

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1150

(Ano XV)

(13/05/2023)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR Code do Volume 1150



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

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1150, (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 566. *fls.*

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

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

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

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



Ministério Público e pressão sobre o google: o chamado PL das “fake news” é intocável?

Eduardo Luiz Santos Cabette, 09.

ARTIGOS

A violência doméstica contra a mulher no brasil: análise jurídica

Osires Pereira de Carvalho, 13.

Os efeitos civis em crimes na internet

Laryssa Alves Vargas, 29.

Operação pente fino: INSS programa especial para análise de benefícios com indícios de irregularidades.

Leticia Rodrigues Xavier, 43.

O direito à privacidade e a proteção de dados frente ao direito do consumidor

Ana Gabrielle Cerqueira Barros, 54.

Alienação parental e a Lei nº 12.318/2010: aspectos jurídicos e psíquicos

Gabriella Brayner Rodrigues, 70.

Crimes Virtuais

Melquizedeques Rodrigues Leandro, 84.

Psicopatia no direito penal

Betânia Britto Faustino, 99.

Desenvolvimento agrário e impactos ambientais

Wanderson Castro Barreira Miranda, 110.

Constitucionalização do processo civil e a efetivação dos direitos fundamentais

Dalila Priscila Andrade Moraes, 128.

O Modelo Housing First: uma abordagem inovadora para a solução do problema da moradia

Camilla Rocha de Paula, 144.

A origem da criminalização da maconha no Brasil e seus reflexos no sistema carcerário atual

Heloisa de Angiolis Carneiro, 153.

A possibilidade de recuperação judicial em diferentes empresas de um mesmo grupo econômico

Bárbara Isadora Cavalcanti, 176.

Análise jurídica acerca do direito à moradia e direito à propriedade – uma aproximação possível

Victor Menezes Barros de Sa, 193.

A constitucionalização do processo e direito do trabalho

Karyne Maximiro Azevedo, 201.

A responsabilidade civil nos casos de omissão específica do estado à luz da jurisprudência dos tribunais superiores

Lucas Sapha Silveira de Almeida Leitão, 220.

Análise jurídica do financiamento de campanhas eleitorais

Jade James Oliveira Silva, 229.

Relação entre violência doméstica e vida financeira: entendendo porque muitos perfis de mulheres se calam diante de casos de agressão em seus lares

Janaina Martins Lopes, 244.

Escavidão contemporânea e o tráfico internacional de pessoas

Ana Beatriz da Silva Oliveira, 251.

Aspectos jurídicos da incapacidade laboral

Luana Alves da Silva, 263.

As espécies de prisão e a nova ótica da prisão temporária pelo Supremo Tribunal Federal

Allexandre Raffael Tres, 273.

Contornos jurídicos do direito à moradia – da disciplina legal à necessidade de políticas públicas

Victor Menezes Barros de Sa, 287

A contribuição da Lei nº 14.457/2022 para o combate ao assédio moral no ambiente de trabalho contra as mulheres no Brasil

Stéphany Batista de Seles, 297.

Violação do direito à honra e imagem da população marginalizada no Brasil

Bárbara Isadora Cavalcanti, 316.

Racismo: breves apontamentos históricos e contemporâneos

Ana Luiza Lima Prado, 330.

Alienação parental e a responsabilidade civil

Paula Gabriela Costa Maciel Oliveira Milhomens, 335.

O uso da delação premiada no crime de lavagem de dinheiro

Pedro Vitor Aquino de Lima, 350

A eficácia das medidas socioeducativas no mundo dos atos infracionais

Thaíla Nogueira Lino, 368.

A contribuição da codificação e desenvolvimento progressivo no julgamento do Brasil pelo caso Fazenda Brasil Verde

Patricia Araujo de Brito, 394.

Proteção aos direitos da personalidade e o interesse público pela informação

Renildo Argôlo Nery, 408.

O uso das redes sociais por crianças e adolescentes e seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro

Gislaine Barbosa de Oliveira, 428.

Análise sobre o teletrabalho depois da reforma trabalhista

João Victor Dias Silva, 438.

O Princípio da Integridade de Ronald Dworkin e a Decisão Judicial

Larissa Queiroz Brito, 454.

O princípio da insignificância no ordenamento jurídico brasileiro

Gabriel Aires Mendes, 465.

A relativização da imunidade parlamentar pelo Supremo Tribunal Federal

Allexandre Raffael Tres, 483

O impacto das fake news na democracia brasileira no século XXI

Livya Lucena dos Santos, 492.

Responsabilidade civil do município por buracos em via pública: estudo de caso na cidade de Gurupi

Gabriel Sousa Aguiar, 513.

O conceito jurídico civil de pessoa e o início da personalidade: direitos do nascituro

Pâmela Soares Pereira, 524.

Prova nova em inquérito policial e impossibilidade de desarquivamento

Patricia Araujo de Brito, 546.

Considerações sobre os critérios para a concessão do BPC (benefício de prestação continuada) trazidos na LOAS e seus reais impactos para os vulneráveis

Julia Laranjeira Gaio, 554.

MINISTÉRIO PÚBLICO E PRESSÃO SOBRE O GOOGLE: O CHAMADO PL DAS “FAKE NEWS” É INTOCÁVEL?

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

Delegado de Polícia Aposentado, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia e Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial em graduação, pós-graduação e cursos preparatórios.

É fato notório que o Projeto de Lei 2630, conhecido pelo epíteto de PL das “Fake News” tem ensejado, como não poderia deixar de ser em um ambiente democrático e de liberdade, aceras polêmicas e debates a favor e contra. ¹

Participam desses debates as mais variadas pessoas físicas e jurídicas (estas, obviamente, por meio de seus representantes) interessadas no tema, dentre elas o Google. Até aí nada demais, apenas a normalidade.

Acontece que surge notícia de que o Ministério Público Federal requisita informações do Google, com prazo de dez dias, para justificar sua atuação e detalhar todas as suas condutas. ² Sabidamente o Google é um dos atores mais importantes para a crítica e discussão qualificada do tema e vem apontando os perigos desse “projeto”.

Não há fundamento plausível para tal requisição e sua natureza é totalmente arbitrária, já demonstrando que mesmo sem a aprovação de uma legislação limitadora da liberdade de expressão e informação, vivemos um clima de verdadeiro *terror de Estado* nesse campo.

Qualquer empresa ou pessoa física indubitavelmente pode e até deve se manifestar livremente sobre qualquer “projeto” de lei. Frise-se que se trata de um “*mero projeto de lei*”, nem sequer de uma lei realmente vigente. Mas, mesmo as leis vigentes podem e devem ser submetidas à crítica social aberta por pessoas físicas e jurídicas. Nada

¹ Nosso posicionamento crítico já foi exposto ainda quando da sua primeira apresentação e negativa de urgência. Atualmente está em votação em regime de urgência. Cf. CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Projeto de Lei das “Fake News”: Uma Fraude Legislativa. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/projeto-de-lei-das-fake-news-uma-fraude-legislativa/1455203026>, acesso em 01.05.2023.

² MELLO, Igor, NETTO, Paulo Roberto. MPF Cobra Google por Campanha Contra PL que Regula Redes Sociais. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2023/05/01/mpf-cobra-google-por-campanha-contra-pl-que-regula-redes-sociais.htm>, acesso em 01.05.2023.

deve obstar esse debate franco numa democracia que pretenda honrar esse nome, que não queira apenas ser uma banalização da palavra ou signo, um seu emprego impróprio, que não reflete o seu referente e nem mesmo o seu significado, mas algo que se aproxima do seu exato oposto (autoritarismo, abuso, violência em sentido amplo, opressão, ditadura, totalitarismo). Não fosse assim, como se poderia sustentar, em face da Lei de Drogas (artigos 33 e 28 da Lei 11.343/06), atos como a “Marcha da Maconha”? Seria o caso de impedir a discussão sobre legalização da “maconha” ou de outras drogas hoje indiscutivelmente ilícitas? Seria o caso de pressionar e coibir pessoas físicas e jurídicas que trouxessem esse tema e outros similares à discussão pública, determinando oferta de “informações” com prazo fatal? E reiterar-se que aqui falamos de “lei posta” e não de um simples “projeto”. Se a “lei” pode ser discutida jurídica, social e academicamente, o que dizer de um mero “projeto” de lei? A lei não é intocável à crítica ou discussão sobre sua oportunidade, conveniência, validade, constitucionalidade etc. Um “projeto” como tal é naturalmente, até mesmo por definição, afeto ao debate e à crítica. Quanto mais debate, elucidação pública, crítica, discussão, manifestações houver, seja no Legislativo, seja na sociedade em geral, melhor. Ou estamos em um país que não promulga leis, mas as outorga de cima para baixo, sem chance de discussão? ³

Além da nítida abusividade dessa malfadada requisição ministerial, há um outro gravíssimo problema, qual seja, sua unilateralidade, sua visão monocular que norteia a atuação do Ministério Público de forma evidentemente enviesada, violando a imparcialidade. A grande pergunta, que não quer e não pode calar é a seguinte:

Por que, já que o Ministério Público Federal considera legítima a requisição feita ao Google, não a fez em igual medida aos diversos veículos midiáticos e empresas de informação que têm conferido grande apoio ao “projeto”? A diversos “influencers” que se manifestam favoravelmente ao “projeto” e atingem milhares e até milhões de seguidores ou usuários aleatórios da rede? Por que não foram requisitadas as exatas mesmas informações, “mutatis mutandis”, de grupos fortíssimos como UOL, Globo, Record entre muitos e muitos outros que defendem ferrenhamente o “projeto”? Qual o motivo da seletividade?

O embate de ideias não pode sofrer limitações, em especial limitações seletivas. Não se trata de gostar ou concordar com certas ideias, ter ou não as mesmas convicções

³ Certo é que o Supremo Tribunal Federal já deixou assentado que temos liberdade para nos expressarmos a respeito de alterações legais, inclusive de leis já postas, justamente no que se referiu à discussão sobre a “Marcha da Maconha”. Há um inequívoco retrocesso quando se constrange uma empresa a prestar informações sobre seu posicionamento legítimo numa discussão sobre um simples “projeto de lei”. Cf. STF, ADPF 187/DF. Em especial voto paradigmático do então Ministro Relator Celso de Mello. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/voto-celso-mello-adpf-187-merito.pdf>, acesso em 01.05.2023.

dos outros, mas tão somente de garantir o ambiente de liberdade de sua expressão. Como nos lembra Azambuja:

“A luta de ideias é essencial ao regime [democrático], mas pressupõe honestidade intelectual e tolerância” (interpolação nossa).⁴

Permitir que qualquer espécie de crença ou convicção pessoal ou até mesmo institucional tenha o condão de calar as opiniões contrárias ou de manejar instrumentos de pressão ou constrangimento é o passo exato para a tirania. Não nos parece que o Ministério Público tenha sido desenhado em nossa Constituição Cidadã para cumprir essa espécie de papel. Certamente não se trata de uma instituição projetada para pautar as discussões de forma discricionária e arbitrária, impondo barreiras e constrangimentos ao livre debate. É preciso ter em mente que não existem “instituições democráticas”. Existe a democracia e o ambiente democrático que só é possível se as instituições se prestam a salvaguardar essa conquista humana. Quando as instituições ferem de morte a democracia, seguem sendo instituições, mas perdem o qualificativo de “democráticas” O que dizer de um Ministério Público, Polícia, Judiciário de Cuba, da Coreia do Norte, da Venezuela etc.? Chamá-los de “instituições democráticas” é, no mínimo, impróprio).

Como encerramento, vem a calhar o aforismo nietzschiano:

“As convicções são inimigas da verdade mais perigosas que as mentiras”.⁵

A reação virulenta à crítica ou discordância quanto à oportunidade, conveniência e legitimidade desse chamado PL das “Fake News” nos faz pensar até que ponto a preocupação é mesmo a de impedir a disseminação de mentiras ou a de ocultar e até ceifar verdades e opiniões dissonantes do “establishment”?

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Globo, 1973.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Projeto de Lei das “Fake News”: Uma Fraude Legislativa. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/projeto-de-lei-das-fake-news-uma-fraude-legislativa/1455203026> , acesso em 01.05.2023.

4 AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Globo, 1973, p. 326.

5 NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, Demasiado Humano*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 483. Também acessível no Site Scribd, Ebook, Lebooks. Disponível em <https://pt.scribd.com/read/410447791/Humano-demasiado-humano#> , acesso em 01.05.2023.

MELLO, Igor, NETTO, Paulo Roberto. MPF Cobra Google por Campanha Contra PL que Regula Redes Sociais. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2023/05/01/mpf-cobra-google-por-campanha-contra-pl-que-regula-redes-sociais.htm> , acesso em 01.05.2023.

NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, Demasiado Humano*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER NO BRASIL: ANÁLISE JURÍDICA

OSIRES PEREIRA DE CARVALHO:

Bacharelado em Direito pela
Universidade de Gurupi – UnirG⁶.

JAQUELINE DE KASSIA RIBEIRO PAIVA⁷

(orientadora)

RESUMO: O crime de violência doméstica se caracteriza por ser realizado dentro do domicílio da vítima, podendo corresponder a uma violência física, psicológica, patrimonial ou moral. Criminalizado por meio da Lei nº 11.340/2006 denominada de Lei Maria da Penha, os crimes de gênero, ao qual se insere a violência doméstica, tem crescido significativamente nos últimos anos. Diante dessa situação, o presente estudo teve como objetivo discorrer sobre os aspectos gerais envolvendo o crime de violência doméstica. Buscou-se apresentar um panorama amplo sobre esse crime e analisar as razões de seu crescimento. A metodologia empregada foi a revisão da literatura, baseada em livros, artigos científicos e periódicos. Nos resultados, ficou evidente considerar que se faz necessário que o Estado adote ferramentas que deem suporte as vítimas durante e após a realização da denúncia, apoio psicológico e psiquiátrico para tratar dos traumas causados durante as agressões, campanhas voltadas ao combate a violência doméstica e familiar e meios que garantam o exercício de plena cidadania e a garantia dos direitos fundamentais reconhecidas pela Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Mulher. Violência. Brasil. Jurisprudência. Legislação.

DOMESTIC VIOLENCE AGAINST WOMEN IN BRAZIL: LEGAL ANALYSIS

ABSTRACT: The crime of domestic violence is characterized by being performed within the victim's domicile, and may correspond to physical, psychological, patrimonial or moral violence. Criminalized by Law No. 11.340/2006 called Maria da Penha Law, gender crimes, which is inserted domestic violence, has grown significantly in recent years. Given this situation, the present study aimed to discuss the general aspects involving the crime of domestic violence. It was sought to present a broad overview of this crime and to analyze the reasons for its growth. The methodology employed was the review of literature, based on books, scientific and periodic articles. In the results, it was evident that it is necessary

⁶ E-mail: @unirg.edu.br.

⁷ Professora Titular do do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG e UNITINS; Mestre em Gestão de Políticas Públicas – UFT; Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais – UMSA. E-mail: jakpaiva1@hotmail.com

that the state adopts tools that support victims during and after the complaint, psychological and psychiatric support to deal with the trauma caused during the aggressions, campaigns aimed at combating domestic and family violence and means that guarantee the exercise of full citizenship and the guarantee of fundamental rights recognized by the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Woman. Violence. Brazil. Jurisprudence. Legislation.

Sumário: 1. Introdução. 2. Violência doméstica: linhas gerais. 3. Legislação brasileira frente à violência doméstica. 4. Impacto da Lei Maria da Penha. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A lei que protege às mulheres contra algum tipo de violência, tem origem através da história da Maria da Penha Fernandes, farmacêutica, que na época dos fatos era casada com o seu agressor. Na primeira vez, o ocorrido foi na data de 29 de maio de 1983, onde o mesmo simulou um assalto, atirou contra Maria da Penha, atingindo sua coluna e a deixando paraplégica. Na segunda tentativa tentou eletrocutá-la por meio de uma descarga elétrica em seu chuveiro (DIAS, 2018).

Depois de anos lutando por justiça, e diante da omissão do estado brasileiro, a Organização dos Estados Americanos (OEA), exigiu que esta lei fosse sancionada para proteger as mulheres que sofrem violência doméstica.

Os meios de comunicação, diariamente, denunciam esses tipos de agressões, assassinatos, que constantemente são divulgados através das mídias digitais. O número de casos ainda é bastante preocupante. Assim, deve-se trazer o conhecimento de fato, para essas pessoas, através da Lei nº 11.340/2006.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226 § 8, proclama: “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. A Lei Maria da Penha veio com o principal intuito se comprometer a atender esse compromisso constitucional.

Diante disso, essa pesquisa se objetivou em analisar o impacto que a Lei Maria da Penha trouxe para o cenário de violência doméstica no Brasil. No que tange a metodologia utilizada, esse trabalho é uma revisão de literatura, onde “esse tipo de artigo caracteriza-se por avaliações críticas de materiais que já foram publicados, considerando o progresso das pesquisas na temática abordada” (KOLLER et al, 2014, p. 40), pois trata-se de avaliações críticas sobre a violência doméstica no Brasil.

Tratando-se de um artigo de revisão de literatura, a coleta de dados realizou-se no período entre os dias 05 a 27 de março de 2023, mediante análise de documentos por meio de pesquisa doutrinária e artigos já publicados sobre o tema. A coleta dos dados ainda se deram em sites de pesquisa como Google Acadêmico e Scielo. As palavras chaves para a busca foram: Violência doméstica. Mulher. Legislação. Brasil.

2. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: LINHAS GERAIS

A violência doméstica é de fato um tema que tem gerado amplo debate político, social e psicológico. Isso se deve pelo fato de que a sua ocorrência é bastante frequente nos lares brasileiros. São inúmeras mulheres (as principais vítimas) que são violentadas diariamente em seus domicílios.

Em aspectos gerais, o termo violência vem do latim *violentia*, que significa "caráter violento ou bravo". A palavra violare, significa tratar com violência, profanar, transgredir (SOUZA, 2018).

Com base nessa definição, conceitualmente a violência doméstica se caracteriza por ser um ato praticado no lar, no domicílio e/ou residência da vítima, podendo ser feita por um familiar ou não, desde que resida parcial ou integralmente com a agredida num mesmo ambiente domiciliar. As vítimas ainda podem ser tanto empregadas (os) domésticas (os) ou outros.

Souza (2018) explica que a violência doméstica também pode ser entendida quando praticada fora do domicílio, mas exercido por alguém que mantém com a vítima um relacionamento (amizade, parentesco, etc.) e que compartilhem o mesmo ambiente doméstico. Agende (2017, p. 10) acrescenta que "o agressor se vale da condição privilegiada de uma relação de casamento, convívio, confiança, namoro, intimidade, privacidade que tenha ou que tenha tido com a vítima", para praticar o ato.

Na violência doméstica o agressor se aproveita do vínculo afetivo e do fato de morar com a vítima para violentá-la, como supracitado. Em geral, a grande maioria das vítimas são mulheres, por isso a ênfase maior a esse tipo de vítima neste estudo, uma vez que ela é sempre vista como um ser frágil e vulnerável, sendo assim considerada mais fácil de ser agredida (SOUZA, 2018).

Constantemente, são noticiados em veículos de comunicação que os agressores são pessoas conhecidas da vítima, como seu marido, namorado, ex-marido, ex-namorado, dentre outros.

Desse modo, grande parte dos agressores são os próprios cônjuges. Isso se dá porque muitas mulheres possuem uma co-dependência emocional ou financeira com o mesmo, e por medo de represália ou julgamento social, acaba por sofrer a violência em silêncio (SAFFIOTI, 2017).

De todo modo, na violência doméstica, a principal vítima são as mulheres. São elas que representam a grande maioria dos casos de violência ocorridos no Brasil. São elas que 'apanham' diariamente de seus companheiros ou parentes e pessoas próximas.

Nesse sentido, tem-se que:

De acordo com um levantamento do Datafolha feito em fevereiro de 2019 encomendada pela ONG Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) para avaliar o impacto da violência contra as mulheres no Brasil, mostra que nos últimos 12 meses, 1,6 milhão de mulheres foram espancadas ou sofreram tentativa de estrangulamento, enquanto 22 milhões (37,1%) de brasileiras passaram por algum tipo de assédio. Dentro de casa, a situação não foi necessariamente melhor. Entre os casos de violência, 42% ocorreram no ambiente doméstico. Após sofrer uma violência, mais da metade das mulheres (52%) não denunciou o agressor ou procurou ajuda (FRANCO, 2019, p. 01).

Em dado mais atual, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, por meio do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) publicou o Atlas da Violência em 2021 que mostrou que em 2019, 3.737 mulheres foram assassinadas no Brasil. No entanto, é preciso ressaltar como aduz essa pesquisa que outras 3.756 foram mortas de maneira violenta no mesmo ano, mas sem indicação da causa (se foi homicídio, acidente ou suicídio), o que representou um aumento de 21,6% em relação a 2018 (CERQUEIRA et al., 2021).

Conforme se observa, muitas mulheres não denunciam os agressores; e com isso é evidente constatar o número de vítimas seja ainda mais elevado. De acordo com Baeta (2019, p. 01) "os números mostrados nas pesquisas relatam ainda o fato de poder estar muito abaixo da quantidade real de vítimas, uma vez que nem todas as mulheres denunciam formalmente seus agressores à polícia".

As razões para esse fato são muitas, mas pode ser explicado pelo medo das ameaças que as mulheres sofrem pelos agressores se concretizarem, da situação piorar ou de perder a guarda dos filhos. Muitas delas são dependentes financeiramente, evidenciado a razão do silêncio delas diante das agressões (FRANCO, 2019).

Importante mencionar, na violência doméstica há o fator cultural, refletindo na dificuldade de realização das denúncias. Sobre essa questão, Baeta (2019, p. 01) explica que em muitos casos de violência doméstica ocorre sem a presença de “testemunhas, entre quatro paredes, no lar. As mulheres acabam ficando com medo de não receberem atenção ao denunciarem, imaginam que serão desacreditadas, porque a cultura brasileira ainda culpa muito a vítima”. Nesse ponto, existe a forte tendência em questionar o comportamento da vítima e não do agressor.

De qualquer forma, o fato é que a violência doméstica causa um impacto negativo à sociedade e principalmente às mulheres. Os efeitos de uma violência ocorrida dentro do domicílio são penosos, afetando significativamente o psicológico das vítimas.

Além disso, esse tipo de comportamento acaba por resultar no afastamento da vítima de seus amigos, familiares e outros vínculos, causando o seu isolamento. Franco (2019, p. 02) pontua que esse isolamento é “outra forma de violência contra a mulher. Até porque, com ela afastada das pessoas de sua confiança, vai ficando cada vez mais calada e sem ter com quem falar sobre os abusos e a violência”.

Para poder entender melhor o aspecto relacionado a uma violência doméstica é preciso entender melhor o perfil dos atores envolvidos nessa situação. Em relação ao agressor, o que a grande parcela das pesquisas realizadas mostra é que no geral apesar de terem uma faixa etária que está mais relacionada e serem indivíduos com menos escolaridade, sabe-se que “homens de todos os tipos podem cometer violência contra a companheira. Isso é importante levar em conta para se tirar da cabeça alguns preconceitos” (DANTAS; LENHARO, 2016, p. 03).

Galvão (2019) acrescenta que os homens agressores em sua maioria têm perfil de homem ‘comum’. Em geral, “este criminoso não tem características aparentes como a arma em punho de um assaltante. Em muitos casos, sequer possui antecedentes criminais” (GALVÃO, 2019, p. 02).

Chega-se ao ponto de que até mesmo as pessoas que possuem uma maior proximidade com o agressor não acreditam que ele tenha praticado esse tipo de delito. A sociedade em geral, “tem como padrão de agressor de violência doméstica uma pessoa que trabalha, tem uma vida social, é primário e de bons antecedentes. Na maioria dos casos, a gente tem esse padrão de agressor de uma pessoa normal” (GALVÃO, 2019, p. 02).

Avaliando um perfil mais detalhado, mostra-se nos estudos coletados que em relação à idade dos agressores, não há um limite único para que um homem possa vir a agredir. Assim, os dados apontam que desde adolescentes até idosos podem agredir. A faixa etária não é algo determinante, mas, em grande parte dos casos, os homens têm entre 25 e 30 anos (DANTAS; LENHARO, 2016).

Por outro lado, também é importante traçar o perfil das vítimas. Boucault (2019, p. 02) inicia essa análise afirmando que no geral, na violência doméstica se encontra “uma mulher com dependência emocional ou material, ou ambos, que é dominada e subjugada pelo parceiro e não demonstra condições de sair do ciclo de violência”.

A vítima tende a apresentar um perfil comum: serem envergonhadas, com dificuldade em reagir, caladas, conformadas, passivas, deprimidas e altamente dependentes sob o ponto de vista emocional (MACHADO; GONÇALVES, 2017).

Um fator é importante ao se analisar o perfil de uma vítima de violência doméstica. Muitas pessoas tem a errônea impressão que as mulheres são consideradas fracas. No entanto, Ramos (2018, p. 02) adverte que esse pensamento é errado, haja vista que “muitas estudam, trabalham, criam os seus filhos e mesmo assim sofrem violência conjugal”.

Outro ponto que se pode abordar é o fato das mulheres que são vítimas de agressões sofrerem alguns tipos de preconceito no meio em que vivem, muitos afirmam: “ela permanece com ele por que gosta de apanhar!” Segundo Bruno (2017) os principais motivos citados pelas mulheres são outros: a dependência financeira, o medo ou a vergonha de expor o problema ou até mesmo suportam achando que assim será o melhor para seus filhos.

Diante de todo o exposto, fica evidente afirmar que a mulher vítima desse tipo de agressão é uma mulher machucada, que não tem voz ou força para sair dessa situação, ficando à mercê do companheiro, aumentando assim as estatísticas.

3. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA FRENTE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Diante dos casos cada vez mais frequentes de violência doméstica, em especial tendo mulheres como as principais vítimas, durante muito tempo, o Direito brasileiro não teve uma legislação específica que normatizasse essa situação.

Até que um fator social culminou com a criação da lei que coibisse a violência doméstica em todo o seu âmbito. No caso, se trata do ocorrido pela Maria da Penha Maia Fernandes que sofreu inúmeras formas de violência de seu ex-companheiro (SOUZA; SILVA, 2019).

A violência sofrida pela Maria da Penha gerou repercussão imediata. Devido a esse caso, fora criado em 2006 a Lei 11.340 que levou o nome de “Lei Maria da Penha”. Essa lei trouxe em seu bojo, todo o agrupamento de regras que definem a violência doméstica, as suas particularidades e suas penalidades.

Opinando sobre a Lei Maria da Penha, Lima (2016, p. 01) afirma que esta “atende ao anseio da Constituição Federal de 1988 de que o Estado crie e assegure mecanismos para

coibir a violência no âmbito das relações familiares”. Nessa lei inclusive se encontra o conceito mais claro sobre o que caracteriza uma violência doméstica; a saber:

Art. 5º. Para os efeitos dessa 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. (BRASIL, 2006).

Para Dias (2015, p. 49) esta norma não poderia ser mais didática, ao qual a autora explica que “a violência passa a ser doméstica quando praticada: (a) no âmbito da unidade doméstica; (b) no âmbito da família; ou (c) em qualquer relação íntima de afeto, independente de orientação sexual da vítima”.

A *priori*, a referida lei modificou o artigo 129 do Código Penal, que passou a permitir que a aqueles que agredem mulheres no âmbito doméstico ou familiar possam ser presos em flagrante ou tenham sua prisão preventiva decretada. Além disso, os agressores não podem ser punidos com penas alternativas.

A Lei nº 14.188/21 inclui um §13, no artigo 129, CP, criando uma nova qualificadora quando “a lesão for praticada contra mulher, por razões da condição do sexo feminino”, com pena cominada de “reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos”. (BRASIL, 2021).

Conforme deixa claro o artigo 1º. da Lei 14.188/21 essa qualificadora se aplica apenas aos casos de lesões corporais leves. Para Cabette (2022) essa inovação é correta, já que para lesões graves, gravíssimas ou seguidas de morte já existem apenações mais rigorosas. No caso presente, ela se destina a coibir especialmente a chamada “violência de gênero” contra a mulher.

Prosseguindo, a lei Maria da Penha apresenta além de medidas preventivas, também medidas de proteção, que consistem no afastamento do agressor do lar, na fixação de alimentos, na proibição de contato com a ofendida, dentre outras (artigos 22 a 24), além de dispor sobre a criação de Juizados de Violência contra a Mulher (BRASIL, 2006).

Além disso, a Lei nº 11.340/2006 também apresenta aspectos processuais. O legislador estabeleceu, ainda, uma série de medidas cabíveis à polícia judiciária, pois reconheceu que ela seria a primeira a ter contato com as vítimas da violência doméstica, as quais estão dispostas nos artigos 11 e 12 da Lei nº 11.340/2006.

Ainda sobre a Lei Maria da Penha, em 2019 foi editada a Lei Federal nº 13.827 que inclui alguns dispositivos na lei citada, com o intuito de imprimir maior rigor à proteção da mulher em situação de violência doméstica e familiar.

Girão (2019, p. 02) explica que na ausência de delegado disponível no momento da denúncia, “nos Municípios que não forem sedes de comarcas, qualquer policial poderá afastar o agressor tanto da mulher vítima da violência quanto de seus dependentes”.

Por conta disso, com essa nova norma, onde houver casos em que se detecte que houve risco à integridade física da mulher ou que se tenha desrespeitado a medida protetiva de urgência, não será permitida a liberdade provisória ao preso.

4. IMPACTO DA LEI MARIA DA PENHA

No ano de 2022 a Lei Maria da Penha, completou 16 anos no dia 07 de agosto. Segundo dados do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), foram registrados no Brasil mais de 391 mil pedidos em 2021 de natureza protetiva. Em 2022, foram expedidas quase 191 mil solicitações. No ano de 2021, a Lei Maria da Penha recebeu reforço com a sanção da Lei nº 14.188/2021, que criou o programa Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica e Familiar e inclui no Código Penal o crime de violência psicológica contra a mulher. Esta lei define que o crime de violência psicológica contra a mulher pode ocorrer por meio de ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro método (BRASIL, 2021).

Com a legislação sobre a violência doméstica no Brasil cada vez mais atualizada, vide o fato de que ainda esse crime é altamente cometido no Brasil, é necessário analisar a importância dessa Lei. Nesse ponto não há como excluir desse debate a questão de políticas públicas.

Para melhor entender as políticas públicas que favorecem a mulher é preciso fazer uma busca na história da sociedade, elementos que tragam compreensão. Antes dos anos 80 a mulher brasileira sofria em silêncio a violência que lhe afligia, muitas vezes dentro da sua própria casa, praticada por alguém com quem ela mantinha uma relação afetiva conjugal, naquela época aos olhos da sociedade e do poder público “em briga de marido e mulher ninguém metia a colher” (FRANCO, 2019).

A partir dos anos 80 o tema violência contra a mulher passou a incorporar as lutas dos movimentos feministas que tornam o debate ao público. A política pública que visa coibir a violência doméstica contra a mulher é feita por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não governamentais, tendo por diretrizes (FRANCO, 2019).

A integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria

Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação. A promoção de estudos e pesquisas, estatísticas e outras informações relevantes, com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia, concernentes às causas, às consequências e à frequência da violência doméstica e familiar contra a mulher, para a sistematização de dados, a serem unificados nacionalmente, e a avaliação periódica dos resultados das medidas adotadas (GALVÃO, 2019).

Através da Lei 11.340/2006, algumas medidas para prevenção da violência contra a mulher foram tomadas, como Delegacias de Atendimento à Mulher, campanhas educativas de prevenção da violência doméstica contra a mulher, difusão da Lei Maria da Penha e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres. A celebração de convênios, protocolos, ajustes, termos ou outros instrumentos de promoção de parceria entre órgãos governamentais ou entre estas entidades não governamentais, com o objetivo de criar programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher (BRASIL, 2006).

A partir da Lei 11.340/2006 a assistência à mulher em situação de violência doméstica se tornou ampla cabendo a todos o direito de ajudar. A Assistência Social, o Sistema Único de Saúde, o Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente. A Secretaria Municipal de Saúde implantou a Ficha de Notificação de Casos Suspeitos ou Confirmados de Violência e Acidente, atendendo as diversas legislações de âmbito federal, estadual e municipal que colocam a obrigatoriedade da notificação pelos profissionais de saúde dos casos de violência que chegam aos serviços de saúde (SOUZA, 2018).

A ficha de notificação faz parte do Sistema de Informação para a Vigilância de Violências e Acidentes - SIVVA, um aplicativo com a finalidade de produzir informações sobre esses agravos. Este sistema se constitui numa ferramenta importante para romper o silêncio e a invisibilidade, em especial nos casos de violência doméstica, sexual e de gênero (SOUZA, 2018).

De acordo com Dias (2018) associar a identificação da violência contra a mulher segundo o tipo de violência e de vulnerabilidade como sexo, raça, cor, escolaridade e deficiência, são imprescindíveis para o estabelecimento de critérios de intervenção que contemplem esta diversidade. Nesta medida o preenchimento correto destes quesitos constitui um dos passos que será fundamental para compreender a complexidade do fenômeno da violência neste grupo populacional, dimensionar o seu impacto na vida das pessoas, nos serviços de saúde e para elaborar estratégias de intervenção com vistas à superação da violência.

Baeta (2019) explica que na assistência judiciária, cabe ao juiz determinar, o prazo

certo, e a inclusão da mulher em situação de violência doméstica no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual ou municipal. O juiz assegurará a integridade física e psicológica à mulher em situação de violência doméstica, garantindo acesso prioritário à remoção quando for o caso de servidora pública, integrante da administração direta ou indireta. Manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses.

A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar compreenderá o acesso aos benefícios decorrentes do desenvolvimento científico e tecnológico, incluindo os serviços de contracepção de emergência, a profilaxia das Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST) e da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) e outros procedimentos médicos necessários e cabíveis nos casos de violência sexual. A autoridade policial tem o dever de garantir proteção policial, comunicando de imediato ao Ministério Público e ao Poder Judiciário e encaminhando a mulher violentada ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal. Fornecendo transporte para a violentada e os filhos ou dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida (BAETA, 2019).

Quando necessário o policial deve acompanhar a mulher violentada na retirada de seus objetos de sua residência, deve informar os direitos a ela garantidos. A respeito desse tema, Negrelli Bruno (2017) aponta que os programas de atendimento para mulheres em situação de violência não têm sido considerados como prioridade pelo Poder Público, recebendo, por esse motivo, pouco apoio técnico e financeiro.

Nem sempre as violências que a mulher sofre, são visíveis algumas mulheres mesmo sendo questionadas não revelam facilmente que está sofrendo violência, isso ocorre porque é bastante difícil para a mulher falar sobre a violência, bem como não tem sido experiência das mulheres o crédito e o acolhimento diante dessa revelação (GARCIA, 2020).

A palavra violência pode não corresponder à experiência vivida por algumas mulheres, que não reconhecem os atos agressivos cometidos pelo marido como violência, mas sim como ignorância e estupidez. Alguma ainda acredita que o parceiro irá mudar, assim sendo, seja por dificuldades das mulheres, ou porque não confiam nos serviços de saúde, as mulheres geralmente não contam que vivem em situação de violência (GARCIA, 2020).

Gregório (2020) cita que as situações de violência doméstica repercutem nos serviços de saúde de forma ainda muito alarmante, ao mesmo tempo em que há um uso aumentado dos serviços, esta assistência tem um baixo poder resolutivo e as mulheres em situação de violência doméstica e sexual avaliam pior sua saúde e tem mais queixas e sintomas do que aquelas que não vivenciam estas situações. Assim, com uso repetitivo e ineficaz dos serviços, a assistência torna-se de alto custo.

Galvão (2019) acentua que a situação de violência afeta a possibilidade de a mulher combinar as decisões reprodutivas com seu parceiro, impondo a opinião de apenas um, levando a um maior número de complicações sexuais e reprodutivas, os agravos físicos que são percebidos como necessitando atendimento médico ou de enfermagem, acabam por não procurar atenção em uma parcela dos casos e, entre os que procuram apenas uma parte relata o acontecido aos profissionais. A invisibilidade, do lado do serviço, só piora a situação, e estas mulheres acabam por serem rotuladas como poli queixosas, portadoras de distúrbios neurovegetativos e outros.

Machado e Gonçalves (2017, p. 17) acrescentam a esse debate que os processos patológicos que surgem associados à violência e ao sofrimento psicoemocional, se não forem abordados de forma integrada, resultam em casos de difícil solução, mesmo quando se trata de patologias mais simples e bem conhecidas. Esses casos estão sujeitos a iatrogênicas e tornam-se frustrantes para os profissionais.

Desse modo, Ramos (2018, p. 22) acredita que a abordagem do problema violência doméstica e sexual nos serviços, no entanto, requer uma técnica específica de conversa e um bom conhecimento do profissional que irá atender a mulher em situação de violência. A saúde envolve o bem-estar emocional, social e físico. É determinada pelo contexto social, político e econômico das vidas das mulheres, assim como pela Biologia. O fato das mulheres terem filhos implica uma relevância especial à sua saúde reprodutiva e sexual. Relações iguais entre homens e mulheres em matérias de relações sexuais e reprodução requerem respeito mútuo, consentimento e responsabilidade partilhada.

Ademais, para analisar a importância da Lei Maria da Penha, é preciso também analisar as suas medidas protetivas. Tais medidas são precisamente para proteger a vítima contendo o agressor. Infelizmente no cotidiano não é exatamente isso que acontece, a mulher que sofrera a agressão fica na grande maioria dos casos à mercê do ofensor.

Pode-se averiguar que há uma dificuldade da aplicação e fiscalização das medidas protetivas quando se fala em examinar a efetividade das determinações legais, pois em muitos momentos a aplicação de tais dispositivos torna-se impossível ser aplicado na sua totalidade. Alguns fatores influenciam para a não concretização dessas medidas.

No artigo 11 da lei 11.340/2006 fala sobre o atendimento adequado desde a delegacia de polícia, observa-se o artigo:

Art. 11. No atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, a autoridade policial deverá, entre outras providências:

I - garantir proteção policial, quando necessário, comunicando de imediato ao Ministério Público e ao Poder Judiciário;

II - encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal;

III - fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida;

IV - se necessário, acompanhar a ofendida para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar;

V - informar à ofendida os direitos a ela conferidos nesta Lei e os serviços disponíveis.

(BRASIL, 2006)

Em variadas situações a aplicação prática de tal artigo foge da teoria, pois a autoridade policial ao ser procurada pela vítima de agressão doméstica deve agir em cada caso com as medidas adequadas. Neste primeiro inciso já encontrar-se uma dificuldade de se colocar em prática. Bastos (2018, p. 12) explica o inciso I, do artigo 11 da lei:

O inciso traz uma grande inovação, porém com pouca aplicação prática, diante da inexistência de serviços policiais especificamente voltados à proteção da vítima em tempo integral. Para suprir tal carência, a polícia judiciária precisa garantir a proteção e a segurança da vítima em situação de risco de outras maneiras, adotando as demais medidas previstas em lei.

É perceptível que em alguns casos a polícia judiciária acaba se comportando e se valendo de outros meios não formais para garantir a segurança da vítima quando estas se encontram em situações de riscos. Encontra-se uma dificuldade de se colocar em prática as medidas protetivas, a garantia de proteção policial em muitos casos não produz o efeito pretendido, como é sabido através de noticiários e pelos próprios profissionais que atuam nesta área, pois faltam servidores suficientes e também condições instrumentais para efetivar tal garantia.

Outro dever da polícia judiciária é esclarecer a vítima de violência doméstica todos os serviços disponíveis, possibilitando para a vítima maiores esclarecimentos. Neste sentido cita-se:

A dinâmica do atendimento policial deve atender todas as necessidades do caso concreto, não só no sentido de apurar a autoria

e materialidade, mas principalmente no de garantir a máxima segurança e proteção à vítima (BASTOS, 2018, p. 12).

Para Ramos (2018, p. 10) na lei Maria da Penha em se tratando de uma eficácia nas medidas protetivas sabe-se que o Estado neste sentido é falho, pois as medidas estão elencadas na lei, porém não existem profissionais suficientes para garantir essa segurança às vítimas de agressões. Pertence ao Estado adotar ações diretas com os ofensores e vítimas, e asseverar a capacitação dos profissionais que atuam diretamente com a recuperação e segurança das vítimas e punir os agressores. É importante frisar que as medidas protetivas são soluções breves para o problema, sendo preciso em último caso o recurso da prisão preventiva.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência contra a mulher como visto no desenvolver deste artigo é um problema social que vem ocorrendo há muito tempo. A vista da análise realizada ao longo deste artigo científico é possível perceber que a criação da Lei Maria da Penha (11.340/06) que teve como principal objetivo proteger as mulheres que sofrem violências. Além desta Lei, menciona-se também a Lei nº 13.964/2019 que traz agravantes para punir os agressores, além de prevenir e combater os casos de violência doméstica e familiar à mulher, em razão do seu gênero. Ademais, o dispositivo legal é considerado eficaz, mas necessita de aplicabilidade ampla por parte do Poder Público.

Deste modo, para que a lei se torne eficaz e seja aplicada de forma concreta é necessário que o Estado forneça mecanismo que concretizem o texto legal. Senão, de nada adiantaria um dispositivo legal com previsão de pena, medidas cautelas e distinção dos tipos de violência doméstica, sem que fosse obedecida e aplicada de forma rígida.

Posto isso, se faz necessário que o Estado adote ferramentas que deem suporte as vítimas durante e após a realização da denúncia, apoio psicológico e psiquiátrico para tratar dos traumas causados durante as agressões, campanhas voltadas ao combate a violência doméstica e familiar e meios que garantam o exercício de plena cidadania e a garantia dos direitos fundamentais reconhecidas pela Constituição Federal de 1988.

As medidas protetivas de urgência, por exemplo, servem exatamente para defender a vítima, porém não é isso o que vem ocorrendo, visto que, não são utilizadas como determina a lei Maria da Penha. Sendo assim a sua eficácia começou a ser motivo de questionamento, pois, nos momentos em que é necessário a sua aplicação com excelência não se obtém tal resultado, isso se dá mediante a impunidade dos sistemas policiais e jurídicos. É louvável que parte das mulheres venceram o medo, e denunciam seus

agressores, buscarem ajuda, porém é necessário que o Estado ofereça as condições necessárias para que o sistema policial possa cumprir a lei.

A validade desse tipo de medida só será completa quando houver mecanismos que fiscalizem se realmente o agressor cumprirá a ordem de distância, e que se descumprir o Poder Público tomará medidas imediatas e eficazes a fim de inibir futuras agressões e crimes ainda mais cruéis, como o feminicídio.

Ao fim, entende-se nessa pesquisa que a Lei Maria da Penha é de suma importância para a proteção das mulheres. Se os casos de violência contra elas ainda são cometidos, mas ao mesmo tempo são julgados e penalizados os seus agressores, mostra-se necessário ter esse apoio legislativo na busca por protegê-las.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGENDE. **Ações em Gênero Cidadania e Desenvolvimento**. 10 Anos da Adoção da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher - Convenção de Belém do Pará. Brasília: AGENDE, 2017.

BAETA, J. **Pelo menos 16 mulheres são vítimas de violência doméstica por hora em Minas; 64 morreram este ano**. 2019. Disponível em: <https://www.hojeemdia.com.br/horizontes/pelo-menos-16-mulheres-s%C3%A3o-v%C3%ADtimas-de-viol%C3%A2ncia-dom%C3%A9stica-por-hora-em-minas-64-morreram-este-ano-1.728112>. Acesso em: 15 mar. 2023.

BASTOS. Tatiana Barreira. **Violência doméstica e familiar contra mulher: análise da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006)**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018.

BOUCAULT, S. **Violência doméstica – Perfil psicológico do agressor**. 2019. Disponível em: <https://www.vittude.com/blog/fala-psico/violencia-domestica-perfil-psicologico-do-agressor/>. Acesso em: 14 mar. 2023.

BRASIL. **Lei Maria da Penha**. Senadora Lúcia Vânia. Lei Federal nº 11.340, de 07 agosto de 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 19 mar. 2023.

_____. **Lei nº 13.827, de 13 de maio de 2019**. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13827.htm. Acesso em: 19 mar. 2023.

_____. **Lei nº 14.188, de 28 de julho de 2021.** Define o programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica como uma das medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher previstas na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), em todo o território nacional; e altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para modificar a modalidade da pena da lesão corporal simples cometida contra a mulher por razões da condição do sexo feminino e para criar o tipo penal de violência psicológica contra a mulher. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/l14188.htm. Acesso em: 19 abr. 2023.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Lesão corporal por misoginia ou violência doméstica contra a mulher.** 2022. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2022/04/25/lesao-corporal-por-misoginia-ou-violencia-domestica-contra-a-mulher/>. Acesso em: 19 abr. 2023.

CERQUEIRA, Daniel et al. **Atlas da Violência.** São Paulo: FBSP, 2021.

DANTAS, C.; LENHARO, M. **Estudos sobre o agressor ajudam a combater a violência contra a mulher.** 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2016/08/estudos-sobre-o-agressor-ajudam-combater-violencia-contra-mulher.html>. Acesso em: 18 mar. 2023.

FRANCO, L. **Violência contra a mulher: novos dados mostram que 'não há lugar seguro no Brasil'.** 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47365503>. Acesso em: 16 mar. 2023.

GALVÃO, P. **Especialistas traçam perfil de agressores de mulheres; identifique características abusivas em 5 pontos.** 2019. Disponível em: <https://agenciapatriciagalvao.org.br/destaques/especialistastracamperfildeagressores-de-mulheres-identifique-caracteristicas-abusivas-em-5-pontos/>. Acesso em: 20 mar. 2023.

GARCIA, J. **Violência psicológica contra a mulher cresce na pandemia.** 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/08/28/violencia-psicologica-cresce-na-pandemia-alerta-advogada-entenda-o-que-e.htm>. Acesso em: 16 mar. 2023.

GIRÃO, M. **Lei nº 13.827/2019 – alterações na Lei Maria da Penha.** 2019. Disponível em: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/lei-no-13-827-2019-alteracoes-na-lei-maria-da-penha/>. Acesso em: 20 mar. 2023.

GREGÓRIO, R. **Violência patrimonial cresceu após a pandemia, em especial contra mulheres e idosos.** 2020. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/mercados/brasil->

epolitica/noticia/2020/08/20/violencia-patrimonial-cresceu-apos-a-pandemia-em-especial-contra-mulheres-e-idosos.ghtml. Acesso em: 15 mar. 2023.

MACHADO, L; GONÇALVES, M. **A violência doméstica: Perfil da vítima e do agressor**. 2017. Disponível em: <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/a-violencia-domestica-perfil-da-vitima-e-do-agressor/40171>. Acesso em: 15 mar. 2023.

NEGRELLI BRUNO, T. **Lei Maria da Penha X Ineficácia das medidas protetivas**. 2017. Disponível em: <http://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/lei-maria-penha-x-ineficacia-das-medidas-protetivas.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

RAMOS, P. **Qual o perfil das mulheres vítimas de violência conjugal?** 2018. Disponível em: <https://www.megajuridico.com/qual-o-perfil-das-mulheres-vitimas-de-violencia-conjugal/>. Acesso em: 17 mar. 2023.

SAFFIOTI, H. I. B. **Gênero, Patriarcado, Violência**. São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, 2017.

SOUZA, B. T. de. **Reflexões sobre os aspectos sociais da violência doméstica contra a mulher**. 2018. Disponível em: <http://www.puro.uff.br/tcc/2012-2/Bruna%20Tavares%20de%20Souza.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2023.

SOUZA, M. D. de; SILVA, W. M. A. da. **Breves considerações acerca da (in) constitucionalidade da Lei nº 13.827/2019**. 2019. Disponível em: <https://juridocerto.com/p/diasesouzajuridico/artigos/breves-consideracoes-acerca-da-in-constitucionalidade-da-lei-13-827-2019-5157>. Acesso em: 16 mar. 2023.

OS EFEITOS CIVIS EM CRIMES NA INTERNET

LARYSSA ALVES VARGAS:
Graduanda do Curso de Direito
da Universidade de Gurupi-
UnirG.⁸

FERNANDO PALMA PIMENTA FURLAN⁹

(orientador)

RESUMO: A prática constante de crimes no mundo virtual ensejou a criação de novas leis penais voltadas para a responsabilização criminal do agente, que se utiliza do mundo cibernético para praticar ilícitos e manter-se aparentemente impune. Uma vez caracterizado o crime na internet, será o agente submetido às sanções penais previstas para o crime cometido. Além disso, é possível ainda se discutir os efeitos civis desse crime na vida da vítima. Isto posto, diante do questionamento acerca dos impactos dos crimes virtuais na esfera dos direitos civis da vítima, o estudo científico aqui desenvolvido tem como objetivo primordial apontar os efeitos civis dos crimes na internet segundo a lei e a jurisprudência pátria. A pesquisa científica, desenvolvida segundo o método dedutivo, de natureza bibliográfica e qualitativa irá realizar uma análise das normas e jurisprudências proferidas pelos tribunais brasileiros disponíveis em bibliotecas físicas e virtuais, e demonstrará que o crime no meio virtual, quando transcende o âmbito criminal e ofende os direitos da personalidade, essenciais para a dignidade humana, gera a responsabilidade civil e o dever de reparar os danos causados a ofendida.

Palavras-chave: Crimes na internet. Efeitos civis. Responsabilidade civil. Dano. Reparação.

ABSTRACT: The constant practice of crimes in the virtual world gave rise to the creation of new criminal laws aimed at the criminal accountability of the agent, who uses the cyber world to practice illicit acts and remain apparently unpunished. Once the crime on the internet is characterized, the agent will be subject to the criminal sanctions provided for the crime committed. In addition, it is still possible to discuss the civil effects of this crime on the victim's life. That said, given the questioning about the impacts of virtual crimes on the victim's civil rights, the scientific study developed here has as its primary objective to point out the civil effects of crimes on the internet according to the law and the national jurisprudence. The scientific research, developed according to the deductive method, of a

⁸ E-mail: laryssavargas033@gmail.com

⁹ Prof. Orientador do Curso de Direito da Universidade de Gurupi- UnirG e Mestre em direito digital pela Univem –Marília –SP.

bibliographical and qualitative nature, will carry out an analysis of the norms and jurisprudence issued by the Brazilian courts available in physical and virtual libraries, and will demonstrate that crime in the virtual environment, when it transcends the criminal scope and offends Personality rights, essential for human dignity, generate civil liability and the duty to repair the damage caused to the offended party.

Keywords: Crimes on the Internet. Civil effects. Civil responsibility. Damage. Repair.

Sumário: 1. Introdução. 2. Os crimes virtuais e seus impactos no cotidiano dos usuários da internet. 3. A responsabilização do agente pelos crimes virtuais. 4. Responsabilidade civil: requisitos para a sua caracterização. 5. Os efeitos civis em crimes na internet. 6. Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O avanço da tecnologia nos últimos anos tornou o uso da internet uma ferramenta básica no dia a dia do ser humano. Seja para trabalhar, facilitar atividades do cotidiano ou para se relacionar com outras pessoas nas redes sociais, é inquestionável a presença do mundo virtual no cotidiano através do acesso a computadores e smartphones.

Com a declaração de situação pandêmica em razão do contágio da Covid19, essa dependência tornou-se ainda maior. A Pandemia deixou como herança o uso da internet como meio de adquirir produtos e serviços que antes eram prestados apenas por meio do atendimento presencial.

Como consequência prática do aumento do uso da internet, houve um crescimento no número de crimes virtuais cometidos por meio da rede mundial de computadores, os quais estão previstos nas leis que regulamentam o uso da web e preveem a aplicação de sanção penal em caso de cometimento de conduta ilícita.

Assim sendo, sempre que é cometido um delito virtual, será o agente penalmente responsabilizado por seus atos. Ocorre que o crime, muitas vezes, não fere apenas a norma penal. Na maioria dos casos o crime também atinge a personalidade da vítima, tornando o criminoso responsável também pelos danos causados na esfera civil da vida do cidadão.

Nesse contexto, a pesquisa tem como propósito estudar os efeitos civis dos crimes virtuais, enfatizando, portanto, a responsabilização civil do agente e demonstrando qual o alcance de sua conduta segundo as normas previstas no Código Civil e no Código de Processo Civil.

Ou seja, a pesquisa irá solucionar o questionamento acerca de quais são os efeitos civis dos crimes virtuais cometidos no Brasil segundo a legislação vigente, demonstrando

que a reparação moral e material é possível quando apurada a responsabilidade civil do agente delituoso e também do provedor da internet e das redes sociais.

Através do método dedutivo de pesquisa científica, o estudo terá como ponto de partida os aspectos gerais acerca dos crimes virtuais e sua responsabilização segundo as normas penais para em seguida adentrar ao debate acerca de seus efeitos civis, destacando a possibilidade de responsabilizar civilmente o criminoso que praticou a conduta ilícita e também o provedor da internet por eventual falha na prestação do serviço aos seus usuários.

O Estudo foi desenvolvido com base em material exclusivamente bibliográfico, pautado nas normas brasileiras e publicado nos últimos 5 anos, obtidos de forma não onerosa. A pesquisa teórica coletou materiais em livros, jurisprudências e revistas científicas disponíveis em bibliotecas e sites jurídicos, sem realizar qualquer intervenção direta à outros seres humanos. Classifica-se, portanto, como pesquisa bibliográfica e qualitativa, ao passo que objetiva ampliar o estudo acerca do tema dos efeitos civis dos crimes virtuais, haja vista que na maioria das vezes o debate é restrito ao aspecto penal da conduta, deixando de lado os danos civis suportados pela vítima.

2 OS CRIMES VIRTUAIS E SEUS IMPACTOS NO COTIDIANO DOS USUÁRIOS DA INTERNET

A utilização da internet e seus vários mecanismos de convivência social, aquisição de produtos, contratação de serviços, acesso a serviços essenciais e indispensáveis, não está completamente dissociada dos riscos diariamente vivenciados nos espaços físicos da sociedade atual.

Neste contexto, determinadas situações ocorrem e causam prejuízos aos indivíduos que acessam às redes sociais, sites, revistas, etc. Com isso, surge a necessidade de verificar, diante da gravidade da conduta, se houve uma prática criminosa no meio virtual e quais os seus efeitos reais.

Para saber se o ocorrido pode ser considerado um crime virtual é preciso se ter em mente o meio como o delito foi praticado. Para Moisés de Oliveira Cassanti “toda atividade onde um computador ou uma rede de computadores é utilizada como uma ferramenta, base de ataque ou como meio de crime é conhecido como cibercrime” (2014, p. 17).

No mesmo sentido, Daniel Frederick e Silva Salustiano menciona:

Os crimes virtuais são atitudes ilícitas cometidas por indivíduos que se aproveitam das brechas dos sistemas digitais, e da fragilidade dos

usuários leigos, para praticarem suas fraudes, podendo ser feitas através de dispositivos como o celular, tablet, notebook ou computador. O conceito de crimes virtuais diverge conforme cada autor, porém o fundamento resume-se ao meio empregue para o delito ser a internet e o dispositivos que fazem uso da mesma. (SALUSTIANO, 2021, p. 10)

Além de definir os crimes virtuais, há ainda uma diferenciação entre eles, uma vez que se classificam em crimes puros e próprios:

A primeira divisão tem o objetivo de atingir o sistema de um computador, seja a parte física ou de dados, geralmente praticado por hackers podendo se dividir em crimes mistos em que o alvo não é o computador, mas os bens da vítima, ou seja, a internet é utilizada como meio para realizar o crime, como, por exemplo, transferências ilícitas de bens e/ou valores, crimes comuns são aqueles que utilizam a internet para realizar o crime, sendo assim reconhecidos pela lei, como o caso da pornografia infantil que já é abordado no Estatuto da Criança e do Adolescente. A segunda divisão compreende a seguinte classificação: crimes próprios aqueles praticados exclusivamente por meio de computadores e crimes impróprios aqueles que atingem o bem comum sendo o meio virtual apenas uma das formas de execução do crime, podendo ser praticado por outros meios (SALUSTIANO, 2021, p. 09 e 10).

Independentemente da forma como ocorrerá, é certo que a vítima do crime virtual pode ser atingida tanto com delitos que ofendem o seu patrimônio (estelionato, furto, etc.), como também contra a sua personalidade, mais precisamente através da ocorrência de calúnia, injúria e difamação (SALUSTIANO, 2021).

Em todas as situações de caracterização, a responsabilização do agente criminoso deve ocorrer não apenas no âmbito criminal, mas também fixando, se possível, uma reparação na esfera cível.

3 A RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PELOS CRIMES VIRTUAIS

Ao praticar qualquer das condutas tipificadas como crimes no ambiente virtual, nasce para o autor do fato a responsabilidade por seus atos, sendo que, por ser uma prática criminosa, a principal responsabilização consiste em imposição de sanção de natureza penal, mediante o processamento de uma ação penal, que levará a uma pena.

Em decorrência de um sentimento de impunidade, a utilização dos meios virtuais para o cometimento de atos ilícitos ganhou destaque na sociedade atual, motivado pela ampla utilização da internet para a realização dos mais variados atos da vida civil, mas nem assim passam despercebidos, desde que caracterizados os elementos do tipo penal.

Portanto, em um primeiro momento, ocorrido o fato, é preciso verificar se o mesmo se enquadra em uma das hipóteses tipificadas no Código Penal, haja vista o princípio da anterioridade penal estabelecer logo no artigo 1º que “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.” (BRASIL, 1940)

No que tange a responsabilidade penal, ela é baseada na tipicidade do crime, é necessário que ocorra o fato concreto e o fato penal, sendo um ato que causou prejuízos a integridade física do indivíduo, a vida e ordem pessoal. Nos crimes virtuais essa responsabilidade gera efeito como no mundo físico (CRUZ, 2022, p. 54).

Dos crimes comuns, são recorrentes no meio virtual a prática de estelionato, pornografia infantil, fraudes bancárias e clonagem de cartão, vazamento de dados e, não menos importante, os crimes contra a honra: a calúnia, difamação e injúria

Além das espécies tipificadas na lei penal em si, existem ainda os crimes inseridos no ordenamento criminal mediante a entrada em vigor de leis especiais, destinadas especialmente à regulamentação do acesso à internet:

Existem 3 (três) legislações competentes para tratar da segurança dos usuários nas redes sociais, o marco civil da internet que sancionado em 2014, determina garantias, direitos, princípios dos usuários. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), começou a vigorar em 2020, trazendo definições e regras para empresas e institutos públicos como deve ser tratado os dados pessoais. E a Lei Carolina Dieckmann, com nº 12.737/2012, entrou em vigor trazendo mudanças para o Código Penal sobre delitos informáticos (CRUZ, 2022, p. 38).

Assim, uma vez identificado o dispositivo legal que preveja a ilicitude da conduta, surgirá a responsabilidade do autor do fato, não apenas na esfera penal, mas também na cível, ambos aplicáveis de forma cumulativa, haja vista que atinge tanto a sociedade como também a própria vítima:

A responsabilidade penal tem quase o mesmo fundamento da responsabilidade civil. O elemento o que as torna diferente repousa nas condições em que elas surgem. Acerca dessa distinção, Aguiar

Dias (1979) adverte que uma é mais exigente do que a outra quanto ao aperfeiçoamento dos requisitos. No caso da responsabilidade penal, o agente infringe uma norma de direito público. Neste caso, o interesse lesado é a sociedade. Já na responsabilidade civil, o interesse tutelado é o privado, dando ao prejudicado a chance de requerer a reparação, se assim desejar (FRANÇA, 2020, p. 485).

Destaca-se que, “na responsabilidade penal, o lesante deverá suportar a respectiva repressão, isto é, recairá sobre a sua própria pessoa o dever de reparar o dano, uma vez que o direito penal vê, sobretudo, o criminoso”, enquanto que, na esfera cível, “aquele ficará com a obrigação de recompor a posição do lesado, indenizando-lhe os danos causados, restaurando-lhe o direito ora violado pela conduta ilícita do agente” (SOUZA, 2022, p. 01).

Com isso, em que pese alguns acreditem que a imposição de pena põe fim à responsabilização do agente, na prática, havendo interesse por parte da vítima, existirão efeitos de reparação civil cujos impactos podem ser mais relevantes, com significativa retribuição ao agente causador. Para tanto, deve ser demonstrado o preenchimento dos requisitos que autorizam a responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro que será visto adiante.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL: REQUISITOS PARA A SUA CARACTERIZAÇÃO

Conforme já explicitado, é possível que o agente criminoso seja responsabilizado não apenas no âmbito criminal por sua conduta ilícita praticada na internet, mas também na seara cível pelas consequências geradas por sua conduta. Entretanto, para que isso ocorra é necessário constatar sua responsabilidade civil.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, tecem comentários acerca do conceito de responsabilidade civil nos seguintes termos:

a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar). Trazendo esse conceito para o âmbito do Direito Privado, e seguindo essa mesma linha de raciocínio, diríamos que a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2018, p. 719).

Essa responsabilidade está prevista no artigo 186 do Código Civil que dispõe que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002) e também no artigo 927, *in verbis*: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002).

Diferente do que ocorre na responsabilidade penal, em que a obrigação é pessoal e o agente responde com uma sanção, na responsabilidade civil a obrigação é patrimonial cuja reparação se dá por meio do pagamento pecuniário, podendo ocorrer em decorrência de qualquer ação ou omissão, quando violar um direito ou causar prejuízo a terceiro (GONÇALVES, 2018).

A sua caracterização necessita da constatação da presença de seus requisitos legais, citados no artigo 186 do Código Civil acima transcrito. São eles: conduta (comissiva ou omissiva), dolo ou culpa, nexo causal e dano.

Nas palavras de Fávio Tartuce “a conduta humana pode ser causada por uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente) (TARTUCE, 2018, p.615).

A culpa ou o dolo é o segundo requisito para configuração da responsabilidade civil, conforme análise do artigo 186 da norma civil realizada por Carlos Roberto Gonçalves:

Ao se referir à ação ou omissão voluntária, o art. 186 do Código Civil cogitou do dolo. Em seguida, referiu-se à culpa em sentido estrito, ao mencionar a “negligência ou imprudência”. Dolo é a violação deliberada, intencional, do dever jurídico. Consiste na vontade de cometer uma violação de direito, e a culpa, na falta de diligência 609 . A culpa, com efeito, consiste na falta de diligência que se exige do homem médio. Para que a vítima obtenha a reparação do dano, exige o referido dispositivo legal que esta prove dolo ou culpa *stricto sensu* (aquiliana) do agente (imprudência, negligência ou imperícia), demonstrando ter sido adotada, entre nós, a teoria subjetiva (embora não mencionada expressamente a imperícia, ela está abrangida pela negligência, como tradicionalmente se entende) (GONÇALVES, 2018, p. 394).

O terceiro elemento é o nexo causal, que consiste basicamente na vinculação da conduta culposa ou dolosa praticada pelo indivíduo e o dano que foi causado a outrem (TARTUCE, 2018), enquanto o último requisito: o prejuízo ou dano é “a lesão a um interesse

jurídico tutelado — patrimonial ou não —, causado por ação ou omissão do sujeito infrator” (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2018, p. 739).

Via de regra, exige-se a presença desses quatro requisitos, contudo, há hipóteses em que a responsabilidade do agente é objetiva, situação em que não será necessária a comprovação da culpa para a caracterização do instituto previsto no artigo 186 do Código Civil.

São, grosso modo, esses os requisitos indispensáveis para a caracterização da responsabilidade civil, para que seja possível exigir uma reparação patrimonial daquele que, ao cometer um crime virtual (ato ilícito) violar o direitos da vítima. Agora que conhecidos os requisitos, passamos ao debate sobre os efeitos civis dos crimes virtuais.

5 OS EFEITOS CIVIS EM CRIMES NA INTERNET

Conforme se verificou até aqui, uma vez constatada a ocorrência de uma violação dos direitos da vítima, consubstanciado em uma prática legalmente tipificada na legislação penal, é passível a responsabilização civil do agente causador do dano. Desta feita, “a Responsabilidade Civil consiste no efeito jurídico e patrimonial de reparar o dano que foi causado a outrem, portanto, surge com um descumprimento legal ou obrigação contratual, no qual resulta em conduta prejudicial à vítima” (OLIVEIRA, 2022, p. 01).

Especificamente quando o assunto reside em prática de crime através da rede mundial de computadores, mais necessário ainda é a discussão acerca dos efeitos civis decorrentes dessas condutas, uma vez que nessas situações a exposição da vítima justifica a reparação civil, desde que identificado o autor do fato.

Atualmente, com o livre acesso e o suposto anonimato na internet e falsa sensação de impunidade, as ofensas e agressões verbais nas redes sociais tornam-se cada vez mais frequentes. Contudo, acionando-se as autoridades policiais competentes e o Poder Judiciário pode-se descobrir a identidade do autor das ofensas e, posteriormente, ajuizar-se ação visando a indenização por danos morais (MENEZES, 2020, p. 01).

Neste interim, a condenação ao pagamento de indenização é o principal efeito civil decorrente dos crimes virtuais, quando constatado que, além da imposição de uma sanção penal, é ainda devida a reparação financeira ao indivíduo diretamente atingido pelas práticas ilícitas.

Na jurisprudência, são comuns as condenações civis quando as publicações ofendem a honra de outros usuários, caracterizando-se os crimes de injúria, difamação e calúnia.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER. PUBLICAÇÃO EM REDE SOCIAL – FACEBOOK. OFENSA À HONRA. DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. AFRONTA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. DANO MORAL IN RE IPSA. \n1. A inconformidade recursal refere-se ao cabimento de indenização por danos morais, referente alegado ato ilícito envolvendo ofensa à honra da parte autora por publicação realizada em rede social. \n2. Mostram-se aplicáveis as disposições contidas nos artigos 186 e 927, do Código Civil, no sentido de que, para se configurar o dever de indenizar, devem ser observados os pressupostos legais, quais sejam: a ação do agente, o resultado lesivo e o nexo causal entre o ato danoso e o resultado. \n3. Caso dos autos em que se mostra cabível indenização por danos morais, eis que sobreveio demonstração dos requisitos necessários para configurar o dever de indenizar, quais sejam, a ação do agente, o dano existente e o nexo de causalidade, não sendo caso de mero aborrecimento. Da publicação realizada na rede social Facebook, resultou exposição do nome e perfil da parte autora, bem como o endereço em que estuda, com ameaças à integridade física, além de difamação e injúria. \n4 O valor da reparação deve ser fixado observando a proporcionalidade e a razoabilidade, somados aos elementos apresentados na situação fática, a exemplo da gravidade do dano, da intensidade e da duração das consequências, bem como da condição econômica das partes e o duplo caráter (compensatório e punitivo) da medida. Quantum indenizatório fixado em R\$ 5.000,00, conforme parâmetros utilizados por este Tribunal para demandas semelhantes. \Nderam provimento ao recurso Apelação. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS – Apelação Cível: AC XXXXX20208215001 RS. Órgão Julgador: Sexta Câmara Cível. Relator: Eliziana da Silveira Perez. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/1477092681>>. Acesso em 04 mai. 2023).

Sabe-se que a liberdade de expressão, não raras vezes, é usada como fundamento para a realização de qualquer publicação na internet. No entanto, trata-se de um direito fundamental limitado, que não se sobrepõe à honra dos outros indivíduos, por exemplo. Neste sentido, encontra-se a jurisprudência do Estado de São Paulo a seguir apresentada:

RECURSO INOMINADO. Dano moral. Ofensas prolapadas na rede social “Facebook”. Direito constitucional à liberdade de expressão e

manifestação não é ilimitado. Abuso do direito. Direito de crítica dá conta da possibilidade de formulação de juízos pejorativos, o que não significa, todavia, que o crítico possa fazer uso de expressões formalmente injuriosas ou aquelas desnecessárias e alheias ao pensamento, que venham a constituir ofensa à honra da vítima. Dimensão do alcance que não pode ser menosprezada. Dano moral configurado. Condenação mantida e fixada em dois mil reais para cada recorrido. Recurso conhecido e não provido. (Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP – Recurso Inominado Cível: RI XXXXX-91.2021.8.26.0320 SP. 2ª Turma Cível. Relator: Ricardo Truite Alves. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1435923712>>. Acesso em 04 mai. 2023).

Dos entendimentos apresentados, tem-se como lógica a responsabilidade daquele que pratica o ato através de uma publicação na rede mundial de computadores, a qual não pode passar impune, nem mesmo para a plataforma em que a divulgação se deu, haja vista a responsabilidade objetiva dos provedores.

A população de maneira geral tende a se comportar no ambiente virtual como se este fosse totalmente livre e não houvesse qualquer responsabilidade, o que não é verdade, já que o ambiente virtual é parte do convívio social e, portanto, interessa ao Direito. Desse modo, quando ocorrer um dano neste ambiente haverá de se atribuir responsabilidade civil ao autor, seja ele o provedor (fornecedor dos serviços de internet), que tem responsabilidade objetiva amparada no risco da atividade, ou o usuário, cidadão que cometeu o ato ilícito ou, até mesmo, a ambos solidariamente (MANÇO, 2021, p. 01).

Portanto, por se tratar de crimes praticados através da utilização de uma plataforma digital, discute-se qual seria a responsabilidade dessas empresas, proprietárias de redes sociais, sites e aplicativos de relacionamento, pelos conteúdos divulgados em suas páginas, sem o devido monitoramento.

É preciso então analisar o grau de responsabilidade do provedor que hospeda o conteúdo publicado por terceiros (OLIVEIRA, 2021).

De acordo com entendimento exarado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a responsabilidade dos provedores será subsidiária. Assim diz um trecho da ementa publicada:

(...) 4. **A responsabilidade subsidiária do provedor de aplicações de internet por conteúdo gerado por terceiro** (art. 18 do Marco

Civil da Internet - Lei 12.965/14) exige **o descumprimento de prévia ordem judicial (19) ou pedido do ofendido (21) para a exclusão do conteúdo**. Inexistente ordem judicial ou pedido do ofendido, ausente se mostra pressuposto necessário à caracterização de omissão ilícita ensejadora de responsabilidade civil e impositiva do dever de indenizar. (...). (TJDFT - *Acórdão 1369225, 07165425920198070020, Relatora: DIVA LUCY DE FARIA PEREIRA, Primeira Turma Cível, data de julgamento: 1/9/2021, publicado no DJe: 16/9/2021. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/cdc-na-visao-do-tjdft-1/o-consumidor-na-internet/responsabilidade-do-provedor-pelo-conteudo-publicado-nas-redes-sociais>>. Acesso em 04 mai. 2023).*

Ademais, há que se verificar a conduta dos demais usuários da rede. Desta forma, conclui Danylo de Meo Manço (2021) que todo aquele que contribuir para que o crime ocorra deverá ser punido na medida de sua culpabilidade. Ou seja, é possível existirem coatores na prática desse crime, caso outros usuários deem vazão ao fato criminoso, situação em que eles se tornam responsáveis solidários pelo delito virtual praticado contra a vítima.

A aplicação da solidariedade em uma obrigação de indenizar proveniente de um crime no ambiente virtual, especialmente os crimes contra a honra, encontra alicerce no elemento subjetivo do autor, pois, por ato próprio e de espontânea vontade, determinado usuário replica uma publicação com conteúdo criminoso ou a complementa no mesmo sentido pejorativo e, assim, pratica ou contribui para prática de um ato ilícito que deverá ser indenizado (MANÇO, 2021, p. 01).

Não restam dúvidas, portanto, doutrinárias e jurisprudenciais acerca do cabimento do pedido de reparação civil pela ocorrência de crimes no meio virtual, desde que observados os requisitos contidos na legislação pátria, devendo ser observado, em cada caso, o nível da responsabilidade de cada agente envolvido no fato, desde o autor do crime, como também o provedor que permitiu a sua divulgação.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O uso da internet, por estar presente no dia a dia da grande maioria dos brasileiros, tornou possível a prática de crimes cometidos de forma virtual, isto é, através do acesso a rede mundial de computadores.

Por meio da internet, o criminoso acaba cometendo crimes variados, que além de lesarem o patrimônio da vítima, ferem sua dignidade humana, sua honra e sua imagem, direitos da personalidade que acabam ensejando também o direito à reparação civil.

A pesquisa bibliográfica demonstrou que, além da responsabilidade penal em decorrência da prática de um crime tipificado nas normas penais, pode o agente ser ainda condenado na esfera civil a reparar os danos morais e materiais suportados pelo ofendido através uma indenização pecuniária.

Depois de realizado o estudo, conclui-se que essa possibilidade é admitida quando constatada a presença dos requisitos legais da responsabilidade civil previstos no artigo 186 do Código Civil, são eles: conduta, culpa/dolo, nexo de causalidade e dano (resultado).

Assim sendo, uma vez comprovado que a conduta ilícita que caracterizou um crime praticado na internet ofendeu também direitos personalíssimos do ofendido, será o agente responsabilizado civilmente pelo seu delito, cuja reparação é patrimonial através de indenização pelos prejuízos suportados pela vítima.

Esse dever de indenizar civilmente o ofendido não atinge somente o agente delituoso, sendo admitida pela jurisprudência a responsabilização também de terceiros e das empresas proprietárias de páginas na internet, quando comprovado que esta não ofereceu um acesso seguro aos seus usuários, facilitando a prática de crimes em seus sites e redes sociais.

Portanto, a pesquisa científica conclui que os efeitos civis dos crimes na internet são aplicados quando constatada a responsabilidade civil do agente e de terceiros, a qual atinge o patrimônio do responsável, que pode ser condenado a indenizar o ofendido pelos danos causados à sua honra e imagem perante os demais. Contudo esta reparação deve ser aplicada na medida da responsabilidade de cada um, após estar devidamente comprovada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 02 mai. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 02 mai. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP – Recurso Inominado Cível: RI XXXXX-91.2021.8.26.0320 SP. 2ª Turma Cível. Relator: Ricardo Truite Alves. Disponível em:

<<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1435923712>>. Acesso em 04 mai. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. TJDFT - *Acórdão 1369225, 07165425920198070020, Relatora: Diva Lucy De Faria Pereira, Primeira Turma Cível, data de julgamento: 1/9/2021, publicado no DJe: 16/9/2021. Disponível em:* <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/cdc-na-visao-do-tjdft-1/o-consumidor-na-internet/responsabilidade-do-provedor-pelo-conteudo-publicado-nas-redes-sociais>>. Acesso em: 04 mai. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS – Apelação Cível: AC XXXXX20208215001 RS. Órgão Julgador: Sexta Câmara Cível. Relator: Eliziana da Silveira Perez. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/1477092681>>. Acesso em 04 mai. 2023.

CASSANTI, Moisés de Oliveira. **Crimes Virtuais, Vítimas Reais**. 1ª ed., Rio de Janeiro-RJ: Brasport Livros e Multimídia Ltda, 2014.

CRUZ, Emilly Nayara Santos. Responsabilidade Civil e Criminal nos Crimes Virtuais. Paripiranga, 2022. **Repositório Universitário da Ânima (RUNA)**. Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/23953>>. Acesso em: 02 mai. 2023.

FRANÇA, Marlene Helena. A **responsabilidade civil e criminal na internet: o papel do judiciário brasileiro**. Vol. 13, nº 01. P. 480-507. Rio de Janeiro: Quaestio Iuris, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil: volume único**– 2. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil 1: esquematizado: parte geral : obrigações e contratos**. – 8. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. (Coleção esquematizado / coordenador Pedro Lenza).

MANÇO, Danylo de Meo. Responsabilidade civil e solidária e coautoria nos crimes eletrônicos. **Revista Consultor Jurídico**, 18 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-fev-18/manco-responsabilidade-coautoria-crimes-eletronicos#:~:text=Desse%20modo%2C%20quando%20ocorrer%20um,at%C3%A9%20mesmo%2C%20a%20ambos%20solidariamente>>. Acesso em: 04 mai. 2023.

MENEZES, Maria. **Crimes Digitais: Indenização por Danos Morais**. Publicado em 11/09/2020. Disponível em: <<https://aphoffmann.com.br/responsabilidade-civil-nos-crimes-digitais/>>. Acesso em 03 mai. 2023.

OLIVEIRA, Vanessa Dázima de. A responsabilidade civil das redes sociais na remoção de conteúdos ilícitos. **Migalhas de peso**, 27 de julho de 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/349170/a-responsabilidade-civil-das-redes-sociais-na-remocao-de-conteudos>>. Acesso em: 04 mai. 2023.

SALUSTIANO, Daniel Frederick e Silva. **Crimes Virtuais no Brasil: Elementos Configuradores**. Artigo Científico apresentado à PUCGOIÁS em 09 jun. 2021. Disponível em: <<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/1665/1/DANIEL%20FREDERICK%20E%20SILVA%20SALUSTIANO.pdf>>. Acesso em: 01 mai. 2023.

SOUZA, Marcus Valério Saavedra Guimarães de. **Responsabilidade Civil e Penal**. Disponível em: <http://www.valeriosaavedra.com/conteudo_18_responsabilidade-civil-e-penal.html>. Acesso em: 03 mai. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil** : volume único. – 8. ed. rev, atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

OPERAÇÃO PENTE FINO: INSS PROGRAMA ESPECIAL PARA ANÁLISE DE BENEFÍCIOS COM INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES.

LETICIA RODRIGUES XAVIER:
graduanda do curso de Direito
pela Universidade de Gurupi
UNIRG¹⁰.

FERNANDO QUEIROZ POLETTO
(orientador)

RESUMO: A operação pente fino foi criada com o intuito de averiguar as irregularidades nas concessões dos benefícios ofertados pela previdência social. Iniciou no ano de 2016, através da edição da Medida Provisória 739/2016, reeditada em 2017 (MP 767/2017), e posteriormente transformada na Lei 13.846/2019. Em junho de 2019 foi editada a Medida Provisória 871 para que a operação abrangesse todos os auxílios. A operação é um método de proteger os cofres públicos. Desenvolvida com base em pesquisa de revisão bibliográfica, o presente artigo científico irá discorrer sobre o tema, apontar dados oficiais e destacar a necessidade de se conscientizar a população e aplicar efetivamente as disposições contidas nas normas.

Palavras-chave: INSS. Operação Pente Fino. Previdenciário. Irregularidades.

ABSTRACT: The fine-tooth comb operation was created with the aim of investigating irregularities in the conception of benefits offered by social security. It started in 2016, through the publication of Provisional Measure 739/2016, reissued in 2017 (MP 767/2017), and later transformed into Law 13.846/2019. all aid. The operation is a method of protecting public coffers. Developed based on bibliographic review research, this scientific article will discuss the subject, point to official data and highlight the need to raise awareness of the population and effectively apply the provisions contained in the standards.

Keywords: INSS. Fine Comb Operation. Social Security. Irregularities.

INTRODUÇÃO

A operação pente fino foi criada com o intuito de proteger os cofres públicos devido aos elevados números de recebimentos indevidos de benefícios previdenciários. Inicialmente estabelecida no ano de 2016, derivada da Medida

¹⁰ E-mail: leticiaxavie13@gmail.com

Provisória (MP) 739/2016, logo após foi convertida na Lei nº 13.846, de 18 de Junho de 2019.

O corpo da lei concede poderes para operação fiscalizar os benefícios previdenciários, de natureza assistencial, trabalhista ou tributaria. Isso porque o INSS fornece aposentadoria, auxílio-acidente, auxílio-doença, pensão por morte e benefícios assistenciais de prestação continuada que são regulamentados pela Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS (Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993) e pelo Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007.

A considerar a relevância do tema, a contar pelo tanto de pessoas afetadas pela operação e o impacto causado na sociedade, esse estudo pretende analisar essas duas leis e analisar seu reflexo na vida dos beneficiários do INSS, discutindo sua importância e eficácia no ordenamento jurídico como mecanismos de defesa de prejuízo aos cofres públicos.

MATERIAIS E MÉTODOS

Esta pesquisa científica intitulada “Operação Pente Fino: INSS programa especial para análise de benefícios com indícios de irregularidades” foi elaborada no Município de Gurupi, no primeiro semestre do ano de 2023 e teve como propósito analisar os direitos e garantias dos beneficiários da previdência social e discutir as disposições legais e a importância da operação pente fino.

Foi desenvolvida através de pesquisa de revisão de bibliografia, pautada em doutrinas e estudos sobre o tema já publicados no Brasil, disponíveis em acervo físico e digital. Quanto ao seu objetivo, classifica-se como pesquisa exploratória, já que há o estudo aprofundado sobre as Leis previdenciárias e a exposição dos resultados sobre sua aplicação prática de forma escrita.

1.0 HISTORICO DA OPERAÇÃO PENTE FINO AO LONGO DOS ANOS

Percorreu-se um longo período histórico até o surgimento do debate jurídico e que desencadeou a criação da operação pente fino.

No decorrer dos anos, com as concessões de benefícios por incapacidades e a falta de comparecimento na chamada prova de vida muitas fraudes, e irregularidades começaram a surgir, causando danos aos cofres públicos.

A primeira medida que regulamentava foi criada no ano de 2016 derivada da Medida Provisória (MP) 739/2016, em 2017 a medida provisória mais uma vez foi alterada pela (MP) 717/2017. Posteriormente transformados na Lei 13.846/2019, cuja ementa assim dispõe:

Conversão da Medida Provisória nº 871, de 2019

Institui o Programa Especial para Análise de Benefícios com Índícios de Irregularidade, o Programa de Revisão de Benefícios por Incapacidade, o Bônus de Desempenho Institucional por Análise de Benefícios com Índícios de Irregularidade do Monitoramento Operacional de Benefícios e o Bônus de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade; altera as Leis nos 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 7.783, de 28 de junho de 1989, 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 8.742, de 7 de dezembro de 1993, 9.620, de 2 de abril de 1998, 9.717, de 27 de novembro de 1998, 9.796, de 5 de maio de 1999, 10.855, de 1º de abril de 2004, 10.876, de 2 de junho de 2004, 10.887, de 18 de junho de 2004, 11.481, de 31 de maio de 2007, e 11.907, de 2 de fevereiro de 2009; e revoga dispositivo da Lei nº 10.666, de 8 de maio de 2003, e a Lei nº 11.720, de 20 de junho de 2008 (BRASIL, 2019).

Com o passar dos anos, na medida em que novas problemáticas apareciam a operação pente fino ia sendo modificada para que suas análises fossem de maior qualidade e de acordo com o atual cenário.

Segundos dados oficiais do Centro Nacional de Inteligência- Justiça Federal nos termos do art. 2º, I, "c" e II, "c" e "d", da Portaria CJF-POR-2017/003692016, a operação pente fino focou nos benefícios de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez. Foram convocados mais de um milhão de beneficiários para revisão, e cerca de 80% dos casos foram considerados irregulares pelo INSS, resultando em cancelamentos e suspensões de benefícios.

Em 2017, a operação foi ampliada para incluir aposentadorias por idade e tempo de contribuição. Novamente, o INSS convocou mais de um milhão de beneficiários para revisão, e cerca de 30% dos casos foram considerados irregulares, resultando em cancelamentos e suspensões de benefícios.

Em 2019, a operação pente fino se concentrou nos benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão. Foram convocados mais de 1,7 milhão de beneficiários para revisão, e cerca de 35% dos casos foram considerados irregulares, resultando em cancelamentos e suspensões de benefícios.

Em 2020, a operação pente fino foi suspensa devido à pandemia de COVID-19, mas retomada em agosto daquele ano. A edição de 2020 focou novamente nos benefícios de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, e resultou em cerca de 80% dos casos revisados considerados irregulares, novamente resultando em cancelamentos e suspensões de benefícios.

Em 2021, a operação pente fino segue em andamento, com foco nos benefícios de BPC/LOAS, pagos a idosos e pessoas com deficiência de baixa renda. O objetivo é garantir que apenas as pessoas que de fato preenchem os requisitos para receberem o benefício continuem a recebê-lo.

Essas mudanças deixaram clara que a intenção da operação pente fino não é prejudicar os beneficiários, mas sim proteger os cofres públicos.

Institui o Programa Especial por Mensagem de veto Conversão da Medida Provisória nº 1.113, de 2022, Altera as Leis nºs 8.213, de 24 de julho de 1991, 8.742, de 7 de dezembro de 1993, 11.699, de 13 de junho de 2008, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, e 13.846, de 18 de junho de 2019, para dispor sobre o fluxo de análise de benefícios previdenciários e assistenciais sob avaliação do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), da Perícia Médica Federal e do Conselho de Recursos da Previdência Social e para dispor sobre a gestão dos imóveis que constituem o patrimônio imobiliário do Fundo do Regime Geral de Previdência Social.

O fato da operação estar em constante mudança mostra que, com passar dos anos, ela se aprimorou para conseguir a obtenção de um resultado líquido e concreto sem interferir no direito dos beneficiários. A necessidade de se impedir que causam danos aos cofres públicos foi tornando-se tema de debate no Brasil com decorrer dos anos.

Como resultado dessa necessidade de evitar danos aos cofres públicos foi se aprimorando a operação pente fino, buscando que fraudes e irregularidades não passem despercebidas. Concluído que benefícios recebidos de forma indevida são um problema da sociedade, buscar ferramentas que ajudam a combater esse fato é de extrema importância.

A finalidade da operação é a de revisar as aposentadorias por invalidez e auxílios-doença que não passavam pela revisão médica do INSS há mais de dois anos. Constatou-se, ainda, a adoção de um procedimento para suspensão que inclui a intimação por edital de milhares de segurados depois de não

terem sido encontrados por meio do envio de correspondência. De acordo com informações oficiais, o governo prevê concluir o pente-fino no INSS, com corte de 20% nos auxílios doença e aposentadoria por invalidez – até o momento 450.000 benefícios foram cortados – sendo que há perspectiva de 1 milhão de benefícios a serem cancelados. (CNI-JF NOTA TÉCNICA N° 18/2018)

Visando analisar o erro material a operação trabalha nas falhas para que não sejam infringidas regras das concessões dos benefícios.

2.DOS PRÉ-REQUISITOS PARA ANÁLISE DA OPERAÇÃO PENTE FINO

O Instituto Nacional do Seguro Social faz anualmente a operação com intuito de investigar os benefícios concedidos irregularmente ou com erros na matéria.

Sejam esses erros de não envio de documentos, documentos de origem duvidosa ou falsos.

Ademais de, também ser feita uma análise anual para todos os beneficiários que recebem Benefícios por Incapacidade sendo eles:

- **Auxílio por Incapacidade Temporária:** que foi reformulado pela Reforma da Previdência;
- **Aposentadoria por Incapacidade Permanente:** que foi reformulado pela reforma da previdência;
- **Cumprimento dos critérios para recebimento do benefício solicitado e etc.**

A Lei nº. 13.846/2019 criou mecanismos para regulamentar a operação no seu artigo 10º nos seguintes moldes:

§ 1º O ato do Secretário Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia a que se refere o caput deste artigo disporá sobre os critérios para seleção dos benefícios objeto das perícias extraordinárias e abrangerá:

I - benefícios por incapacidade mantidos sem perícia pelo INSS por período superior a 6 (seis) meses e que não possuam

data de cessação estipulada ou indicação de reabilitação profissional;

II - benefícios de prestação continuada sem revisão por período superior a 2 (dois) anos; e

III - outros benefícios de natureza previdenciária, assistencial, trabalhista ou tributária.(BRASIL, 2019)

A partir dessa formulação se inicia a operação obedecendo o que previsto em lei para um funcionamento eficaz.

3.DA EXECUÇÃO DA OPERAÇÃO PENTE FINO

A operação é feita anualmente e dura 180 dias. Durante esse processo, uma junta administrativa analisará os benefícios com indícios de irregularidades com forme os moldes da lei 13.846/2019.

Art. 8º São considerados processos com indícios de irregularidade integrantes do Programa Especial aqueles com potencial risco de gastos indevidos e que se enquadrem nas seguintes hipóteses, sem prejuízo das disposições previstas no ato de que trata o art. 9º desta Lei:

I - potencial acúmulo indevido de benefícios indicado pelo Tribunal de Contas da União ou pela Controladoria-Geral da União;

II - potencial pagamento indevido de benefícios previdenciários indicado pelo Tribunal de Contas da União e pela Controladoria-Geral da União;

III - processos identificados na Força-Tarefa Previdenciária, composta pelo Ministério Público Federal, pela Polícia Federal e pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia;

IV - suspeita de óbito do beneficiário;

V - benefício de prestação continuada, previsto na Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, com indícios de irregularidade identificados em auditorias do Tribunal de Contas da União e da Controladoria-Geral da União e em outras avaliações realizadas

pela administração pública federal, permitidas, se necessário, a colaboração e a parceria da administração pública estadual e da administração pública municipal, por meio de procedimentos a serem definidos em cooperação com os Ministérios competentes; (BRASIL, 2019).

Em caso de encontrada qualquer uma das irregularidades trazidas no corpo da lei, se instala um processo administrativo. O beneficiário é notificado e prazo para sua defesa é instaurado sendo eles 30 (trinta dias) para trabalhador urbano e 60 (sessenta dias) em caso de trabalhador rural ou assegurado especial.

Para cumprimento da exigência aberta pelo INSS o beneficiário deve ser feito pela plataforma digital do inss onde ele fará uma atualização de dados do benefício, ou presencialmente em uma unidade do INSS.

4. DA SUSPENSÃO OU CESSAÇÃO DO BENEFÍCIO NA OPERAÇÃO PENTE FINO

Trata-se de suspensão do pagamento do benefício podendo haver reativação ou não.

O benefício pode ser suspenso em dois casos quando não cumprindo as exigências dentro do prazo legal ou quando a defesa apresentada não seja acatada pelo INSS, o benefício será suspenso.

Beneficiário poderá recorrer da suspensão tanto em vias administrativas quanto judicial.

Para que chegue a suspensão do benefício a operação pente fino tem que de fato identificar as irregularidades de fato. Dar o devido prazo legal para que o beneficiário apresentar defesa e notificá-lo de tal conforme o princípio da ampla defesa e contraditório conforme a lei expressa na Constituição Federal de 1988.

Conforme dispõe artigo 5º:

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:

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (BRASIL, 1988)

5.FATORES QUE CAUSAM SUSPENSÃO OU CESSAÇÃO DE BENEFÍCIOS

Em modo geral, os benefícios são suspensos com bastante frequência pelos seguintes motivos:

- Não comparecimento para nova realização de novo exame medico pericial;
- O não recebimento do benefício (o beneficiário que não sacar em até 60 dias terá o benefício suspenso);
- Indício de fraude seja ela no pedido ou no recebimento;
- Falta de atualização do cadastro único (nos casos de Benefícios de Prestação Continuada seja ele ao idoso ou deficiente);
- Não realizar prova de vida.

O beneficiário que ficar atento a esses detalhes, estaticamente, corre menos riscos de ter seu benefício suspensão.

Se mesmo seguindo corretamente todos critérios ,ainda sim, o benefício recebido advindo do INSS for suspenso o beneficiário tem direito de recorrer da decisão tanto em vias administrativas quanto vias judiciais.

6.DOS RECURSOS EM FACE DA SUSPENSÃO OU CESSAÇÃO

Nesse contexto, muitos beneficiários têm sido surpreendidos com a suspensão ou cessação dos seus benefícios, sem aviso prévio ou justificativa plausível. Essa situação gera insegurança e preocupação, principalmente para aqueles que dependem do benefício para o sustento próprio e de suas famílias.

Porém, é importante ressaltar que os beneficiários possuem recursos para recorrer dessas decisões. O primeiro passo é fazer um agendamento para comparecer pessoalmente a uma agência do INSS e solicitar informações sobre o motivo da suspensão ou cessação do benefício.

Caso haja argumentos plausíveis para contestar a decisão, o beneficiário pode entrar com um recurso administrativo junto ao INSS, apresentando documentação que comprove sua situação. É importante lembrar que a apresentação de provas e documentos é fundamental para sustentar a argumentação.

Se mesmo após o recurso administrativo não for possível reverter a decisão, ainda há outras opções para o beneficiário. É possível ingressar com uma ação judicial para anular a suspensão ou cessação do benefício. Para isso, é importante contar com o auxílio de um advogado especializado em Direito Previdenciário. Existem varios pareceres favoraveis a esse tipo de ação conforme a jurisprudência:

(TRF-3 - RI: XXXXX20184036301 SP, Relator: JUIZ(A) FEDERAL TAIS VARGAS FERRACINI DE CAMPOS GURGEL, Data de Julgamento:11/11/2019, 14ª TURMA RECURSAL DE SÃO PAULO, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial DATA: 21/11/2019). A sentença condenou o réu INSS a restabelecer o benefício de aposentadoria por invalidez que o autor recebeu entre 01/09/1985 e 23/04/2018, após revisão(pente fino) administrativa que havia cessado o benefício.

Portanto, mesmo em face da Operação Pente Fino do INSS, os beneficiários não necessitam ficar desamparados ou sem a possibilidade de reverter uma decisão contrária aos seus interesses. É possível recorrer administrativamente ou ingressar com ação judicial para buscar a revisão do benefício suspenso ou cessado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É de conhecimento geral o fato de que erros e fraudes geram danos aos cofres públicos advindo de benefícios previdenciário. O sistema operacional do INSS e feito por seres humanos passíveis de erros. Sem mencionar que a demanda benefícios protocolados e de analista para analisarem tais não batem a fila nacional.

Com base em uma pesquisa de janeiro de 2023, mostram que a fila do INSS, que em dezembro de 2022 tinha 1,087 milhão de segurados. O tempo médio de espera nacional para a conclusão da análise de um requerimento também subiu de 79 dias, em dezembro de 2022, para 85 dias, em janeiro deste ano 2023. (DIARIO DO COMERCIO 2023).

A demanda atual e maior do que a instituição possa suportar, oque aumenta a porcentagem de possíveis erros tanto na conceção de benefícios ou na análise errônea de suspensão de benefícios.

Em conclusão, a Operação Pente Fino do INSS trouxe resultados significativos na identificação de fraudes e irregularidades em benefícios previdenciários. Entretanto, é importante considerar os impactos negativos que essa medida pode ter sobre os beneficiários, muitos dos quais dependem desses recursos para sobreviver. É fundamental

que o INSS adote medidas que garantam a justiça e a transparência nas decisões referentes aos benefícios, sem prejudicar aqueles que realmente precisam deles.

A Operação Pente Fino do INSS vem desempenhando um papel importante na redução das fraudes e na melhoria da gestão dos benefícios previdenciários. No entanto, os resultados obtidos até o momento ainda são limitados em relação à dimensão do problema. É preciso que o INSS adote uma abordagem mais abrangente e sistemática para lidar com as irregularidades nos benefícios, envolvendo não só a identificação, mas também a prevenção e a correção das distorções.

O debate em torno da Operação Pente Fino do INSS revela a complexidade e a sensibilidade do tema dos benefícios previdenciários. É necessário encontrar um equilíbrio entre a garantia dos direitos dos beneficiários e a fiscalização rigorosa daqueles que buscam obter vantagens indevidas. A implementação de medidas mais efetivas de combate à fraude deve ser acompanhada de um esforço contínuo de aprimoramento dos critérios de concessão e avaliação dos benefícios previdenciários, visando a sua adequação às necessidades e demandas da sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Guilherme. **Pente Fino INSS: entenda como funciona**. 3MIND, 23/02/2023. Disponível em: < <https://www.3mind.com.br/blog/pente-fino-inss-entenda-como-funciona/>>. Acesso em 16 mar.2023.

BRASIL. **Medida Provisória Nº 871**, de 18 de janeiro de 2019. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/mpv%20871-2019?OpenDocument>. Acesso em: 24 abr. 2023.

BRASIL. **Lei Nº 13.846, de 18 de junho de 2019**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2019/lei/l13846.htm>. Acesso em: 01 fev.2023.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 3ª Região TRF-3 - Recurso Inominado: RI XXXXX-42.2018.4.03.6301 SP - Inteiro Teor**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-3/783108042/inteiro-teor-783108073>>. Acesso em 06 mar.2023.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de, LAZZARI, João Batista . **Manual De Direito Previdenciário**– 21°. ed. atual. – Editora: Forense, 2018.

CIN-JF, Centro de Inteligência Nacional- Justiça Federal. **Nota Técnica nº18/2018** 20/11/18. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/nucleo-de-estudo-e-pesquisa/notas->

tecnicas/nt_18-operacao-pente-fino-inss/@@download/arquivo>. acesso em: 05 mar.2023.

FOLHA DE SÃO PAULO. **INSS gastou milhões com benefícios acima do teto e a pessoas mortas, diz TCU.2022.** Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2022/07/inss-gastou-milhoes-com-beneficios-acima-do-teto-e-a-pessoas-mortas-diz-tcu.shtml//>>. Acesso em 03 de abril de 2023.

MAZUI, Guilherme. **Pente-fino no INSS: governo corta um benefício a cada duas perícias.** G1, 01/11/2018. Disponível em :< <https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/11/01/pente-fino-no-inss-governo-corta-um-beneficio-a-cada-duas-pericias.ghtml>>. Acesso em 10 mar.2023.

NASCIMENTO, Gisele. **Operação pente fino e corte de benefícios do INSS** Da Migalhas, 26/10/2022. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/376057/operacao-pente-fino-e-corte-de-beneficios-do-inss>>. Acesso em: 04 mar. 2023.

PIMENTA, Clara; MORAES, Vânia Cardoso André de. **A operação 'pente-fino' e seus paradoxos.** Ajufe. Disponível em: <<https://www.ajufe.org.br/imprensa/artigos/12165-a-operacao-pente-fino-e-seus-paradoxos>>. Acesso em 12 mar.2023.

RADDATZ, Joice. **Operação Pente Fino.** Jusbrasil. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/operacao-pente-fino/771883051>>. Acesso em 11 mar.2023.

TONIATTO, Marcos. **Os Reflexos do Pente Fino INSS na Economia Nacional** INSSONLINE.XYZ. Disponível em: < https://inssonline.xyz/pente-fino-inss/?utm_source=google&utm_medium=pesquisa&utm_campaign=gp_96_inss-a011-geral&gclid=CjwKCAjwl6OiBhA2EiwAuUwWZaFKZ4pJVMnyLTsobOJMW0iv5c9Kkrxg-3WI-OteBkQJASX3WM3TwhoCShAQAvD_BwE>. Acesso em 20 mar.2023.

O DIREITO À PRIVACIDADE E A PROTEÇÃO DE DADOS FRENTE AO DIREITO DO CONSUMIDOR

ANA GABRIELLE CERQUEIRA BARROS.

Bacharelado em Direito pela
Universidade de Gurupi – UnirG¹¹.

JOSÉ AUGUSTO LOPES¹²

(orientador)

RESUMO: Milhares de pessoas utilizam os aparatos tecnológicos ligados a internet a todo momento. Por essa razão, apesar de trazer muitos benefícios, o seu uso também pode gerar prejuízos. A privacidade, um dos bens mais tutelados pelos indivíduos vem constantemente sofrendo ameaças devido ao uso da internet. Por essa razão, o Direito vem regulando os limites da invasão da privacidade no meio digital. Esse cenário é ainda mais relevante nas relações de consumo, onde a exposição de dados e informações pessoais são muitas vezes expostas e utilizadas de forma errônea por empresas e organizações. Frente a isso, esse estudo buscou analisar o Direito à Privacidade e a proteção de dados diante das relações consumeristas. Para melhor entendimento desse tema, a metodologia usada foi a de revisão da literatura, com base em livros, artigos científicos, periódicos, etc. coletados na base de dados da Scielo e Google Acadêmico, além da jurisprudência pátria. Nos resultados, constatou-se que frente o meio digital, a privacidade ainda se encontra explorada e não respeitada. Apesar disso, o regime jurídico brasileiro, por meio da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) efetivou a tutela para esses casos. Fundamentado nessa norma, ficou estabelecido que o proprietário da informação ou do dado particular é a quem ele diz respeito. Nas relações de consumo, entendeu-se que é preciso que as organizações sejam mais cuidadosas e zelosas dos dados e informações pessoais de seus clientes, não utilizando desses dados para benefícios próprios, haja vista que fere o princípio da privacidade.

Palavras-chave: Relação de consumo. Privacidade. Dados. Meio digital.

THE RIGHT TO PRIVACY AND THE PROTECTION OF DATA AGAINST CONSUMER LAW

ABSTRACT: Thousands of people use the technological apparatuses linked to the internet at all times. For this reason, despite bringing many benefits, its use can also cause damage. Privacy, one of the most protected goods by individuals, has been constantly suffering threats due to the use of the internet. For this reason, law has been regulating the limits of

11 E-mail: anagabriellecerqueirabarros@gmail.com

12 Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: joseaugusto@unirg.edu.br.

the invasion of privacy in the digital environment. This scenario is even more relevant in consumer relations, where data exposure and personal information are often exposed and misused by companies and organizations. Given this, this study sought to analyze the right to privacy and the protection of data in the face of consumerist relations. For a better understanding of this theme, the methodology used was literature review, based on books, scientific articles, periodicals, etc. Collected in the database of Scielo and Google Academic, as well as the homeland jurisprudence. In the results, it was found that the digital environment, privacy is still explored and not respected. Nevertheless, the Brazilian legal regime, through the General Law on Data Protection (LGPD) made the guardianship for these cases. Based on this standard, it was established that the owner of the information or the particular data is to whom he concerns. In consumer relations, it was understood that organizations must be more careful and zealous of their customers' personal data and information, not using this data for their own benefits, since the principle of privacy is hurt.

Keywords: Consumer relationship. Privacy. Data. Digital medium.

Sumário: 1. Introdução. 2. O direito a privacidade: aspectos gerais. 3. Da Lei Geral de Proteção de Dados. 4. Discussão da temática. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A privacidade é um dos bens humanos mais tutelados. Isso se deve porque a privacidade representa a extensão da personalidade e intimidade de cada um. Desta feita, é muito protegida por todos. Cabe lembrar, como explicam Peixoto e Júnior (2020) que garantismo jurídico da privacidade não se restringe a intimidade e a vida privada, mas a todos aqueles vinculados a esse.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo o direito à privacidade. É a proteção da vida íntima do indivíduo no seu ponto máximo, abarcando a vida particular, as suas relações humanas, a sua sexualidade, etc. Tão importante para o indivíduo que a norma principal do país traz a sua garantia.

Apesar da sua proteção, Blum (2018) salienta que o Direito à Privacidade não pode limitar apenas como um fator de invasão, ou seja, como algo a ser protegido contra invasão a intimidade e a vida privada. Ao contrário, além disso, a privacidade, deve ser vista como controle de dados pessoais e de acesso a tais dados.

Isso decorre do fato de que os avanços tecnológicos oriundos principalmente da internet, trouxe ao cenário social novas formas de se relacionar e de transferir dados

personais e de terceiros. De outro modo, a internet também abriu caminho para que crimes pudessem ser feitos na rede.

Os chamados crimes cibernéticos são o grande desafio do Direito e da sociedade, uma vez que eles se expandem de modo muitas vezes invisível e de rapidez latente. Por conta disso, novas normas estão sendo criadas a fim de combater tais crimes.

Dentre o cenário criminológico encontrado nas redes, está a invasão de privacidade. Mais especificamente nesse caso, encontra-se o uso de dados e informações sigilosas para fins escusos. Imagens, vídeos e textos também são utilizados (TAULLI, 2020).

Diante desse cenário, emergiu no campo jurídico a Lei nº 13.709/2018, mais conhecida como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) que buscou trazer maior segurança jurídica no uso da internet e de exposição de dados e informações pessoais. Tal norma se torna a base central para a discussão sobre a privacidade no campo digital.

Além disso, também é importante analisar esse contexto ligado às relações de consumo. Nas últimas décadas, com o avanço do uso do comércio digital, tem-se detectado um crescimento nos casos de dados pessoais sendo violados por empresas. Assim, é pertinente que se estude sobre os efeitos que esse fato gera para o Direito.

Com isso, esta pesquisa propôs a seguinte problemática: é possível garantir a privacidade e a proteção de dados numa relação de consumo? Frente a questão acima suplantada, esse trabalho buscou discorrer sobre o direito à privacidade e a tutela de dados diante do Direito do Consumidor.

A abordagem foi bibliográfica, com abordagem doutrinária de autores conceituados para a fundamentação dos posicionamentos.

2. O DIREITO A PRIVACIDADE: ASPECTOS GERAIS

A Constituição Federal de 1988 introduziu, no artigo 5º, inciso XII, a inviolabilidade do sigilo de dados como direito fundamental. Trata-se de um dos modos de assegurar o direito à privacidade, cujo conteúdo é preenchido por disposições encontradas em outros locais da mesma Constituição (incisos X e XI do mesmo artigo), assim como na legislação infraconstitucional (BRASIL, 1988).

Em 1993, Tércio Sampaio Ferraz Júnior publicou um artigo intitulado “Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado” (doravante, “Sigilo de dados”). Tal artigo serviu de principal fundamentação doutrinária para a interpretação do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca do conteúdo e dos limites do direito subjetivo à inviolabilidade da comunicação sigilosa e à proteção de dados pessoais (QUEIROZ; PONCE, 2020).

Em síntese, o STF interpretou que a inviolabilidade do sigilo de dados refere-se apenas aos dados em trânsito—o fluxo de dados do emissor ao receptor da mensagem durante os instantes da comunicação telefônica e telemática propriamente dita. Ela não se aplicaria aos dados estáticos, já armazenados, ainda que eles tivessem sido objeto de comunicação anterior (QUEIROZ; PONCE, 2020).

Quase trinta anos após sua publicação, por sua reiterada acolhida pelo STF, o texto de Ferraz Júnior é ainda uma importante referência para o debate constitucional brasileiro sobre privacidade, em geral, e proteção de dados pessoais, especificamente.

De acordo com Teffé e Barletta (2018), o conteúdo do direito à privacidade é a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por dizerem a ele só respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão.

O objeto desse direito, como explica Blum (2018) é a integridade moral do indivíduo, aquilo que faz de cada um o que é e, desta forma, lhe permite inserir-se na vida social e na vida pública.

Taulli (2020) realiza tais considerações a partir do pano de fundo entre a distinção de público e privado. Nessa chave de leitura, a privacidade representaria a demarcação da individualidade de um sujeito em face dos outros e do Estado. Tal demarcação permite ao indivíduo se inserir na vida social e pública de sua comunidade, mas sem perder sua individualidade ou o controle daquilo que o representa.

Abreu (2018) fala em “direitos à privacidade”, no plural, os quais incluem intimidade e vida privada, bem como os direitos ao nome, à imagem, à reputação – conforme posituação pelo inciso X do artigo 5º do texto constitucional atual.

Todos esses, por sua vez, são regidos pelo princípio da exclusividade, que tem como objetivo “assegurar ao indivíduo a sua identidade diante dos riscos proporcionados pela niveladora pressão social e pela incontrastável impositividade do poder político” (ABREU, 2018, p. 21).

Contudo, o grau de exclusividade é variável entre cada um desses direitos. Por exemplo: nome, imagem e honra possuem um sentido comunicacional, de modo que exigem alguma publicidade, ostentando, conseqüentemente, um grau menor de exclusividade. Afinal, são feitos para serem conhecidos publicamente. Contudo, não podem se transformar em objeto de apropriação privada (servir de objeto de trocas de mercado) sem o consentimento de seu titular. Daí porque seguem privados, ainda que feitos para ganhar publicidade (TEFFÉ; BARLETTA, 2018).

3. DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Antes de se adentrar especificamente na Lei em destaque no título desse tópico é preciso contextualizá-la. Nesse sentido, aborda-se inicialmente a respeito do sigilo. O sigilo, segundo Sidi (2016) não é “o bem protegido”, pois “não é o objeto do direito fundamental”. Diz respeito à faculdade de agir (manter sigilo, resistir ao devassamento), conteúdo estrutural do direito (à privacidade).

Não se trata, contudo, de uma faculdade exclusiva do indivíduo e a serviço do direito à privacidade: há sigilos que protegem interesses do Estado – melhor dizendo: da comunidade, como são os casos de sigilos impostos em nome da segurança nacional (QUITO, 2018). O sigilo é, portanto, instrumental, não representando um fim em si mesmo.

De acordo com Kira (2019) não há um direito fundamental ao sigilo, e sim circunstâncias nas quais o sigilo é instrumental à proteção de um direito fundamental (à privacidade). Logo, enquanto liberdades fundamentais – como é o caso da privacidade – só encontram limites em outras liberdades fundamentais, o sigilo e sua inviolabilidade são marcados pela instrumentalidade.

A partir das simetrias identificadas no texto constitucional, o sigilo de dados seria próximo ao sigilo de correspondência. Recorrendo Bioni (2019), o autor conceitua a privacidade, em conjunto com a inviolabilidade de domicílio e correspondência, como uma liberdade de “negação”. Ela seria, portanto, uma imunidade contra o pretendido poder de devassa ou intromissão investigativa em certas esferas das vidas privadas de cidadãos.

O sigilo, e sua manutenção, efetivariam esse direito, mas sem se confundir com o conteúdo daquilo que protegem. Assim, o objeto da inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, e sim a liberdade de negar acesso ao conteúdo por ele abarcado (BIONI, 2019).

A questão do sigilo toma ainda mais forma quando se depara com a realidade atual, onde a tecnologia tem avançado não apenas no aspecto social, mas também na invasão de privacidade e cometimento de crimes. Por essa razão, o Direito não poderia se ausentar.

Diante do caso presente, em 2018 adentrou no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). De acordo com Ferraz Júnior (2018) essa lei nasceu por meio do incentivo social, ao qual a sociedade clamava por uma norma que regulasse de maneira incisiva atos de invasão de privacidade e outras temas afins.

Abreu (2018) aduz que a LGPD veio na alcunha da globalização, tema muito recorrente nas últimas décadas. Esse fato gerou a expansão da transição de dados tanto de empresas e governos como dos cidadãos. Dessa forma, era evidente que se criasse uma

lei que regulasse esse cenário.

No Brasil, a LGPD busca conservar um cenário de proteção aos dados pessoais e particulares dos indivíduos. Mendes e Doneda (2018) explicam que com a chegada da LGPD pôde-se ter uma maior tutela dos dados particulares de cada pessoa, que uma vez compartilhados e expostos, acabam sendo usados para fins delituosos. Com isso, tencionou-se limitar o uso dos dados dos cidadãos por empresas e governos.

Nesse sentido, cabe citar o seguinte julgado que traz a objetividade dessa norma:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CONSUMIDOR E PROFISSIONAL DE SAÚDE. ERRO MÉDICO. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO CORRETIVO. JUNTADA DE DOCUMENTOS MÉDICO-HOSPITALARES. PACIENTE. SIGILO. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. INFORMAÇÕES PESSOAIS. INTIMIDADE. PRIVACIDADE. DADOS SENSÍVEIS. PROTEÇÃO. NECESSIDADE. [...] 2. **A Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados) dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou jurídica, tanto de direito público quanto privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e privacidade.** 3. A lei exige o consentimento expresso do titular para o tratamento dos dados ou, tratando-se de crianças e adolescentes, o consentimento específico realizado por um dos pais ou representante legal (art. 7º, I e art. 14, §1º). [...] 5. Recurso conhecido e provido. (07043911920228070000 - (0704391-19.2022.8.07.0000 - Res. 65 CNJ). TJDF. 8º Turma Cível. Relator: DIAULAS COSTA RIBEIR. Data de Julgamento: 20/04/2022. Publicado no DJE: 03/05/2022). (grifo meu)

No tratamento concernente ao tema aqui analisado, importante mencionar que a LGPD trouxe em seu texto a definição do que seja um dado pessoal. No artigo 5º, I, traduz que dado pessoal é a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”. Ou seja, é uma informação que gera a identificação de uma pessoa natural. Tem-se como exemplo, o CPF ou telefone (BRASIL, 2018).

Monteiro (2018) acrescenta que os programas de processamento de dados que tencionam observar alguns comportamentos em grupos, e com isso realizar intervenções também se enquadram nesse escopo.

Abreu (2018) ao analisar esta lei e o momento atual, entende que nos dias de hoje os dados individuais não são mais irrelevantes no cenário da internet. Qualquer informação tem sido utilizada pelos governos, empresas e por outras pessoas.

Agostinelli (2018) por sua vez ao explicitar sobre a LGPD afirma que ela se baseia em 3 características: i) extensão conceitual sobre o que seja um dado pessoal; ii) urgência em se ter uma base legal para toda informação de dados no aspecto digital e; iii) legítimo interesse como hipótese autorizativa e necessidade de realização de um teste de balanceamento de interesses.

Insta salientar que o detentor de um dado ou informação precisa agir com boa-fé. Desse modo, o detentor não pode querer expor informações ou dados de terceiros para fins ilícitos (AGOSTINELLI, 2018).

Isso é o que aduz o presente julgado:

RECURSO INOMINADO. DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. **LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. LGPD. EXPOSIÇÃO DE DADOS PESSOAIS EM SITE DA INTERNET. DADOS PESSOAIS NÃO SENSÍVEIS. EXCLUSÃO DE INFORMAÇÕES. DANOS MORAIS. NÃO CABIMENTO.** [...] 3 - Tratamento de dados por entidade privada. Obrigação de fazer. Exclusão de dados constante do site. A ré não demonstrou, à satisfação, que desenvolve atividade compreendida entre as hipóteses do art. 7º da Lei 13.709/2018 **(Lei Geral de Proteção de Dados). O § 3º. do referido dispositivo prevê que o tratamento de dados pessoais cujo acesso é público deve considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificaram sua disponibilização. Contudo, a ré não demonstrou qual o interesse público na divulgação de número de CPF, endereço residencial.** [...]. (07397589020218070016 - (0739758-90.2021.8.07.0016 - Res. 65 CNJ). TJDFT. Relator: AISTON HENRIQUE DE SOUSA. Data do julgamento: 24/06/2022. Publicado no DJE: 14/07/2022). (grifo meu).

A LGPD também se adentra no tema da privacidade, uma vez que ela ao proteger os dados e informações pessoais também está tutelando a vida íntima e privada de cada um. Além disso ela também se enquadra nas relações de consumo. A respeito desses fatores, encontra-se o tópico seguinte.

4. DISCUSSÃO DA TEMÁTICA

As relações de consumo no Brasil são reguladas através do Código de Defesa do Consumidor, promulgado em 11 de setembro de 1990. Por meio desse Código é que se estabeleceram como se deve ser pautadas as relações consumeristas em solo brasileiro. Nesse caso, tanto os fornecedores quanto os consumidores possuem direitos e obrigações perante a Lei e a sociedade.

De todo modo, tal regimento jurídico é um importante documento que traz em seu bojo a proteção ao consumidor. Em outras palavras: o foco principal do CDC é proteger o consumidor de qualquer dissabor ou prejuízo na relação de consumo. Isso se dá porque o consumidor é considerado como a parte mais fraca nesse tipo de relação, uma vez que para consumir precisa indiretamente cumprir as regras estabelecidas pelo fornecedor, como o preço, a entrega, a qualidade do produto, etc.

Segundo Efig (2018, p. 26) “consumidor é aquele que, adquire ou utiliza o produto ou serviço na qualidade de destinatário final”.

No artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor está explícito a proteção estatal, que preconiza que suas normas são de “proteção e defesa do consumidor”. Diante tal vulnerabilidade o Estado restabelece o equilíbrio a harmonia econômica, estabelecendo inclusive a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, a responsabilidade objetiva do fornecedor no processo civil.

Em relação a natureza jurídica das normas consumeristas, é majoritário o entendimento dos doutrinadores no sentido de que as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor são pertencentes ao grupo do direito público, pois tais normas garantem preceitos fundamentais posto na Constituição federal.

Almeida (2018) afirma que as normas de proteção ao consumidor, tal como espelhadas no novo Código, têm forte conteúdo de direito público, pois cuidam de aparelhar e garantir a tutela de um direito fundamental previsto na Constituição Federal (art. 5º, XXXII), em contraposição ao *status quo* ante privado e individualista que negava tal proteção ou tornava insuficiente.

Já Bittar (2017) entende que, pertence ao direito privado. Segundo o autor, é bem de ver que o presente Código não deixa de ser uma ramificação do direito privado, no qual, de regra, as normas de ordem pública constituem uma exceção. O presente autor acredita que não são todas as normas do CDC que são de natureza imperativa, pois existem relações em que consumidor e fornecedor podem fazer concessões recíprocas, para o fim de solucionar ou prevenir futuros litígios, como trata o artigo 107 do CDC ao tratar da convenção coletiva de consumo.

Na ordem privada, as relações interessam apenas as partes, enquanto na ordem pública as relações interessam à sociedade. Analisando os princípios do CDC, e o motivo da sua inserção no ordenamento jurídico, leva a crer que as normas protetoras consumeristas estão mais próximas da ordem pública.

A par dessa discussão, encontra-se nesse tema as relações de consumo. Num mundo onde a compra e a venda é a base da circulação de moeda que condiciona o crescimento da economia, o consumo se torna em uma atividade de extrema importância. É uma atividade que se baseia na fruição de serviços e bens e que são úteis para a sobrevivência de qualquer indivíduo.

No entendimento Bagatini (2019, p. 27) consumo é aquelas relações que se estabelecem ou que podem vir a se estabelecer quando de um lado porta-se alguém “com a atividade de ofertador de produtos ou serviços e, de outro lado, haja alguém sujeito a tais ofertas ou a algum acidente que venha ocorrer com a sua pessoa ou com os seus bens”.

Nesta relação de consumo há dois agentes essenciais: o consumidor e o fornecedor. Para a definição de consumidor, pode-se citar o CDC que em seu artigo 2º dispõe como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (BRASIL, 1990). Apesar disso, é possível ver o significado de consumidor pelo viés de dois tipos de consumidor, que são os econômicos e os jurídicos. A respeito desses tipos de consumidor, Benjamin, Marques e Bessa (2018) nos explicam que no aspecto econômico, o agente consumidor para a tomada de muitas decisões é a família, e não o indivíduo. Isto importa na medida em que famílias podem tomar decisões grupais baseadas em algum compromisso entre as necessidades individuais dentro da família, ou, ainda, mais provável, com base em julgamentos paternalísticos por membros mais idosos da mesma.

Já no aspecto jurídico, é a definição de consumidor que estabelecerá a dimensão da comunidade ou grupo a ser tutelado e, por esta via, os limites de aplicabilidade do Direito especial. Conceituar consumidor, em resumo, é analisar o sujeito da relação jurídica de consumo tutelada pelo Direito do Consumidor (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2018).

Cabe lembrar que o consumidor é considerado a parte mais frágil numa relação de consumo. Por essa razão, o Estado tem promulgado meios de proteção a esses indivíduos, uma vez que na relação de consumo (fornecedor e consumidor) essa parte é a que mais está sujeita a sofrer atos ilícitos e prejuízos financeiros e morais (CESAR, 2012).

Nesse ponto, Lima (2022) aponta que numa relação de consumo, principalmente quando se está no campo digital, por exemplo, é preciso que o Princípio da Igualdade seja observado. Como bem explica o autor, tal princípio busca trazer um tratamento igualitário

a todas as partes, ou seja, tem-se a procura de uma igualdade material e momentânea para um sujeito com direitos diferentes, sujeito vulnerável, mais fraco.

É o que também assenta a jurisprudência; a saber:

1. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DEFEITO OU VÍCIO DO PRODUTO. PESSOA JURÍDICA. **RELAÇÃO CONSUMERISTA CARACTERIZADA**. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. APLICAÇÃO DA TEORIA FINALISTA MITIGADA. RECURSO PROVIDO. 1.1. Consumidor pode ser tanto pessoa física quanto pessoa jurídica, desde que seja destinatário final fático e econômico ou, caso faça uso profissional que enfrente nessa relação, situação de vulnerabilidade. 1.2. A teoria finalista mitigada **destaca a vulnerabilidade in concreto como critério para identificação do consumidor independente de sua caracterização como destinatário final ou consumidor equiparado**. 1.3. A doutrina chama de consumidor por equiparação todos aqueles que, mesmo que não façam parte diretamente da relação de consumo, sofrem os efeitos lesivos da falha na prestação do serviço, razão pela qual devem ser tutelados pela legislação consumerista, conforme inteligência do artigo 17 do Código de Processo Civil. (TJTO, Agravo de Instrumento, 0014153-93.2022.8.27.2700, Rel. MARCO ANTHONY STEVESON VILLAS BOAS, julgado em 22/03/2023, DJe 06/04/2023 17:20:43). (grifo meu)

No que se refere à discussão do presente tema, Gagliano e Filho (2022) adverte que empresas tem usado das informações pessoais e sigilosas de seus clientes para cometer delitos. Como explica Boni (2020), por meio da chamada mineração de dados (*data mining*), ou prospecção de dados, empresas tem tido aumento de lucro e vendas. Uma vez em posse dos dados de um cliente, por exemplo, organizações podem planejar o comportamento online de clientes em potencial. A título de exemplo, cita-se o seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. **DIREITO DO CONSUMIDOR**. SERVIÇOS DE TELEFONIA - CONTRATAÇÃO FRAUDULENTA POR TERCEIRO - **USO INDEVIDO DOS DADOS PESSOAIS DA CONSUMIDORA PARA ELABORAÇÃO DE CONTRATO**. COBRANÇAS INDEVIDAS E INTERRUPTÃO DOS SERVIÇOS DE TELEFONIA E INTERNET EM DECORRÊNCIA DESSA CONTRATAÇÃO. ÔNUS DA PROVA DA EMPRESA DE TELEFONIA. DANO MORAL CONFIGURADO. SENTENÇA MANTIDA.1. A relação entre cliente e a empresa de telefonia é

consumerista. 2. A alegação verossímil do consumidor de não contratação de linha telefônica impõe à instituição financeira, em inversão do ônus probante, a prova da veracidade dessa contratação e das cobranças dos débitos dela decorrente, nos termos do artigo 14 do CDC. 2. A ausência do instrumento contratual válido que legitimaria a contratação da linha telefônica e as faturas em aberto conduz à ocorrência de falha na prestação do serviço, por não conceder a segurança que se espera no desempenho das atividades bancárias, em especial quanto ao seu fornecimento. 3. ***In casu*, a contratação de linha telefônica através de celebração de contrato com terceiro, com o uso fraudulento de dados pessoais da consumidora/apelada**, originando cobranças indevidas de faturas e interrupção dos serviços de telefonia e internet validamente contratados, **configuram má prestação dos serviços da empresa e ensejam, por consequência, reparação por danos morais ao consumidor**. 4. Recurso conhecido e, no mérito, improcedente. Sentença mantida. Honorários sucumbenciais majorados em 5%, nos termos do artigo 85, § 11º, do CPC. (TJTO, Apelação Cível, 0002704-43.2020.8.27.2722, Rel. ADOLFO AMARO MENDES, 5ª TURMA DA 2ª CÂMARA CÍVEL, julgado em 26/05/2021, DJe 08/06/2021 16:46:45). (grifo meu)

No julgado acima, inicialmente, cumpre alinhar que a relação entre o cliente e os serviços de telefonia é de consumo, aplicando-se, assim, as diretrizes do Código de Defesa do Consumidor, conforme se depreende dos artigos 2º e 3º daquele código. Com base nos autos, a discussão residiu num eventual defeito relacionado à prestação de serviços pela empresa apelante. Inicialmente, ao celebrar com terceiro desconhecido, contrato de oferta de linha/plano telefônico utilizando os dados pessoais da recorrida, inclusive com cobranças indevidas decorrentes desse contrato. Ao fim, a empresa foi condenada pelos danos causados à cliente.

O que se verifica atualmente é que se tem mostrado muito difícil de impossibilitar que as informações de um indivíduo não sejam de algum modo notório. Gomes (2020) menciona que as empresas nos dias de hoje já possuem informações de quase tudo o que ocorre na vida de uma pessoa, desde os seus horários, seus gostos e desejos. Através das redes sociais, por exemplo, o indivíduo acaba por expor a sua vida particular e suas principais características. Com esses dados, empresas tem-se utilizado para induzir a uma realização de consumo.

Cordeiro (2017) ao discorrer sobre a presente temática, explica que as empresas tem tido a tomada de definição com base nos dados coletados pelo sistema e com isso,

aproveita-se sobre os gostos comerciais de cada cliente. Tais empresas, tem aproveitado dessas informações para cometer crimes, e assim aumentar os lucros.

Como exemplo desse fato, Demétrio e Bensusan (2019) citam o WhatsApp. O autor considerar esse programa de conversas, como uma das ferramentas mais comuns utilizadas pelas empresas para induzir erroneamente o cliente a realização uma compra ou adquirir um serviço. Na situação onde o cliente não tenha dado o primeiro passo para o contato com a empresa, esta acaba fazendo a abordagem, o que pra muitos representa uma violação da privacidade.

Sobre essa questão, apresenta-se a jurisprudência abaixo:

1. APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. PROCEDÊNCIA. DÍVIDA QUITADA. COBRANÇA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. **DANO MORAL VISUALIZADO**. DEVER DE INDENIZAR. SENTENÇA MANTIDA. 1.1 A obstinação em cobrar dívida já quitada, justifica indenização por danos morais, considerando que o texto examinado superou a barreira do mero dissabor, **mormente por demonstrar invasão da privacidade do consumidor e afronta à sua paz e tranquilidade, considerando contatos promovidos com periodicidade, das mais variadas formas, em manifesta ilegitimidade**. 1.2 Guarda observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade a fixação de indenização por danos morais no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), quantia que se mostra suficiente à função punitiva e reparadora do instituto, sem incorrer em enriquecimento ilícito do beneficiário. 2. ASTREINTE. VALOR. RAZOABILIDADE. Deve-se manter a multa arbitrada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), quando verificado que se apresenta razoável proporcional à demanda proposta. (TJTO, Apelação Cível, 0011972-76.2020.8.27.2737, Rel. MARCO ANTHONY STEVESON VILLAS BOAS, 2ª TURMA DA 2ª CÂMARA CÍVEL, julgado em 10/02/2021, DJe 24/02/2021 19:54:13)

O caso acima, por exemplo, a apelada ingressou com a ação de origem almejando a declaração de inexistência do débito cobrado pelo requerido, bem como indenização por danos morais, sob o argumento de que o débito cobrado foi integralmente quitado em março de 2020.

O magistrado cita que não raramente, as empresas fazem uso de ligações incessantes e tantas outras formas de contato em horários inoportunos. Algumas vezes, são incansáveis, e não desistem facilmente do objetivo mirado, chegando ao limite de

comprometer a privacidade do consumidor e perjurando-lhe a sua paz e tranquilidade, considerando contatos promovidos com periodicidade, causando incômodos, desgostos e irrisignações que superam a barreira da razoabilidade, contexto que enseja a fixação de indenização por danos morais.

Portanto, é nítido observar que a privacidade pode ser invadida por empresas, que ao ter controle e posse de dados de seus clientes, acabam cometendo abusos de toda ordem. Nesses casos, enseja-se a aplicação de danos morais.

Ademais, Gomes (2020) frisa que as organizações precisam investir em estratégias de gestão, evitando assim que situações como a citada acima ocorra. O Código de Defesa do Consumidor, tutela os direitos dos consumidores, principalmente no meio digital, e juntamente com a LGPD representam o conjunto de normas a proteger esses indivíduos frente às relações de consumo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tecnologia tem sido benéfica para a sociedade e para o mercado. Ela facilita a comunicação entre os indivíduos, bem como agiliza a comercialização de produtos. No entanto, em que pese a sua importância, ela também é palco de cometimento de diversos crimes, principalmente contra os consumidores.

Nesse cenário, os delitos cometidos no âmbito digital não atingem apenas o consumidor na questão financeira e moral, mas na sua privacidade. Esse fato é conferido quando seus dados e informações são usadas por empresas de forma criminosa, com o intuito de ampliar os seus lucros e obter vantagens comerciais.

Com esse cenário, o presente estudo analisou a possibilidade de as relações consumeristas violarem o princípio da privacidade. Conforme explanado no decorrer dessa pesquisa, foi possível verificar que de fato os dados pessoais de clientes quando utilizados de forma diversa do seu objetivo atinge sobremaneira a sua privacidade.

A Lei Geral da Proteção de Dados veio trazer uma maior segurança jurídica para os consumidores. Por se tratar da parte vulnerável da relação consumerista, o consumidor é protegido pela LGPD, assim como pelo Código de Defesa do Consumidor e demais leis. Os seus dados, bem como qualquer informação referente ao consumidor não pode ser usado por empresas para realizar procedimentos diferentes daqueles estipulados por contrato ou acordo entre as partes.

Sendo assim, notou-se que para evitar esse tipo de ação, é necessário que as empresas invistam em estratégias de gestão, evitando assim que situações como essa ocorra.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, J. D. S. **Passado, presente e futuro da criptografia forte: desenvolvimento tecnológico e regulação**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, 7(3), pp. 24-42; 2018.

AGOSTINELLI, Joice. **A importância da lei geral de proteção de dados pessoais no ambiente online**. Etic-encontro de iniciação científica -ISSN 21-76-8498, v. 14, n. 14, 2018.

ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BAGATINI, Idemir Luiz. **Consumidor brasileiro e o acesso à cidadania**. 5. ed. Ijuí: Ed. UNIJUÍ, 2019.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2018.

BIONI, B. R. **Proteção de dados pessoais: A função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do Consumidor: Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

BLUM, Rita Peixoto Ferreira. **O Direito à Privacidade e à Proteção dos Dados do Consumidor**. São Paulo: Almedina, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28 abr. 2023.

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#art2045. Acesso em: 25 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 10 abr. 2023.

CESAR, Marcos. **Vendas online e o Direito do Consumidor**. 2012. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/vendas-online-e-o-direito-do-consumidor/>. Acesso em: 22 abr. 2023.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de direito civil**. 4. ed. rev. e atual., com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro. Coimbra: Almedina, 2017.

DEMÉTRIO, Fran; BENSUSAN, Hillan Nissior. **O conhecimento dos outros: a defesa dos direitos humanos epistêmicos**. Revista Do CEAM, 5(1), 110–124; 2019.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 5ª ed. – Curitiba: Juruá, 2018.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Sigilo de dados, o direito à privacidade e os limites do poder do Estado: 25 anos depois**. In: Abreu, J. D. S., & Antonialli, D., Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital: Doutrina e Prática em Debate. Vol. I. São Paulo: InternetLab, pp. 18-41; 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil**. 6º ed. Editora: Saraiva Jur, 2022.

GOMES, Marcelo Afonso da Silva Barros. **O dano moral e o mero aborrecimento**. Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Direito do Campus do Pantanal, da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Corumbá, 2020.

KIRA, B. **O Direito Na Era Digital: Ensino, Teoria, e Prática Em Face Das Novas Tecnologias de Informação e Comunicação**. In: Poder Judiciário, Concorrência e Regulação, AJUFE; 2019.

LIMA, Ana Beatriz Vargas de. **O impacto da pandemia de Covid-19 nas relações consumeristas**. 2022. 66 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

MONTEIRO, Renato Leite. **Existe um direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil?** Instituto Igarapé. Artigo Estratégio 39. 2018.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de Dados Pessoais: Comentários à Lei n. 13.709/2018 -LGPD**. 2º ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

QUEIROZ, R. M. R.; PONCE, P. P. **Tércio Sampaio Ferraz Júnior e sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado**. Internet & Sociedade, n. 1, v. 1. Fevereiro de 2020.

QUITO, C. **Acesso a comunicações armazenadas na prática judiciária**. In Abreu, J. D. S., & Antonialli, D., Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital: Doutrina e Prática em Debate. Vol. I. São Paulo: InternetLab, pp. 102-107; 2018.

SIDI, R. **A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal.** Belo Horizonte: Editora Plácido, 2016.

TAULLI, T. **Introdução à inteligência artificial: uma abordagem não técnica.** São Paulo: Novatec, 2020.

TEFFÉ, C.S.; BARLETTA, F. R. **O direito ao esquecimento: uma expressão possível do direito à privacidade.** Revista de Direito do Consumidor. vol. 105. ano 25. p. 33-64. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2018.

ALIENAÇÃO PARENTAL E A LEI Nº 12.318/2010: ASPECTOS JURÍDICOS E PSÍQUICOS

GABRIELLA BRAYNER RODRIGUES:

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM..¹³

FLÁVIA REGINA PORTO DE AZEVEDO¹⁴

(orientadora)

RESUMO: Este artigo tem por objetivo explicar o que é a alienação parental, analisando a lei nº 12.318/2010, que disciplinou o ato de alienação parental e alterou o artigo 236 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com o objetivo de coibir e mitigar seus efeitos. Mostrar as características referente a prática da alienação parental no Brasil, conjuntamente com os seus aspectos jurídicos e responsabilidades civis. Apontar os aspectos jurídicos e psíquicos do ato de alienação parental e definir quem é o alienador, o alienado e a vítima. Mostrar o ato de alienação parental como uma prática violadora de direitos e princípios constitucionais, destacando a problemática da guarda compartilhada como uma das causas da alienação parental. No Brasil, a prática do ato tem um alto índice, podendo ser maior pela falta de conhecimento desde ato e dos direitos a serem reivindicados nesse cenário. O artigo através método dedutivo, tem como base pesquisas e fontes bibliográficas, buscando esclarecer os diversos pontos que envolvem o tema e suas possíveis resoluções.

Palavras chaves: Alienação Parental. Lei 12.318. Guarda compartilhada. Síndrome de alienação parental.

ABSTRACT: This article aims to explain what parental alienation is, analyzing law nº 12.318/2010, which disciplined the act of parental alienation and amended article 236 of the Child and Adolescent Statute, with the aim of curbing and mitigating its effects. Show the characteristics regarding the practice of parental alienation in Brazil, together with its legal aspects and civil responsibilities. Point out the legal and psychic aspects of the act of parental alienation and define who is the alienator, the alienated and the victim. Show the act of parental alienation as a practice that violates constitutional rights and principles, highlighting the problem of shared custody as one of the causes of parental alienation. At Brasil, the practice of the act has a high rate, which may be higher due to the lack of

¹³ Email: gabsbrayner222@hotmail.com.

¹⁴ Mestre em Educação pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM – PPGE. Especialista em Direito Penal e Processual pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM. Professora Assistente da FD/UFAM 2009. Chefe do Departamento de Direito Privado FD/UFAM. E-mail: flaviaazevedo@ufam.edu.br.

knowledge about this act and the rights to be claimed in this scenario. The article, through a deductive method, is based on research and bibliographic sources, seeking to clarify the various points that involve the theme and its possible resolutions.

Keywords: Parental Alienation. Law 12.318. Shared custody. Parental alienation syndrome.

INTRODUÇÃO

O Direito de Família é o ramo do direito que sempre está em atualização, em decorrência da evolução da sociedade, para que as leis atendam todas as necessidades da população. As crianças e os adolescente por muito tempo foram menosprezados pela legislação, não havendo normas específicas para os casos que os envolvessem. Após um longo tempo, o Estatuto da Criança e do Adolescente veio para enriquecer a proteção aos menores de idade.

O casamento e o divórcio, são institutos no Direito Civil que servem como base para diversas relações dispostas e protegidas por lei. Dão origem a família, a herança, ao testamento, a comunhão, como também, ao fim dessa união consentida por ambas as partes. Dando fim a relação jurídica entre o casal.

Como consequência do divórcio, muitas vezes é escolhida guarda compartilhada, para que o menor de idade ficará sob o regime de ambos genitores. Porém, essa guarda compartilhada pode causar prejuízos causado por um dos genitores.

A Alienação Parental é de extrema delicadeza, tendo em vista o contexto em que se dá, principalmente pelo fato de haver um menor de idade no meio de um conflito de adultos, onde um dos genitores produz uma imagem negativa do outro genitor para a criança ou adolescente.

Na intenção de manchar a imagem do outro genitor, passa a ser praticada a Síndrome da Alienação Parental, onde o menor de idade sofre danos psicológicos a partir das sérias acusações causadas por um dos genitores.

Para que esse ato seja coibido de alguma forma, foi criada a Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010, discorrendo sobre todos os aspectos da Alienação Parental, como se dá, formas de diminuir o dano para a criança ou adolescente e, suas consequências jurídicas.

Assim, a partir do conhecimento da família, dando início com o casamento e seus efeitos jurídicos, tendo como consequência o divórcio e seus efeitos negativos sob a criança ou adolescente, daí o surge o ato de Alienação Parental e a necessidade do ordenamento jurídico a evoluir e legislar sobre o ato e todas as suas consequências.

1.FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

O conceito de família está em constante evolução e por isso o Direito precisa acompanhar essa mudança para que mostre a realidade social, atendendo a necessidade dela. O direito da família é extremamente importante, pois tutela as relações em seus diversos aspectos, visando uma valorização da qualidade do laço familiar, pois tem uma ligação direta no desenvolvimento da pessoa.

A criança e ao adolescente só foram considerados sujeitos de direito a partir da Doutrina da proteção integral, partindo do pressuposto de que todos os direitos das crianças e dos adolescentes devem ser reconhecidos, constituindo-se em direitos especiais e específicos pela condição de serem pessoas que estão em desenvolvimento.

Segundo América Santana Longo, "sentimos uma essencial e valiosa evolução da família, não só no Brasil como no mundo, sob influência de ideais de igualdade, solidariedade e afetividade".

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tem como fundamento a proteção da dignidade da pessoa humana, desse modo, a família deve ser entendida como o núcleo no qual o ser humano é capaz de desenvolver todas as suas potencialidades individuais, além dos princípios do Direito das Famílias.

No artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

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.

Sendo assim, é dever do Estado, da família e da sociedade assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, os seus direitos fundamentais. De acordo com o Estatuto da Criança e o do Adolescente (ECA), a criança é a pessoa com até 12 anos de idade incompletos. Ou seja, quando completar os 12 anos, será considerado adolescente. O adolescente é a pessoa com idade que varia dos 12 anos completos até os 18 anos incompletos, a partir do momento que completa 18 anos, será classificado como jovem. De acordo com o Estatuto de Juventude (Lei nº 12.852/13), o jovem é a pessoa entre 15 e 29 anos de idade. Nesse sentido, o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Poder Familiar é exercido em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de divergência recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da lide.

Como sujeitos de direitos, é necessária à sua preservação, na presença de um bom ambiente familiar, uma vida digna e de respeito. A convivência familiar é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal, partindo do pressuposto que a família, por si só, é a base da sociedade e nela o indivíduo se desenvolve, criando suas raízes.

De acordo com a Constituição Federal:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

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

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

Por vezes, no seu ambiente familiar com seus genitores, não há um ambiente familiar agradável em razão do casamento dos genitores. As vezes, não é um relação saudável para as duas pessoas que estão dentro do casamento, mas, que não atinge só o casal, como também, as crianças e os adolescente. E, muitas das vezes, o divórcio é a solução.

2.CASAMENTO E DIVÓRCIO

O casamento é considerado a base da família, como o eixo principal da sociedade, trazendo o pilar de todo o sistema social. O casamento é o centro do Direito de família, dele surgem normas fundamentais da matéria. Sua importância, como negócio jurídico formal, vai desde as formalidades que antecedem sua celebração, passando pelo ato material de conclusão até os efeitos o negócio que deságuam nas relações entre os cônjuges, os deveres recíprocos, a criação e assistência material, psicológica recíproca e da prole.

Maria Berenice Dias dispõe que o casamento além do ato de celebração, também é formado na relação jurídica do matrimônio, onde há uma comunhão de vidas. E, que o casamento deve ser entendido como um negócio jurídico bilateral, com o reconhecimento do Estado.

De acordo com Maria Berenice, a família é constituída pelo casamento e a partir dela, passa a desfrutar da proteção do Estado, para ir além dos cônjuges e operar efeitos perante toda a sociedade (DIAS, 2021, p. 492).

Os efeitos pessoais dizem respeito aos cônjuges entre si, em suas relações uns com os outros, e estão estampados no art. 1.565 e seguintes do Código Civil Brasileiro. Entre eles, encontram-se deveres que são impostos a ambos os cônjuges, como a fidelidade recíproca, a coabitação (vida em comum no domicílio do casal), a assistência e o respeito mútuos, além do sustento, guarda e educação dos filhos.

Os efeitos patrimoniais do casamento são aqueles ligados ao regime de bens determinado pelo casal na celebração do casamento. O regime de bens rege a sociedade conjugal, cujo principal objetivo é solucionar questões relativas à comunicabilidade, verificando no caso concreto se determinado bem integrará o patrimônio do outro cônjuge (DIAS, 2021, p. 466).

O divórcio é um instrumento jurídico que serve para dissolver um vínculo conjugal de forma definitiva, encerrando as obrigações matrimoniais, previsto no artigo 1.571 do Código Civil.

A sociedade conjugal termina:

IV - pelo divórcio.

O efeito mais importante do decreto do divórcio é pôr termo ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso. Dissolvida a sociedade conjugal pelo divórcio, os cônjuges podem contrair novas núpcias, desaparecendo o impedimento legal.

Desde a edição da Emenda Constitucional 66/2010, não é mais necessário passar pela etapa da separação para acontecer o divórcio. Ele pode ser pedido diretamente, sem qualquer impedimento, por qualquer uma das partes que tiver interesse.

Além disso, hoje o divórcio é entendido como um direito que pode ser exercido mesmo sem a concordância do outro. Ou seja: se você quiser se divorciar, não há nada que seu cônjuge possa fazer, juridicamente falando, para impedir isso.

Hoje, existe o divórcio consensual, que é aquele em que as partes concordam em tudo e esse divórcio pode ser realizado de duas maneiras. A primeira maneira é o divórcio

consensual judicial, aquele onde tem filhos menores ou incapazes. A segunda maneira é o divórcio consensual extrajudicial, aquele feito no Cartório e é possível quando o casal não possui filhos menores ou incapazes.

E existe também o divórcio litigioso, que é obrigatoriamente feito pela via judicial, acontece quando o casal não chega a um acordo sobre os termos da ruptura. Em resumo, o divórcio é o que rompe com todos os efeitos jurídicos do casamento.

Com o divórcio onde existem filhos menores ou incapazes, há a necessidade de se falar sobre a guarda do menor, podendo ela ser unilateral ou compartilhada.

3.GUARDA COMPARTILHADA

O divórcio pode gerar inúmeros conflitos, em grande parte dos processos de separação não ocorrem de maneira amigável, devido a mágoas e ressentimentos entre os cônjuges e, com isso, começa a disputa para obter a guarda do menor do filho.

A guarda compartilhada garante aos genitores o direito de participar igualmente nas decisões que se referem a o menor. Sendo assim, é benéfica ao desenvolvimento do menor, pois terá a presença de ambos os genitores, de modo que a comunicabilidade entre eles seja mais fácil.

Na guarda compartilhada, há a responsabilidade de ambos os genitores para o exercer o poder familiar, o objetivo é que a criança sofra o menos possível com o impacto da ruptura do casamento dos pais, e dessa forma ela tenha uma convivência harmoniosa e de proximidade com os seus genitores e eles desenvolvam livremente (ROSA, 2015).

Conforme Rosa (2015), na guarda compartilhada as decisões serão tomadas em conjuntos pelos pais, em todos os aspectos que se referem ao desenvolvimento dos filhos, seja seu bem-estar, sua educação, saúde, criação e formação os dois terão essa responsabilidade, então percebe-se que não se refere ao tempo de convívio entre os genitores com seus filhos pois essa seria a guarda alternada.

No ano de 2014 foi sancionada a lei 13.058, tratando sobre a Guarda Compartilhada obrigatória, a intenção do legislador foi de regulamentar a guarda física tendo como regra a guarda compartilhada, e assim o menor terá proximidade com ambos os genitores que acompanharão o seu desenvolvimento. (MADALENO A; MADALENO R, 2021).

A lei 13.058/14 foi ratificada pela ex-presidente Dilma Roussef, a qual originou grandes novidades para normatização do regime de guarda. Contudo, esta modificação

causou muito sofrimento e incertezas aos pais, que procuraram compreender como a nova lei poderia afetar o cotidiano das crianças.

Cabazon (2015, p. 10) menciona que “a Lei 13.058/14 é totalmente distante à realidade social, apresenta como desígnio adquirir a ilusória pretensão de estabelecer um exclusivo modelo de guarda”, partindo da pressuposição que é o melhor a ser utilizado para os pais que estão disputando a guarda de seus filhos no Judiciário. Contudo, a Lei 13.058/14 modificou a redação dos artigos 1.583, 1.584, 1585 e 1.634 do Código Civil de 2002, fazendo com que a guarda compartilhada a modalidade de guarda a ser seguida como regra, de modo, não obrigatória, entretanto, impositiva.

Montaño (2018) nos traz que a guarda compartilhada deve ser adota como regra, mas que também existem outros tipos como a unilateral e a alternada, o que leva a escolha de uma delas vai muito além do Direito, é uma atividade interdisciplinar, pois o judiciário sempre irá buscar o melhor interesse da criança, ele vai observar tanto o Direito quanto os aspectos psicológicos e emocionais para decidir qual delas será mais eficaz.

Muitas das vezes, o que acaba causando brigas e desavenças entre os cônjuges, é justamente a guarda compartilhada, pois um dos genitores tem a intenção de ter o filho só para si e começa a influenciar o filho negativamente para que este pense que o outro genitor não é “digno” de ter a sua guarda. Como consequência, começa uma disputa e na implementação de ideias negativas na cabeça do menor de idade para que esse se afaste do outro genitor, pois, estar com o alienador é melhor para seu desenvolvimento.

4. ALIENAÇÃO PARENTAL NO BRASIL

No Brasil, houve a necessidade de uma lei que regulamenta a Alienação Parental, desde a sua origem até as consequências e possíveis resoluções, e assim, surgiu Lei de alienação Parental 12.318, publicada em 26 de agosto de 2010, buscando proteger a criança e os adolescentes para que seus direitos fundamentais sejam preservados.

Como a Alienação Parental geralmente se desenvolve dentro do âmbito familiar, tendo efeitos devastadores aos menores que deveriam estar protegidos nesse momento de conflito, inicia-se uma influência para atingir a imagem, a personalidade do outro genitor, fazendo com que a criança passe a nutrir sentimentos negativos, querendo a sua distância e muitas vezes podendo agravar-se até a Síndrome de Alienação Parental.

Com o aumento do número de divórcios e disputas de guardas, aumenta, também, o número dos casos de alienação parental.

A Lei nº 12.318/2010 define alienação parental em seu 2º artigo:

Considera-se o 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 o 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.

Ficou definido então que: o alienador é o aquele que comete a alienação parental, é quem tem a criança ou o adolescente sob a sua guarda e faz com que o filho se afaste de seu outro genitor intencionalmente. O alienado é o outro genitor, que não tem a criança ou adolescente sob a sua guarda e tem a sua imagem afetada. E a vítima, a criança ou o adolescente, é a que é induzida a se afastar do alienado, sendo, então, a mais prejudicada.

5.SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL (SAP)

O psiquiatra americano Richard Gardner nominou de “Síndrome de Alienação Parental” (SAP) o ato de “programar” uma criança para que desenvolva sentimentos negativos em relação ao seu outro responsável, sem qualquer motivo, apenas porque foi ensinado dessa forma. Trata-se de uma para desmoralizar o genitor, onde o filho é utilizado como meio para atingir o seu responsável.

A Síndrome da Alienação Parental (SAP) surge e evolui juntamente com a família. A partir do momento em que os membros da família conseguem uma independência própria, seja de opiniões, de pensamentos, ou financeiramente, existirão conflitos. No âmbito jurídico existe uma solução para esse problema: o divórcio. Mas, os problemas intrafamiliares continuam mesmo depois da separação, pois a ligação entre pais e filhos sempre será intensa e com isso a disputa de guarda, de atenção e de afeto.

A Síndrome de Alienação atinge diretamente o psicológico do menor de idade, caracterizando um conjunto de fatores onde um genitor transformar a consciência da criança ou do adolescente, visando impedir ou destruir o vínculo com o outro genitor, sem que existam motivos reais que justifiquem. (SERAFIM, 2012, p. 93).

Por vezes, a relação entre os genitores ainda é intensa e acabam depositando na criança ou no adolescente toda a frustração de uma relação que não teve o fim esperado. Diante de toda essa situação, quem mais sofre é a criança/adolescente, que se acha culpado por existir toda essa disputa e ódio entre os seus pais e que, futuramente, corre sério risco de ter sequelas e de realizar os mesmos erros de seus pais.

Gardner, em seu estudo, distingue três níveis de desenvolvimento da SAP: desenvolvimento leve, desenvolvimento moderado e desenvolvimento severo.

No estágio leve, é o início da alienação, sendo desenvolvida de forma mais sutil e cautelosa, onde o menor de idade recebe informações sobre o genitor, de forma lenta e gradativa, fazendo com que o menor de idade comece a se afastar, embora ainda haja afeto.

No estágio moderado, o menor de idade começa a se impor, onde há brigas e enfrenta o genitor, de modo a causar um afastamento com maior nitidez, onde fica claro que deseja a distância.

No estágio grave, é onde o menor de idade não aceita a proximidade com o genitor de forma alguma e deixa muito clara essa sua vontade. E, quando o genitor de alguma forma consegue, fica nítido os sentimentos negativos em relação a ele. E é nesse estágio onde é caracterizada a Síndrome.

6. ALIENAÇÃO PARENTAL NO DIREITO BRASILEIRO

No artigo 3º da Lei:

A prática de atos de alienação parental fere o direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui o abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrente da tutela ou guarda.

Esses atos praticados contra a criança ou adolescente constitui abuso moral e o descumprimento dos deveres relacionados ao responsável que obtém sua guarda ou tutela.

O menor de idade, que está em fase de desenvolvimento físico e psicológico, fica em uma situação de total dependência afetiva e material dos pais, que por lei, tem o dever de cumprir com essas obrigações. Porém, quando não o fazem, tornam-se responsáveis por essa situação, sendo possível a estipulação de indenização, visto que a obrigação em zelar pela saúde, tanto física, quanto psíquica, da criança é essencial para o seu desenvolvimento.

O inciso V, do artigo 6º, da Lei 12.318/2010 prevê que, caso seja comprovada a alienação parental, ou qualquer forma utilizada pelo genitor para afastar o menor do outro genitor, o Juiz pode determinar a alteração de guarda para a guarda compartilhada.

As medidas de combate à alienação parental são citadas no artigo 6º da Lei de Alienação Parental, que poderão ser determinadas pelo Juiz, conforme abaixo:

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.

A guarda compartilhada nada mais é do que a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres dos genitores que não convivem sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Duarte (2013, p.149) dispõe que "Quando se iniciam disputas emocionais e judiciais em torno da guarda, muitas vezes associada à ideia de posse dos filhos, acirram-se os ânimos entre os ex-cônjuges. Estes tendem a se utilizar de diversos tipos de estratégias para provarem sua superioridade e poder, com ameaças e mecanismos de força para coagir

um ao outro e, dessa forma, oprimiram e agrediram os que estão ao seu redor, sem medir os efeitos de suas verbalizações e ações, principalmente sobre os filhos.”.

Nos casos de alienação parental, alguém deverá arcar com os danos causados às vítimas. A prática da conduta alienadora, além de ser ilícita, é expressamente culpável e geradora de dano. Atende-se essa situação pelo instituto chamado de responsabilidade civil, onde trata do dever de indenizar o dano. É imposto o total dever de compensar, tanto o menor alienado, quanto ao genitor alvo de alienação, por danos morais, advindo do objeto de sua conduta.

Jorge Trindade (2004) classifica as características e as condutas que o genitor alienador possui:

Dependência, baixa autoestima, conduta de desrespeito às regras, hábito contumaz de atacar as decisões judiciais, sedução e manipulação, dominância e imposição, resistência, recusa ou falso interesse pelo tratamento etc.

7.DIFERENÇA ENTRE ALIENAÇÃO PARENTAL E A SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL

A Síndrome de Alienação Parental (SAP), teve seu primeiro conceito exposto em 1985, por Richard Gardner, mas a denominação “Síndrome” não é utilizada no direito brasileiro, tendo em vista não existir na Classificação Internacional de Doenças e porque a lei não trata das causas e efeitos da Alienação Parental.

Geralmente, a Síndrome dá início nas disputas judiciais pela guarda do menor, pois nos processos de separação podem gerar sentimentos negativos como de abandono e rejeição, sentimentos esses que faz com que o responsável repasse para o filho como um meio de vingança para atingir o outro.

Gardner (2002) esclarece:

A síndrome da alienação parental é um distúrbio da infância que aparece quase que exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação da Síndrome da

Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável. Então, a alienação Parental é o ato de alienar o filho, é o afastamento de um dos genitores, por influencia do outro genitor, de forma intencional. Já a síndrome é o processo patológico que diz respeito às sequelas emocionais e o comportamento da criança.

A Alienação Parental é o ato em si que interfere diretamente na formação psicológica do menor, sendo causado pelo seu genitor ou por ambos, como também, pela pessoa que detém a guarda.

Sendo assim, a Síndrome diz respeito aos problemas psicológicos, emocionais e comportamentais do menor de idade, tendo como consequência o afastamento do genitor. Já a Alienação Parental, é onde o ato se concretiza impedindo o contato com o outro genitor.

Eveline de Castro Correia faz a distinção:

[...] alienação parental, que não se confunde com a síndrome de alienação parental, a segunda decorre da primeira, ou seja, a alienação parental é o afastamento de um dos genitores, provocado pelo outro (guardião) de forma voluntária. Já o processo patológico da síndrome diz respeito às sequelas emocionais e o comportamento que a criança vem a sofrer vítima deste alijamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a evolução do direito de família, houve alterações tanto em sua formação como em suas problemáticas que são levadas ao Poder Judiciário. Conhecer a alienação parental implica no conhecimento dos mais diversos tipos de família no Brasil, na busca de garantir o afeto e o melhor interesse das crianças e adolescentes.

A família é parte fundamental do desenvolvimento da criança e adolescente, sendo necessário prover um ambiente saudável para o menor de idade. Mas, a partir de desavenças entre os membros dessa família, normalmente os genitores, afeta diretamente a criança ou adolescente. Constatou-se que com o divórcio e com a guarda compartilhada, a Alienação Parental surge com a intenção de afastar o menor do outro genitor.

A síndrome da alienação parental, que passa a existir a partir do momento em que é consumada a alienação parental, tem profundos reflexos na vida futura do menor. Desta forma, detectá-la e combatê-la se torna imprescindível.

Não obstante, buscou-se identificar as diferenças entre a alienação parental, que é o ato de afastar o menor do outro genitor, e a síndrome de alienação parental, que é o processo patológico desse ato. Além das características e consequências deste mal que vem ganhando espaço nas lides do direito de família.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

BRASIL. **Lei nº 12.852** de 05 de agosto de 2013. Estatuto da Juventude.

BRASIL. **Lei nº 8.069** de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. ECA.

BRASIL. **Lei nº 12.318** de 26 de agosto de 2010. Alienação Parental.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro. 1º volume** – Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil - volume IV: família e sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2022.

CABEZON, Ricardo. **Em Breves Comentários sobre a Lei nº 13.058/14**. 2015. Disponível em: <https://cabezon.jusbrasil.com.br/artigos/159452665/breves-comentarios-sobre-a-lei-n13058>. Acesso em 12 de mar.2022.

CORREIA, Eveline de Castro. **Análise dos Meios Punitivos da Nova Lei de Alienação Parental**. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=713> >. Acesso em: 30 de jan. 2023

COSTA, Ana Surany Martins. **Quero te amar, mas não devo**: A Síndrome da alienação parental como elemento fomentador das famílias compostas por crianças órfãs de pais vivos. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=603>>. Acesso em: 18 de jan. 2023

DIAS, Maria Berenice. **Síndrome da alienação parental, o que é isso?** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=463>>. Acesso em: 30 dez. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Alienação parental: uma nova lei para um velho problema!** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=669>>. Acesso em: 18 de jan. 2023.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. **Qual a posição da criança envolvida em denúncias de abuso sexual quando o litígio familiar culmina em situações de alienação parental: inocente, vítima ou sedutora?** In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). Incesto e alienação parental. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 143-181.

GARDNER, Richard. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?** Tradução de Rita Rafaeli. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/odsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em: 22 dez 2022.

LONGO, América Santana. **A Nova Família Brasileira.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/A%20nova%20fam%C3%ADlia%20brasileira.pdf>. Acesso em: 15 jan 2023.

LOPEZ, Teresa Ancona. In: CAHALI, Yussef Said (coord.). **Separação consensual (aspectos práticos e controversias).** Família e casamento. São Paulo: Saraiva, 1988.

LÔBO, Paulo. Direito civil. Famílias. 2. ed. apud MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção. aspectos legais e processuais.** Rio de Janeiro: Forense. Ebook, p. 11.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção. aspectos legais e processuais.** op. cit., p. 13.

MONTAÑO, Carlos. **Alienação Parental e Guarda Compartilhada: um desafio ao serviço social na proteção dos mais indefesos: a criança alienada.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. 296, p. (1).

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Abuso Sexual ou Alienação Parental: o difícil diagnóstico.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=695>>. Acesso em: 18 jan. 2023

SERAFIM, Antonio de Pádua; SAFFI, Fabiana. **Psicologia e Práticas Forenses.** São Paulo: Manole, 2012.

TRINDADE, Jorge. Síndrome de alienação parental. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Incesto e alienação parental.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 21-30.

CRIMES VIRTUAIS

MELQUIZEDEQUES RODRIGUES LEANDRO:

Bacharelado em Direito pela Universidade de Gurupi – UnirG¹⁵.

JOSÉ ALVES MACIEL¹⁶

(orientador)

RESUMO: Uma das práticas criminosas mais cometidas na era tecnológica são os crimes virtuais. Conceitualmente, os crimes virtuais são aqueles crimes cometidos no ambiente virtual através de computadores e dispositivos eletrônicos para praticar o ato ilegal. Diante desse cenário, o presente estudo teve o objetivo de analisar o crime virtual, apresentando o seu conceito, a sua normatização e eventuais consequências jurídicas no Brasil. Na metodologia, tratou-se de uma revisão da literatura. A coleta de dados se deu na busca em banco de dados, tais como Google Acadêmico, Scielo, dentre outros; entre os meses de março e abril de 2023. Nos critérios de inclusão buscou-se encontrar trabalhos científicos que discorressem sobre o respectivo tema. Nos resultados, nota-se que esses crimes trazem enormes prejuízos para a sociedade e também para o Estado que sofre perdas financeiras significativas com a ocorrência desses crimes. Chega-se ao entendimento que a legislação brasileira apesar de já penalizar essa prática delituosa ainda necessita uma legislação mais específica para punir essas práticas.

Palavras-chave: Crime. Cibernético. Legislação. Jurisprudência.

ABSTRACT: One of the most committed criminal practices in the technological age is virtual crimes. Conceptually, virtual crimes are those crimes committed in the virtual environment through computers and electronic devices to practice the illegal act. Given this scenario, the present study aimed to analyze virtual crime, presenting its concept, its normatization and eventual legal consequences in Brazil. In the methodology, it was a literature review. Data collection took place in the search for database, such as Google Academic, Scielo, among others; between March and April 2023. In the inclusion criteria, we sought to find scientific works that would discuss the respective theme. In the results, it was noted that these crimes bring huge losses to society and also to the state that suffers significant financial losses with the occurrence of these crimes. In this sense, there was the understanding that Brazilian legislation, despite penalizing this criminal practice, must have a greater penalty for criminals.

15 E-mail: melquizedequersleandro@unirg.edu.br

16 Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: kitamaciel@hotmail.com.

Keywords: Crime. Cyber. Legislation. Jurisprudence.

Sumário: 1. Introdução. 2. Crimes virtuais: síntese geral. 2.1 Dos tipos e sujeitos dos crimes virtuais. 3. A legislação brasileira frente aos crimes virtuais. 4. Crimes virtuais em contexto. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Com a invenção dos computadores, as comunidades ao redor do mundo como também ocorreram com outras grandes criações, tiveram que se adaptar a novas formas de se comunicar e trabalhar. O computador, desde a sua criação então, se tornou referência e necessidade no dia-a-dia humano.

Com a chegada do computador, os meios de viver, até então limitados, foram se ampliando, dando espaço para a praticidade e a rapidez. Num mundo cada vez mais globalizado, a *internet* e todo o seu sistema são uma realidade sem precedentes e que não mais retroagirá, onde o avanço se torna o futuro, hoje cada vez mais presente. Surgem a cada ano mais invenções tecnológicas, numa velocidade cada vez mais alta (MOREIRA et al., 2019).

Porém, juntamente com todo esse aparato tecnológico e esses avanços, foram surgindo novos meios de se cometer crimes. Assim como a mente humana proporciona novas formas de se atualizar, a mesma mente humana proporciona novas formas de se cometer crimes. E no mundo cibernético não foi diferente.

Assim como o avanço da Informática trouxe benefícios para todos, agregou também estragos e prejuízos de toda ordem. Podem-se citar como exemplos, as fraudes, os furtos, a falsidade ideológica, os vírus, as invasões de privacidade e até um aumento nos casos de pedofilia. Essas situações além de inúmeras outras são alguns dos milhares de casos negativos que a informática e todo o seu aparato trouxeram para o mundo social moderno (BARBOSA, 2020).

Diante disso, tenciona nesse estudo responder a seguinte questão norteadora: quais os efeitos jurídicos dos crimes virtuais? Assim, o presente estudo traz, *sui generis*, uma análise bibliográfica acerca dos crimes virtuais, crimes estes causados através de um computador com o uso da *internet* e com ênfase para a questão do momento consumativo do delito. Tal discussão é de suma importância em razão das muitas situações passíveis de verificação com relação aos referidos crimes, que vem prejudicando cada vez mais pessoas.

Além da discussão em torno do crime e da sua consumação, em decorrência dos prejuízos trazidos a vítima e a sociedade em geral, é preciso também analisar a sua

tipificação legal, uma vez que esses crimes possuem consequências nas esferas penais e administrativas, fazendo com que o legislador e todos os agentes do ramo jurídico estejam atentos aos seus desdobramentos.

2. CRIMES VIRTUAIS: SÍNTESE GERAL

Antes de trazer um conceito sobre o crime virtual é preciso pincelar, de modo geral, o processo histórico que culminou com a prática desse tipo de crime. De acordo Moreira et al. (2019), com o surgimento em meados das décadas de 50, nos Estados Unidos, a internet foi um grande passo para a Revolução Social e Tecnológica do último século.

A *priori*, teve funções unicamente militares. No período de Guerra Fria, mais especificamente no ano de 1955, entrou em cena a ARPANet – Advanced Research Projects Agency Network (Agência de Projetos de Pesquisa Avançada), um modelo de informatização que focava em obter novamente a liderança tecnológica perdida pelos soviéticos durante a supracitada guerra. A criação dessa agência que foi de responsabilidade dos americanos Joseph Carl Robnett e Lawrence Roberts, foi uma das pioneiras redes da história da internet moderna (MOREIRA et al., 2019).

Ainda na referida guerra, a maior preocupação dos americanos combatentes, era o possível vazamento de informações militares sigilosas, o que foi amenizado pela ARPANet. Graças ao seu funcionamento, podia existir uma possibilidade de vínculo entre os militares e os pesquisadores sem que precisasse de um centro orgânico ou sede, ou até mesmo um roteiro único para informações, o que garantia a sua potência diante do inimigo (MOREIRA et al., 2019).

Com a ARPANet e seus mecanismos, em caso da União Soviética atacasse o Pentágono, por exemplo, os norte-americanos estariam protegidos e menos vulneráveis aos ataques, o que causaria maior segurança. Nesse mesmo período, também se iniciou uma maneira de comunicação global, de menor orçamento e que continham redes interconectadas entre si e que permitiam uma comunicação entre os seus usuários, denominada de *internet* (MOREIRA et al., 2019).

A internet, que teve a sua nomenclatura efetivada em 1983, começou a se propagar pelas redes e com a criação e extensão das máquinas, já não tinha apenas funções militares. Aos poucos, o seu uso foi feito por toda a sociedade, conseguindo com o uso de documento de formação gráfica e praticidade de comando com a criação do World Wide Web (o famoso www) anterior ao nome de domínio. Com a sua expansão, a rede informática chega ao ramo da Educação e em seguida no ramo da Economia, que acaba por aumentar a sua influência e importância (BARBOSA, 2020).

Tais fatos representam a entrada da Era da Informática, onde a *internet* é o grande fator do avanço que essa Era representa até os dias atuais. O seu impacto é sentido em todas as camadas sociais, trazendo enormes mudanças tanto na forma de se viver quanto na comunicação entre os entes, além da já citada praticidade, mais rapidez de informação, no conteúdo, etc. (BARBOSA, 2020)

Por meio da *internet* entrega-se através do *World Wide Web* (www) uma enorme variedade de documentos (texto e multimídia) em inúmeras quantidades que qualquer usuário da rede pode fazer uso.

Ao apresentar um conceito sobre o que seja a internet, Barbosa (2020) nos explica que ela é um agrupamento de redes de computadores interligadas ao redor do planeta, possuindo protocolos e serviços, gerando a possibilidade de trocas de informações a curto espaço de tempo.

No campo jurídico, a *internet* possui regulamentação brasileiro por meio do Comitê Gestor da Internet sendo criado pela portaria Interministerial nº. 147 e em seguida alterado através do decreto Presidencial nº. 4.829, de 03 de setembro de 2013.

Atualmente, a internet pode ser vista em várias formas, como por exemplo, as redes sociais. O surgimento de variadas plataformas vem trazendo uma nova maneira de interação e socialização. Redes Sociais como: WhatszApp, Facebook, MySpace, Twitter, Instagram, Telegram, dentre outras, possuem a capacidade de adicionar e fazer circular muitas informações e dados fornecidos por seus usuários em tempo integral, através de suas próprias páginas particulares.

Nesse ambiente, de alcance quase irrestrito à sociedade como um todo, as relações online tomaram grandes proporções e causam interferências significativas na realidade pessoal dos usuários, estreitando a interação entre a vida pública e a privada, tornando cada vez mais difícil haver algum tipo de diferenciação entre uma e outra. A rapidez na propagação e na troca de informações oportunizou o aumento, dentre outros, da prática de diversos crimes contra milhares de pessoas (GUIMARÃES, 2019).

Segundo Greco (2017), os delitos praticados no mundo digital são feitos em grande parte por perfis falsos, porque são considerados por muitos como uma falsa noção de anonimato, o que acaba por dificultar a verificar a identidade do cibercriminoso e a origem da ofensa, propiciando o cenário ideal para a prática de vários delitos cibernéticos.

O ambiente virtual é, no entendimento de Castro (2019), um espaço de difusão de condutas que atingem os direitos e as liberdades individuais dos usuários de maneira

negativa, em grande parte com objetivo depreciativo, resultando em consequências consideravelmente graves na vida privada das vítimas.

De todo modo, fica estabelecido que, em termos conceituais, crime virtual ou crime digital pode ser definido como sendo termos utilizados para se referir a toda a atividade onde um computador ou uma rede de computadores são utilizados como uma ferramenta, uma base de ataque ou como meio de crime (GRECO, 2017).

Dentro desse cenário, há vários tipos de crimes virtuais, dos quais serão explicados no tópico a seguir.

2.1 DOS TIPOS PENAIIS

Os crimes cibernéticos podem ser divididos em tipos. Os mais comuns para se praticar um crime virtual é através do *phishing*, *spam* ou *malware*. *Phishing* são conversas ou mensagens falsas com links fraudulentos que ocorre através de e-mail de *spam* ou outras formas de comunicação que são enviadas no atacado com o intento de induzir aqueles que recebem, a fazer algo que prejudique a segurança pessoal ou da organização onde trabalham (ASSUNÇÃO, 2018).

As mensagens falsas enviadas muitas das vezes contêm anexos infectados ou links que redireciona a vítima para sites maliciosos. Existe ainda o *spear-phishing*, que é quando a mensagem enviada vem com o intuito de se passar por uma pessoa influente, como por exemplo o CEO da empresa (ASSUNÇÃO, 2018).

Spam – Sending and Posting Advertisement in Mass (Enviar e Postar Publicidade em Massa) é entendida como o envio de mensagens com a ausência do consentimento do usuário, ou seja, a mensagem chega sem a permissão ou desejo da vítima de receber (ASSUNÇÃO, 2018).

Na grande parte dos crimes, a mensagem de *Spam* promove um produto ou serviço com o intuito de que a pessoa se interesse e acaba acessando o link fraudulento. Mas em outros casos, o objetivo é apenas propagar uma história falsa, e ao clicar, as informações de dados financeiros e pessoais são roubadas.

Os *malwares* são softwares maliciosos instalados sem permissão do usuário. Vírus, cavalos de Tróia, *spywares* e *ransomwares* estão entre os diferentes tipos de malwares (DUARTE, 2020).

Normalmente um malware é desenvolvido por equipes de *trackers* que, em grande parte das vezes, tem como objetivo uma forma de ganhar dinheiro, através da proliferação do próprio malware ou leilão na *deep web* (DUARTE, 2020).

O cenário virtual ainda repercute no cometimento de crimes de outra espécie, como a difamação, calúnia e injúria. Greco (2017), nos explica que difamação é imputar a alguém fato, com circunstâncias descritivas, ofensiva a sua reputação, por meio da internet. A calúnia, como por exemplo as *Fake News*, popularmente conhecida atualmente é a divulgação de notícias falsas. E injúria ou também conhecido no meio virtual como *cyberbullying*, é ofender a dignidade de alguém através da internet. Ambos os crimes estão previstos nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal.

Outra prática muito comum nos dias de hoje, é a divulgação de conteúdo sexual, sem a permissão da pessoa envolvida, podendo ocorrer até mesmo casos de pedofilia. Muitos sites criam conteúdos que abordam explicitamente atos sexuais cujos participantes são menores de idade, além de fotos de nudez e cenas para satisfação de desejos sexuais dos criminosos (DUARTE, 2020).

O artigo 213 do Código Penal, prevê também como crime constranger alguém, com uma chantagem por *hacking* de computação ou ameaça qualquer, até mesmo por uma webcam, com refém, por exemplo, a satisfazer a lascívia por videoconferência, por meio de prática de um ato libidinoso diverso de conjunção carnal (SCHAUN, 2018). É considerado ainda como crime virtual a incitação ou apologia ao crime utilizando-se da internet, conforme previsto nos artigos 286 e 287 do Código Penal.

No que tange aos sujeitos, estes podem ser tanto pessoas com conhecimento mais aprofundando, como os *crackers* ou também pessoas "normais", que cometem crimes umas contra as outras, através de suas condutas na internet.

Gimenes (2019). acrescenta que mesmo os *hackers* sendo sempre associados a sujeitos que praticam crimes através da internet, o autor acredita que esse é um conceito equivocado, pois *hackers* são qualquer pessoa que se dedique em alguma área específica da computação para descobrir utilidades além das que já são previstas nas especificações originais.

Assunção (2018), acentua que os verdadeiros criminosos são os conhecidos como *crackers*, que usam seus conhecimentos para violar sistemas ou redes de computadores. Porém, como foi visto nos tipos de crimes, há crimes virtuais que qualquer pessoa pode cometer, como por exemplo, incitação ou apologia ao crime, *cyberbullying*, entre outros.

3. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA FRENTE AOS CRIMES VIRTUAIS

Durante muito tempo, o Brasil foi constantemente criticado por não ter uma norma jurídica que regulasse e penalizasse os crimes virtuais. Mesmo com os avanços tecnológicos encontrados na esfera da Informática e em áreas semelhantes, o direito não

tinha uma lei que acompanhasse esses avanços e que trouxessem uma penalização aos agentes que de algum modo prejudica terceiros ou até mesmo o Estado.

No entanto, nos últimos anos, algumas leis vieram para ‘tampar’ esse buraco legislativo. No que concerne aos crimes virtuais, atualmente, na legislação brasileira se destacam 3 (três) normas: o Marco civil da internet, a Lei Carolina Dieckmann e o Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

O marco civil da internet tem o seu texto por meio da Lei nº 12.965/2014 que regulamenta o uso da internet. A presente norma é responsável por estabelecer princípios e garantias para que a rede possa ser livre e democrática no Brasil. Ela que dita os direitos e deveres dos usuários e empresas provedoras de acessos e serviços online (BRASIL, 2014).

O marco civil da internet proíbe que os provedores de telecomunicações restrinjam conexão e velocidade de acordo com o conteúdo, origem, destino e serviço acessado pelo usuário, ou seja, garantindo assim a mesma qualidade de acesso à rede para todos (MACEDO, 2018).

A Lei nº 12.737/2012 ou Lei Carolina Dieckmann, é voltada a punição de crimes virtuais. Ela ganhou esse nome devido ao fato de que na época em que o projeto tramitava na Câmara de Deputados, a atriz brasileira acabou sendo vítima de um crime cibernético, tendo fotos pessoais divulgadas sem a sua autorização (MACEDO, 2018).

Para que seja enquadrado nessa lei, é necessário que haja invasão em computadores, tablets, celulares e demais aparelhos eletrônicos, mesmo estando ou não conectado à internet, com o intuito de obter, adulterar ou destruir dados ou informações (BRASIL, 2012).

A lei tipifica como crime invadir dispositivo alheio, conectado ou não a rede de computadores, mediante violação de segurança com o fim de obter informações sem autorização, e tem como pena a detenção de três meses a um ano e multa. Tem ainda como agravante roubo de informação em que causa prejuízo econômico, aumentando a pena de detenção de três meses a um ano e quatro meses, obtenção de conteúdo de comunicações privadas de formas não autorizada, tendo como pena de seis meses a dois anos e multa e por último divulgação e comercialização de conteúdo roubado de dispositivo informático, tendo como pena a reclusão de oito meses a três anos e quatro meses (BRASIL, 2012).

Já a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) buscou criar um cenário de segurança jurídica, tornando uniforme as normas e práticas, para que possa ser promovida a proteção de forma igual dentro e fora do país, aos dados pessoais de todos os cidadãos que estejam no Brasil.

Ela define como dados pessoais todas as informações que possam identificar de forma direta ou indireta um indivíduo vivo, como por exemplo RG, CPF, gênero, data e local de nascimento, telefone, endereço residencial, localização via GPS, retrato em fotografia, prontuário de saúde, cartão de banco, renda, histórico de pagamentos, hábitos de consumo, preferências de lazer, endereço de protocolo da Internet e cookies, entre outros (BRASIL, 2020).

A LGPD deve ser cumprida independente de a sede da organização ou o centro de dados ser no Brasil ou não, quando o processamento de dados for sobre pessoas que estiverem em solo brasileiro, mesmo que não seja brasileiro e em caso de compartilhamento de dados com organizações internacionais ou outros países, é necessário que tenha protocolos para garantir a segurança e o cumprimento de exigências legais (BRASIL, 2020).

A lei trouxe também um ponto importante, que é o consentimento, ou seja, para que dados pessoais possam ser tratados, é fundamental que tenha o consentimento do cidadão.

Porém, há exceção para os casos em que for indispensável para cumprir uma obrigação legal, executar políticas públicas prevista em lei, realizar estudos através de órgãos de pesquisas, executar contratos, defender direitos em processos, preservar a vida e a integridade física de uma pessoa, tutelar ações feitas por profissionais das áreas da saúde pública ou sanitária, prevenir fraudes contra o titular, proteger o crédito ou atender a um interesse legítimo, contanto que venha a ferir os direitos fundamentais do cidadão (CORREA, 2019).

Essa proteção se estende também aos direitos do cidadão, que pode requerer que dados sejam apagados, pode desistir do consentimento, transferir dados para outro fornecedor de serviços, entre outros, além de que o tratamento de dados tem que ser feito respeitando alguns quesitos, como a finalidade e a necessidade, que devem ser acertados e informados ao cidadão antes de ter acesso aos dados.

Diante destas normas, verifica-se atualmente que os crimes virtuais ainda são cometidos. Para melhor entender esse cenário, apresenta-se o tópico seguinte.

4. CRIMES VIRTUAIS EM CONTEXTO

Um dos debates mais importantes que se tem a respeito dos crimes virtuais é em relação a eficácia da norma jurídica que os regula. Discute-se muito a eficácia da lei sobre esse tema, uma vez que ainda é possível verificar um expressivo número de crimes ocorridos nesse âmbito.

Em pesquisa recente mostrou que cerca de 71 milhões de brasileiros sofreram ataques cibernéticos nos últimos 12 meses de 2022, e que mais de 828 milhões de horas foram gastas (uma média de 11,6 horas por pessoa) tentando resolver os problemas. Os respondentes da pesquisa afirmaram que detectaram software malicioso em um computador, rede Wi-Fi, smartphone, tablet, casa inteligente ou outro dispositivo conectado (37%) e outros 10% sabem que suas informações pessoais foram expostas em um vazamento de dados (PANCINI, 2022).

Apenas por esse dado nota-se que os crimes virtuais ainda são uma realidade que acomete a qualquer indivíduo. Ainda que a norma seja clara no que diz respeito às suas consequências, ela ainda não foi capaz de diminuir ou resolver o problema.

Sanches e Ângelo (2018) afirmam que o Marco Civil da Internet preenche as lacunas e dispõe de princípios e garantias. Contudo, para os autores, no momento da punição ao desrespeito de tais princípios, as penas são plácidas e não atingem um resultado satisfatório.

Defende Silva (2020), que a ideia da criação das Leis nº 12.735/12 e nº 12.737/12. Foram criadas com a pretensão de completar a lacuna legislativa existente no ordenamento jurídico penal brasileiro, de modo que os novos tipos penais são eficientes para controlar as condutas ilícitas habituais cometidas através do uso da internet.

Sob outro aspecto, há o entendimento que a tipificação penal de crimes digitais por intermédio da Lei nº 12.737/12, deixa distante da legislação penal alguns relevantes ataques cibernéticos, para os quais não há tutela penal (SILVA, 2020).

Destaca-se também, os paradigmas do uso habitual e preventivo social da internet, sendo relevante e válido destacar o aperfeiçoamento da política criminal e observância por parte do Estado, analisando os aspectos da proporcionalidade no que tange a proibição em excesso da pena e proibição de insuficiência da punição.

Tavares (2020). Afirma que na legislação brasileira não prevalece de recursos que sejam eficientes para evitar que os crimes cibernéticos, por diversas razões, como a omissão na edição de tipos penais de alguns ataques cibernéticos, bem como pela escassez da organização tecnológica do sistema judicial para realizar investigações ou ainda, pelo fato da lentidão do Poder Judiciário.

A criminalidade digital foi um fenômeno que se constituiu como uma temática viciosa das políticas públicas e criminais com o avanço do movimento criminal dentro das redes, as agências estatais encarregadas pela elaboração de políticas de controle e prevenção continuam com alguma displicência, não privilegiando ações e políticas públicas de inclusão digital.

Correa (2019) entende que há certa urgência em uma política criminal que seja especializada a direcionar os três poderes estatais para poderem entender sob a ótica social e tecnológica para resolverem de forma eficaz o movimento do cibercrime.

Mendonça e Dupret (2018) por sua vez afirmam que a internet é um universo ameaçador, onde o anonimato prevalece e assim dando eficácia às práticas delituosas, pois há certa dificuldade estatal na identificação de tais criminosos, sendo um obstáculo na investigação. Nesse sentido, é perceptível a necessidade de proteção e prevenção primária, secundária e terciária, que trazem uma reflexão acerca da incapacidade.

Para Duarte (2020), a ideia de política criminal de controle, não contempla apenas uma legislação que crie um tipo penal, é necessário também a criação de um programa de política criminal de prevenção, baseando-se em capacitar a sociedade a esquivar-se de possíveis conflitos.

Silva (2020) acredita que o ordenamento jurídico penal brasileiro ainda se encontra ineficaz quando se trata em requisitos para obter eficácia na prevenção e punição dos crimes digitais, de tal modo em que a solução de determinada situação não é simples, mas já é nítido que não se resolverá apenas com a edição de leis criminais. O passo inteligente a ser dado abarca políticas criminais simultâneas à educação e uma organização de investigação criminal.

Apesar desta realidade, os tribunais brasileiros, vem ao seu modo, julgando casos de crimes virtuais e penalizado os seus autores conforme o caso concreto e os efeitos de seus crimes.

No âmbito social, muitas pessoas tem a ideia de que a internet ainda é tida como um universo sem lei e sem punição pelo fato de a aplicabilidade da lei não ser eficaz como deveria. Nesse sentido, o Judiciário vem tentando coibir a sensação de impunidade, com o fim de combater a criminalidade no ambiente virtual. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, tem interpretado essas normas infraconstitucionais em relação aos delitos praticados virtualmente.

Os tribunais tem atuado no tocante aos crimes virtuais, aplicando a legislação penal nos casos concretos. Quanto à competência para o processamento desse tipo de crime, deve ser observado em que local de transmissão e a existência ou não da transnacionalidade do delito. Deve ser levado em conta, o local em que foram publicados o conteúdo criminoso e o local em que foi praticado. A competência de julgar esse tipo de crime é da Justiça Federal, desde que cumpra o requisito de que seja verificada a transnacionalidade do delito.

Seguem abaixo, jurisprudência acerca de crimes virtuais:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. **FURTO QUALIFICADO ATRAVÉS DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES.** APELAÇÃO EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE PRESO EM OUTRA AÇÃO PENAL E ENVOLVIDO MAIS DE UMA VEZ EM CRIMES VIRTUAIS. MUDANÇA DE ENDEREÇO NÃO INFORMADA AO JUÍZO COMPETENTE. PEDIDO DE TRANSFERÊNCIA PARA PRESÍDIO PRÓXIMO À RESIDÊNCIA DA FAMÍLIA. JUÍZO DE EXECUÇÕES PENAS. ORDEM DENEGADA. 1. [...] 2. **Depreende-se dos autos que o paciente, juntamente com outros cinco acusados, em liame subjetivo permanente, formaram uma quadrilha visando ao furto sistemático de contas bancárias, mediante a utilização de programas preparados para invadir e subtrair contas bancárias pela internet,** o que configuraria, em tese, os tipos penais previstos nos artigos 155, parágrafo 4o, inciso II e IV, e 288, ambos do Código Penal, no artigo 10 da Lei n. 9.296/96, no artigo 10 da Lei Complementar n. 105/2001 e no artigo 1o, inciso VII, c/c parágrafo 2o, inciso I, da Lei n. 9.613/98. [...] 5. Conforme se infere da parte dispositiva da sentença condenatória, **o paciente não se inibiu de continuar a prática delitiva** tendo sido preso novamente em cumprimento à determinação do Juízo da Comarca de Pombal-PB nos autos do Processo nº 1921-53.2012.815.0301, **além de ter-se envolvido mais de uma vez em crimes virtuais.** [...] Ordem de habeas corpus denegada em consonância com o parecer ministerial. (TRF-5 - HC: 00093902720144050000 AL, Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena, Data de Julgamento: 15/01/2015, Primeira Turma, Data de Publicação: 22/01/2015). (grifo meu)

Neste caso, o crime cometido se tratava de furto qualificado que visava furto sistemático de contas bancárias, mediante a utilização de programas preparados para invadir e subtrair contas bancárias pela internet. Foi aplicado como base para punição dos criminosos o Código Penal.

Abaixo segue jurisprudência a respeito de crime contra a honra praticado no ambiente virtual.

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. **CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA MAJORADAS.** ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA INICIAL. FALTA DE INDICAÇÃO DO LOCAL DOS FATOS. INCOMPETÊNCIA TERRITORIAL. PRECLUSÃO. EQUÍVOCO NA

CAPITULAÇÃO JURÍDICA. NÃO OCORRÊNCIA. RÉU SE DEFENDE DOS FATOS. INVIABILIDADE DE INCURSÃO NO ACERVO PROBATÓRIO. NULIDADES. PRECLUSÃO PARA APRESENTAR RESPOSTA À ACUSAÇÃO. INOCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR AD HOC SEM ANUÊNCIA DA PARTE. NÃO VERIFICAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 44, DO CPC/1973. MATÉRIAS JÁ EXAMINADAS. REITERAÇÃO DE PEDIDO. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. I – **Os crimes contra a honra praticados pela internet são classificados como formais, ou seja, a consumação se dá no momento de sua prática, independente da ocorrência de resultado naturalístico**, de forma que a competência deve se firmar de acordo com a regra do art. 70 do CPP. [...] Recurso ordinário desprovido. (STJ - RHC: 77692 BA 2016/0283021-4, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 10/10/2017, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/10/2017). (grifo meu)

Como visto, foi praticado crime contra a honra, um dos crimes mais comuns praticados na internet. As fraudes também ocorrem de forma comum no mundo virtual. A jurisprudência abaixo demonstra como os usuários devem se atentar às medidas básicas de segurança na internet para que possa evitar transtornos. Veja-se:

CONTRATO BANCÁRIO. AÇÃO PARA CONDENAR AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. PROCEDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE AÇÃO DE FRAUDADOR PARA APROPRIAÇÃO DE INFORMAÇÕES BANCÁRIAS SECRETAS E REALIZAÇÃO DE TRANSFERÊNCIAS DE VALORES NÃO AUTORIZADAS. Considerando-se a veracidade dos fatos narrados, tem-se que a autora teria sido vítima do golpe. **Instalação de programa de computador responsável pela captação de dados. Digitação de senha e sequência numérica em programa de computador não oficial.** Ausência de relação de causalidade entre o ato praticado pelos terceiros e a atividade desenvolvida pela ré. Culpa exclusiva da vítima. Excludente de responsabilidade. Ausência de falha nos serviços prestados. Inexistência do dever de indenizar. Improcedência. Sentença modificada. Recurso provido. (TJ-SP 10993252920178260100 SP 1099325-29.2017.8.26.0100, Relator: Sebastião Flávio, Data de Julgamento: 02/07/2018, 23a Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 02/07/2018).

Percebe-se que o banco tenta colocar a culpa exclusivamente na vítima, alegando

não ter nenhum tipo de ligação com o ocorrido.

Ademais, finaliza-se esse estudo entende que os crimes virtuais ainda são uns dos crimes mais cometidos na atualidade. Os avanços tecnológicos trouxeram inúmeros benefícios, mas também abriram espaço para que crimes fossem cometidos nesses espaços virtuais.

É importante ressaltar, que embora a legislação que combate os crimes virtuais ainda seja um pouco acanhada diante de algumas condutas, a justiça tem demonstrado que se tem combatido os crimes virtuais com o que existe de concreto com as leis até então existentes, na tentativa de diminuir e combater tais crimes para que não haja impunidade aos criminosos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Num mundo cada vez mais globalizado, as relações interpessoais tem se tornado cada vez mais acentuada. Muito dessa nova realidade se deve, sobretudo, ao avanço tecnológico, principalmente no meio informático. Com a chegada de novos programas que modernizaram e ampliaram a tecnologia da informação, muitos usuários têm usado diversos programas para praticar crimes, o que viola diretamente direitos e garantias fundamentais do homem.

Por mais que haja o bloqueio a esses tipos de invasões é possível verificar que existem certas ações que violam essa passagem, dando espaço para a prática de crimes em toda a rede. Os praticantes desses crimes têm ampliado o seu *modus operandi*, o que fez com que o direito tenha voltado seus olhos com maior atenção para esse cenário.

Diante dessa realidade, a escolha desse tema se deu primeiramente pelo fato de que nas últimas décadas tem-se observado uma crescente onda de crimes cibernéticos, que são causados através de um computador com o uso da *internet* e com ênfase para a obtenção de vantagem ilícita. Tal discussão é de suma importância em razão das muitas situações passíveis de verificação com relação aos crimes cibernéticos, que tem prejudicado muitas pessoas e até o próprio Estado.

Objetivando discutir sobre os efeitos dos crimes virtuais, os resultados apresentados por esse estudo, aponta para o entendimento de que a falta de efetividade do Código Penal e decretos-lei criados com o intuito de combater os crimes praticados no espaço virtual são relevantes e de suma importância para fins de diminuição da prática de delitos virtuais e até mesmo conscientização para que os internautas utilizem a internet para meios não nocivos e para propagar o uso consciente da internet.

Existem leis que preveem os crimes praticados virtualmente, mas vale ressaltar que há uma certa fragilidade diante de grande demanda de processos que necessitam de um

posicionamento que seja eficaz para suas tipificações e garantir direitos e garantias aos indivíduos que fazem uso da internet. Salienta-se a importância dos três poderes e a Constituição Federal acerca desses crimes, sendo válido ressaltar os princípios e garantias que concerne os fundamentos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSUNÇÃO, Ana Paula Souza. **Crimes virtuais**. Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito. Anápolis, 2018.

BARBOSA, Mateus Israel Alves. **Crimes virtuais a evolução dos crimes cibernéticos e os desafios no combate**. Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS). Goiânia, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2023.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 19 abr. 2023.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 19 abr. 2023.

CASTRO, Ana Lara Camargo de. **Exposição pornográfica não consentida na internet: da pornografia de vingança ao lucro**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

CORREA, Luiz Carlos Coelho. **Crimes Cibernéticos: Análise das leis 12.735 e 12.737 no que tange a sua real necessidade de existência**. Monografia apresentada a Faculdade do Estado do Maranhão - FACEM, para obtenção do Grau de Bacharel Direito. São Luís, 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I**. 19. Ed. Niterói: Impetus, 2017.

DUARTE, Adrienne. **Crimes Virtuais: conceito e formas de investigação**. Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da Uni EVANGÉLICA, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito. Anápolis, 2020.

GIMENES, Emanuel Alberto Sperandio Garcia. **Crimes virtuais**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, nº 55, ago. 2019.

GUIMARÃES, Ana Larissa Gonçalves. **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.

MACEDO, Fábio Figueiredo. **As provas ilícitas e aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. DireitoNet, 2018.

MENDONÇA, Ana Cristina; DUPRET, Cristiane. **Penal Prática OAB 2ª Fase**. 4. ed. JusPODIVM, 2018.

MOREIRA, Rodrigo Pereira; PEREIRA, Leonardo Martins; LEMOS, Suziani de Cássia Almeida; LUZ, Roger Amandio; VIEIRA, Arianny Maria Gonçalves. **Prevenção de crimes virtuais contra crianças e adolescentes**. Interfaces - Revista de Extensão da UFMG, [S. l.], v. 7, n. 2, 2019.

PANCINI, Laura. **58% dos brasileiros sofreram crimes cibernéticos, aponta estudo da Norton**. 2022. Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/58-dos-brasileiros-sofreram-crimes-ciberneticos-aponta-estudo-da-norton/>. Acesso em: 17 abr. 2023.

SANCHES, Ademir; ANGELO, Ana. **Insuficiência das leis em relação aos crimes cibernéticos no Brasil**. Jus.com, 2018.

SCHAUN, Guilherme. **Uma lista com 24 crimes virtuais**. JusBrasil, 2018.

SILVA, Hugo Hayran Bezerra. **Crimes Cibernéticos: uma análise sobre a eficácia da lei brasileira em face das políticas de segurança pública e política criminal**. Conteúdo Jurídico, 2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

PSICOPATIA NO DIREITO PENAL

BETÂNIA BRITTO FAUSTINO:
graduanda em Direito pela
Universidade Brasil, campus
Fernandópolis-SP.

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade principal a conceituação de psicopatia e suas peculiaridades diante do Código Penal brasileiro. A análise comportamental é um dos meios essenciais para identificar se um indivíduo possui resquícios de psicopatia, sendo que está, não é considerada uma doença e sim um transtorno de personalidade. O Código penal brasileiro aponta diferenciações importantes entre aqueles que são imputáveis, semimputável e os inimputáveis, para que a sanção possa ser aplicada de forma adequada à capacidade do indivíduo de discernimento sob o ato ilícito praticado, que por vias das dúvidas se materializa de forma fática e racional. Ressalta-se que a metodologia utilizada para a realização desse artigo se baseou em inúmeras pesquisas jurídicas de doutrinadores, livros, e principalmente pela via internet. O método utilizado foi o qualitativo pois teve uma alta conexão de interpretação acerca da psicopatia com a realidade podendo ser cabível ou se encaixar em alguma ação acometida por um psicopata.

Palavra-chave: Psicopatia, Código Penal Brasileiro, Transtorno de Personalidade, Semimputável, Psicopata.

ABSTRACT: This article has as its main purpose the conceptualization of psychopathy and its peculiarities in the face of the Brazilian Penal Code. Behavioral analysis is one of the essential means to identify whether an individual has remnants of psychopathy, and it is not considered a disease but a personality disorder. The Brazilian Penal Code points out important differences between those who are attributable, semi-attributable and those who are not attributable, so that the sanction can be applied in an adequate way to the individual's ability to discern the unlawful act practiced, which, by the way of doubt, materializes factual and rational way. It should be noted that the methodology used to carry out this article was based on numerous legal research by scholars, books, and mainly via the internet. The method used was qualitative because it had a high connection of interpretation about psychopathy with reality and could be appropriate or fit into some action taken by a psychopath.

Keywords: Psychopathy, Brazilian Penal Code, Personality Disorder, Semi-attributable, Psycho.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 PSICOPATIA. 3.A MENTE CRIMINOSA DO PSICOPATA. 4 A CRIMINOLOGIA COMO INSTRUMENTO DE ANÁLISE DA MENTE CRIMINOSA. 5 DIFERENÇA ENTRE SOCIOPATA E PSICOPATA. 6 RESPONSABILIZAÇÃO NA ESFERA CRIMINAL. 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo analisará dentro da legalidade e à luz dos parâmetros do Direito Penal a perspectiva da psicopatia, seus conceitos e a aplicabilidade das penas sob condutas ilícitas e imorais, sendo importantíssimo para o sistema jurídico, pois sua relação se enquadra em variados aspectos sob o criminoso comum e o criminoso psicopata.

Atualmente, a frequência de crimes frios e bárbaros que estão sendo cometidos na sociedade brasileira é inexplicável, o olhar abrangente e a procura de uma explicação sobre a ilicitude das condutas e a forma que é executada o crime, se manifesta a todos a busca de uma resposta, em que a chave principal é entender como esses indivíduos são capazes de realizar ações tão reprováveis e calculistas sem expressar qualquer reação sobre a situação executada.

Em primeiro momento, será apontado o termo “psicopatia” e suas definições, posto que os crimes cometidos por esses tipos de agentes são geralmente, crimes brutais e ríspidos, que são executados de forma inimaginável, carregados de frieza e desprezo, causam grande comoção social, devido a forma que é realizada o crime. Em seguida, adentrará na seara da identificação de um psicopata, como a mente criminosa se comporta e suas diretrizes, se além do mais trará posteriormente uma distinção do sociopata e psicopata Por último, adentrará na responsabilização penal sobre a conduta realizada por esse tipo de criminoso.

Pessoas que possuem esse transtorno de personalidade, elenca alto risco para a sociedade, tanto para quem convive próximo, quanto para a própria dicção da pessoa psicopata, agentes estes que não possuem discernimentos com suas atitudes, agem pela razão e não pela emoção, vão até o fim com as ideias estabelecidas para concluir suas perceptivas sem ao menos sentirem remorso.

Dessa forma, o trabalho elencará de forma bem sucinta, impondo uma ordem adequada para o entendimento da psicopatia criminal, no qual o andamento dos estudos irá apresentar várias informações que esclarecerá a base comportamental de um psicopata.

2. PSICOPATIA

A princípio, é necessário fazer o seguinte questionamento: O que é psicopatia?

Nos diversos ramos da psiquiatria forense assim como o direito penal o tema psicopatia é tratado com bastante zelo ao se dirigir a pessoa psicopata. Esse em foque demonstra a atenção que a psicopatia exerce devido as possíveis medidas a serem aplicadas ao infrator da lei (FERRO, 2016).

Robert D. Hare (HARE, 2013, p. 41), afirma que:

“A psicopatia é um conjunto de elementos de traços da personalidade e de comportamento do indivíduo, enquanto o transtorno de personalidade antissocial é o comportamento criminoso antissocial. Dessa forma, haveria diferença entre ambos os conceitos, tendo em vista que a psicopatia não se trata apenas de um comportamento antissocial, mas sim de uma conduta criminosa, com extremo controle emocional, caracterizado pela completa ausência de remorso ou culpa. A psicopatia é caracterizada pela completa ausência de empatia por outro ser humano”.

A definição de psicopata possui uma interpretação ampla e de categoria aguçada, tendo como pressuposto a manifestação desse sujeito em diversos meios sociais, não se caracterizando como tal e nem apresentando resquícios de psicopatia, que possivelmente pode estar dentro do seu próprio âmbito familiar e profissional.

Existem três correntes que conceituam a psicopatia.

A primeira corrente afirma que a psicopatia é uma doença mental, sendo que o indivíduo psicopata apresenta um transtorno sob comportamentos que estaria relacionado a problemas mentais. A segunda corrente conceitua psicopatia como uma doença moral, base comportamental desviada não sendo capaz de seguir as regularidades impostas pela sociedade. A terceira corrente conceitua psicopatia como transtorno de personalidade. Sendo a última, majoritária.

Por outro lado, em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, por mais que haja muitas contradições de doutrinadores e especialistas acerca da conceituação de psicopatia, muitos entendem que essa mudança de comportamento e de caráter de um sujeito, ainda que seja provenientes de um transtorno de personalidade, o sistema jurídico pátrio vigente compreende que quando um indivíduo possui comportamentos cruéis e maldosos, usando a mentira para conseguir seus propósitos, sem a presença de remorso e empatia, explorando os direitos alheios das pessoas, tem como entendimento que o conjunto dessas ações se resulta em um ato delituoso, que por via dos fatos, será

condenado e aplicará a pena continente com a prática infracional, não mostrando amenização de que aquele criminoso está indagado de psicopatia ou não, necessitando de grandes estudos técnicos psiquiátricos para a identificação de tal.

A psicopatia é tratada como um transtorno de personalidade, no qual implica na frieza referente aos comportamentos anormais e ausência de sentimentos, mas não interfere na compreensão de seu caráter ilícito, em que o sujeito escolhe livremente em fazê-lo. Ou seja, os psicopatas possuem plena consciência do ato infracional de suas ações assim como as suas consequências, pois possuem capacidade racional e cognitivas normais como a e qualquer indivíduo.

Conforme Costa (2014, p. 14):

“O psicopata enxerga o ser humano de forma desfigurada, como uma ferramenta para beneficiá-lo ou proporciona-lhe prazer, de forma a ser usada e descartada sem qualquer encargo de consciência. Essa seria a essência do psicopata: o não reconhecimento da dignidade humana no outro, ou até mesmo o não reconhecimento da natureza humana”.

Diante disso, a psicopatia está relacionada ao modo comportamental do indivíduo, que se mostra acima de tudo isento de todo e qualquer sentimento pelo próximo, suas ações são plenamente racionais, a capacidade cognitiva permanece preservada, porém a empatia e o remorso são caracteres ausentes de um psicopata.

3 A MENTE CRIMINOSA DO PSICOPATA

Segundo os pesquisadores e doutrinadores, a psicopatia é um distúrbio de personalidade caracterizado pela falta de empatia, atos comportamentais de elevada grandiosidade, em que o indivíduo de forma genérica possui um senso egocêntrico de apontar uma preocupação somente para si mesmo, regrado pela conduta antissocial e antimoral.

Conforme Ana Beatriz Barbosa Silva (SILVIA, 2014, p.38):

“Esses indivíduos não são considerados loucos, não apresentam nenhum tipo de desorientação, tampouco apresentam delírios ou alucinações. Continua a autora afirmando que os atos desses agentes não advêm de uma mente adoecida, mas de um raciocínio lógico, frio e calculista, ainda acrescidos da completa incapacidade de tratar outras pessoas como seres pensantes e com sentimentos”.

A autora ainda aduz que “eles são indivíduos frios, calculistas, inescrupulosos, dissimulados, mentirosos, sedutores e que visam apenas o próprio benefício, os psicopatas podem ser encontrados em todos os lugares do mundo, são de ambos os sexos, pertencem a todas as etnias, cultura, credo, em todos os níveis de classes sociais e financeiras, sendo esses os principais responsáveis por crimes cruéis e violentos”.

A psicopatia é um fato intrigante para a ciência médica, em vista que as pesquisas científicas e os estudos de análise sobre o tema ainda são inconclusivas sobre diversas particularidades.

No entanto, foi realizado na Universidade de Winsconsin-Madison, nos EUA, uma avaliação com fMRI no cérebro de psicopatas na prisão, no qual, ressonância constatou que os psicopatas tem uma redução nas conexões entre o córtex pré-frontal ventro-medial (responsável pela empatia e culpa) e a amígdala (a parte do cérebro que medeia a ansiedade e o medo). Nesse estudo foi detectada a partir de um tipo especial de ressonância magnética, designada de imagem por tensor de difusão (DTI), que é utilizada para mapear a tractografia da substância branca no cérebro, que mostrou por DTI uma redução da integridade na substância branca que conecta as duas áreas, sendo estas duas que regulam as emoções e o comportamento social, parecem não se vincular como deveriam, que com base nesses resultados pode ajudar a explicar o comportamento exibido pelos psicopatas.

Sendo assim, os psicopatas mostram decadência no sistema de neurónios, sistema que esse é responsável para se ter o “sensor de sentimento”, posto que sua ausência adverte em uma ação diferente no cérebro saudável, não permitindo conexão com os outros seres humanos.

O pesquisador sobre psicopatia, Robert Hare, afirma:

“Os psicopatas são predadores sociais que conquistam, manipulam e abrem caminho na vida cruelmente, deixando um longo rastro de corações partidos, expectativas frustradas e carteiras vazias. Sem nenhuma consciência ou sentimento, tomam tudo o que querem do modo mais egoísta, fazem o que têm vontade, violam as normas e expectativas sociais sem a menor culpa ou arrependimento. (Hare, 2013, p. 10)”.

Os psicopatas se evidenciam, sobretudo, pela leviandade da emoção, pela sobriedade vazia de quaisquer sentimentos de afeto ou de carinho, não demonstram nenhum sinal de empatia nem de interesse direto para se envolver emocionalmente com uma pessoa, são incapazes de formar vínculos emocionais. Por outro lado, podem

facilmente conquistar a confiança das pessoas, pois aprendem a “imitar” as emoções, mesmo não sentindo-as, são manipuladores e dissimulados, conseguem enganar sem que aqueles que os rodeiam suspeitem de sua verdadeira natureza.

4 A CRIMINOLOGIA COMO INSTRUMENTO DE ANÁLISE DA MENTE CRIMINOSA

Um dos mecanismos utilizados para analisar a mente do sujeito criminoso consiste na criminologia, definida como sendo “a ciência empírica (baseada na realidade) e interdisciplinar (que congrega ensinamentos de sociologia, psicologia, filosofia, medicina e direito) que possui como objeto de estudo o crime, o criminoso, a vítima e o comportamento social” (HOFFMANN e FONTES, 2018, p.1).

A criminologia estuda os aspectos do crime, do autor, da vítima e do controle social do comportamento delitivo, as circunstâncias e as causas que levaram ao fato delituoso, além disso tem capacidade em traçar um perfil criminal dos sujeitos, forma ideal para adentrar na temática da psicopatia.

Conforme o Código Penal Brasileiro, no artigo 34 refere-se que, “o condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução”.

A Lei de Execução Penal em seu artigo 8º complementa-se que “o condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução”.

O exame criminológico, realizado por psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais do sistema prisional tem como finalidade a análise para a aplicação correta da pena, conforme cada indivíduo, buscando descobrir a capacidade de adaptação do condenado ao regime de cumprimento da pena, podendo o sujeito ser avaliado de variadas formas, analisando o grau de agressividade e periculosidade por exemplo. BITENCOURT (2013) conceitua o exame criminológico da seguinte forma: o exame criminológico, que é uma perícia, embora a LEP não o diga, busca descobrir a capacidade de adaptação do condenado ao regime de cumprimento da pena; a probabilidade de não delinquir; o grau de probabilidade de reinserção na sociedade, através de um exame genético, antropológico, social e psicológico.

A lei não prevê mais a obrigatoriedade do exame criminológico, no qual é demonstrado na Súmula 439 do STJ: Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.

Observando também a súmula vinculante 26, que aduz “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da

execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”, dispondo a expressão “podendo determinar” e, além disso, trata basicamente do crime hediondo ou equiparado, em questão da progressão de regime de cumprimento de pena.

No entanto, no quesito de análise para individualização da execução da pena, que propõe uma apreciação completa no comportamento e na conduta do psicopata, o sistema brasileiro não interpôs meios específicos a dar um tratamento específico para o sujeito psicopata, sendo uma temática que deveria ser averiguada com maior cautela para que a pena seja imposta de maneira mais continente sob as circunstâncias do fato e como se encontrava o indivíduo naquele momento.

5 DIFERENÇA ENTRE SOCIOPATA E PSICOPATA

A maior parte da sociedade confunde a sociopatia com a psicopatia, que pelo visto ambos os distúrbios tratam de transtornos de personalidade, que apesar de terem características similares, há aspectos que diferenciam uma da outra, que pode servir de base para as análises de identificação de um indivíduo.

A principal diferença entre os dois distúrbios está relacionado na origem do transtorno e no desenvolvimento do sujeito ao longo tempo. A sociopatia pode ser adquirida no próprio meio social, através das experiências e do desenvolvimento habitual do dia a dia, porém o psicopata é uma condição implacável do indivíduo que refere como entendimento que “psicopata já nasce psicopata”.

Conforme Rabello (2015):

“Estudos mostram que os sociopatas são menos estáveis emocionalmente (gerando um comportamento mais irregular) e seus crimes - violentos ou não – são impulsivos, resultando em mais pistas deixadas pela falta de paciência e de planejamento. Já os psicopatas planejam detalhadamente os seus crimes, tomando cuidado para evitar a detecção e por serem menos impulsivos deixam menos pistas”.

Ou seja, os sociopatas geralmente são espontâneos, podem ter sensibilidade com algumas pessoas e até sentir culpa por ferir pessoas próximas, tendo em certas situações o desprezo pelas condutas sociais e a falta de respeito com o sentimento alheio, já os psicopatas apresentam sinais calculistas e comportamentos controlados, possui um senso

de manipulação imperiosa, podem facilmente transmitir emoções superficiais e teatrais, como ponto principal de "enganar as pessoas", não sentem nenhuma empatia ou culpa, nascem com impulsividade.

Por fim, podemos dizer que não são todos sociopatas que são psicopatas, portanto todos os psicopatas podem ser classificados como sociopatas, pois apresentam uma forma avançada da sociopatia, com suas semelhanças e distinções, sendo que uma delas seria a ausência de empatia.

6 RESPONSABILIZAÇÃO NA ESFERA CRIMINAL

O ordenamento jurídico-penal brasileiro trata se de uma questão complicada no quesito de definir os rumos da responsabilidade penal do psicopata, isto é, se referidos indivíduos são imputáveis, semi-imputáveis ou mesmo inimputáveis.

A doutrina da psiquiatria forense é cônsona na ideia de que, independentemente de ter um transtorno de personalidade, o psicopata é inteiramente capaz de compreender o caráter ilícito, restando indagar, assim, se ele é capaz de determinar-se de acordo com esse entendimento. Para alguns autores esse transtorno de personalidade, na psiquiatria forense, seria como uma perturbação da saúde mental e que a capacidade de entendimento depende essencialmente da capacidade cognitiva que está vinculada no psicopata.

Para Morana (2004) e outros:

“Em relação à capacidade de determinação, ela é avaliada no Brasil e depende da capacidade volitiva do indivíduo. Pode estar comprometida parcialmente no transtorno antissocial de personalidade ou na psicopatia, o que pode gerar uma condição jurídica de semi-imputabilidade. Por outro lado, a capacidade de determinação pode estar preservada nos casos de transtorno de leve intensidade e que não guardam nexos causal com o ato cometido. Na legislação brasileira, a semi-imputabilidade faculta ao juiz a pena ou enviar o réu a um hospital para tratamento, caso haja recomendação médica de especial tratamento curativo[17]”.

O indivíduo imputável se caracteriza como mentalmente desenvolvido, capaz de compreender o caráter ilícito do fato, que de acordo com o entendimento a imputabilidade é capacidade de imputação, ou seja, possibilidade de se atribuir a alguém a responsabilidade pela prática de uma infração penal (Cunha,2013).

Ademais Cunha salienta-se que a semi-imputabilidade, prevista no art. 26, parágrafo único, do Código Penal, que no qual, ocorre quando o agente, “(...) em virtude

de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”

Já a semi-imputabilidade ocorre quando o indivíduo perde parcialmente a compreensão do ato ilícito e da capacidade de autodeterminação ou discernimento sobre os fatos ocorridos praticados, tendo uma redução da imputabilidade, podendo conforme o art. 26, parágrafo único, do Código Penal, a pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Por fim, a “inimputabilidade” que é descrita no artigo 26, do Código Penal que “é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”, não se aplicando a pena privativa de liberdade ou penas restritivas de direitos, obtendo a absolvição imprópria, sujeito a aplicação de medida de segurança, nos termos do art. 97 do Código Penal.

Portanto, é necessário elencar que o é a inimputabilidade do psicopata é afastada, pois possui plena capacidade de entendimento acerca da ilicitude, que pode ser considerado imputável ou mesmo semi-imputável, dependendo do caso salientado.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo demonstra em sua convicção o conceito de psicopatia e as características do psicopata, a base comportamental e as condutas deste indivíduo correlacionadas com o sistema jurídico penal, a mente criminosa especificada e suas articulações apontadas, se mostrando ausente de qualquer sentimento em relação os delitos cometidos.

O foco na culpabilidade, desses indivíduos se caracteriza em diversas categorias: os imputáveis, semi – imputáveis e inimputáveis, que conforme restou demonstrado, o tratamento e as formas de punir para os psicopatas é a mesma de um criminoso comum, ou seja, incoerentes, além de ser totalmente inadequado a redução de pena sob o argumento de semi – imputabilidade e os limite temporal em tratamento ambulatorial, visto que a psicopatia não tem cura.

O descontrole desses sujeitos que possuem esse tipo de transtorno de personalidade considera-se uma adversidade para a sociedade brasileira, perante os delitos consumados devendo ser observados com mais cautela pela nossa legislação.

Observa-se que há, inclusive, exames médicos, que constatarem uma falha no cérebro, se caracterizando como uma ausência no “sensor de sentimento”, ademais, os traços particulares dos psicopatas são inconvenientes e instáveis, não tendo uma adaptação concisa na sociedade e afetando desfavoravelmente o ambiente e as relações afetivas e sociais.

Desde cedo, se faz necessário um olhar mais abrangente sobre a temática de psicopatia, tendo como escopo a socialização, em que o estado possuindo capacidade sob esses feitos poderia estruturar na base jurídica e organizacional, soluções e precauções acerca desses sujeitos criminosos, a criação de uma penitenciária especializada para refletir sobre o viés da segurança, impulsionando ideias sociais e científicas para a resolução desses litígios, além do mais existem lacunas a serem preenchidas, não existindo uma lei própria que determine em tal condição, ficando a critério do magistrado em decidir sobre tal situação, devendo ser formado um regramento sob esse rol.

REFERÊNCIAS

MARTINS, Fabiano Bezerra. **O psicopata perante o Código Penal brasileiro. Disponível em:** <https://jus.com.br/artigos/79411/o-psicopata-perante-o-codigo-penal-brasileiro/3>. Acesso em: 28 fev.2023.

CARNAVALI, Rafaella Santana. **Análise do psicopata à luz de aspectos penais e criminológicos.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78414/analise-do-psicopata-a-luz-de-aspectos-penais-e-criminologicos/4>. Acesso em: 28 fev.2023.

SILVA, Werica Pereira da. **Psicopatia e o Direito Penal: responsabilidade do psicopata frente ao sistema jurídico brasileiro.** Disponível: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/58218/psicopatia-e-o-direito-penal-responsabilidade-do-psicopata-frente-ao-sistema-juridico-brasileiro#:~:text=Conforme%20o%20artigo%2026%20do,limitar%2Dse%20conforme%20esse%20entendimento.>

PALOMBA, Guido Artuno. **Tratado de Psicologia Forense: Civil e Penal.** São Paulo. Atheneu Editora, 2003.

SILVA, Ana Beatriz B. **Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado/Ana Beatriz Barbosa Silva.** – Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

SILVA, MILENY. **A mente criminosa do psicopata.** Disponível em: <https://www.google.com/amp/s/canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/748340859/a-mente-criminosa-do-psicopata/amp>. Acesso em: 28 fev.2023

PRADO, Ana Carolina. **Entenda melhor como funciona o cérebro de um psicopata.** Disponível em: <https://super.abril.com.br/coluna/como-pessoas-funcionam/entenda-melhor-como-funciona-o-cerebro-de-um-psicopata/>. Acesso em: 28 fev.2023.

CANAL JURÍDICO CRIMINAL. **Psicopata Vs Sociopata.** Disponível em:

<https://www.google.com/amp/s/raphams.jusbrasil.com.br/artigos/737185336/psicopata-vs-sociopata/amp>. Acesso em: 28 fev.2023.

COUTINHO, Tainá. **Sociopatia X Psicopatia - Uma Análise Criminológica.** Disponível em: <https://www.google.com/amp/s/tainacoutinhoadv.jusbrasil.com.br/artigos/828288830/sociopatia-x-psicopatia-uma-analise-criminologica/amp>. Acesso em: 28 fev.2023.

MASNINI, Lethicia Aparecida; MACEDO, Fernando Luis. PSICOPATIA E SOCIOPATIA: UMA REVISÃO DA LITERATURA. **Revista Interciência. IMES Catanduva - V.1, Nº3, dezembro 2019.** Disponível em: <https://www.fafica.br/revista/index.php/interciencia/article/download/113/29>. Acesso em: 28 fev 2023.

PAULO, Pammella Suelen Cordeiro de; BARBOSA, Thaís Eulália Vieira. **A psicopatia no Direito Penal.** Disponível em: <https://www.google.com/amp/s/jus.com.br/amp/artigos/87020/a-psicopatia-no-direito-penal>. Acesso em: 28 fev.2023.

PEREIRA, Luciano Ribeiro. **O Psicopata à luz do Direito Penal: imputabilidade e a responsabilização na esfera criminal.** Disponível em: <https://lucianoribeiroperreira1.jusbrasil.com.br/artigos/483344374/o-psicopata-a-luz-do-direito-penal-imputabilidade-e-a-responsabilizacao-na-esfera-criminal>. Acesso em: 28 fev.2023.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal - Parte Geral - V.1.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/epub/819254?title=Curso%20de%20direito%20penal%20-%20parte%20geral%20-%20v.1>. Acesso em: 28 fev 2023.

BRASIL. **Código Penal.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 28 fev.2023.

FERNANDES, EDUARDO SANTOS PAULO. **O perfil do psicopata à luz do direito penal e a sua responsabilização na esfera criminal.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-perfil-do-psicopata-a-luz-do-direito-penal-e-a-sua-responsabilizacao-na-esfera-criminal/>. Acesso em: 28 fev.2023.

DESENVOLVIMENTO AGRÁRIO E IMPACTOS AMBIENTAIS

WANDERSON CASTRO BARREIRA MIRANDA.

Bacharelado em Direito pela Universidade de Gurupi – UnirG¹⁷.

KÁRITA CARNEIRO PEREIRA¹⁸

(orientadora)

RESUMO: Frente ao crescente aumento da população mundial é necessário um desenvolvimento agrário, mas este processo implica em degradação ambiental, então surge o ponto de conflito em como aumentar a produção com sustentabilidade. Diante dessa situação, o presente estudo teve como objetivo discorrer sobre o desenvolvimento agrário e impactos ambientais, com a finalidade de verificar a importância deste processo para a preservação ambiental. Buscou-se encontrar medidas de prevenção e combate aos danos ambientais, sem que isso prejudicasse a produção de alimentos e outros derivados do campo. A metodologia empregada foi a revisão da literatura, pelo método qualitativo, baseada em livros, artigos científicos e periódicos. Nos resultados, ficou evidente considerar que de fato o desenvolvimento agrário traz danos ambientais. No entanto, a agricultura familiar é o caminho mais correto e eficaz de diminuição dos danos, haja vista que o abastecimento alimentar de origem familiar se destaca por desenvolver variadas culturas no mesmo ambiente de produção, o que reflete em produtos de maior qualidade, porque grande parte de sua produção é realizada por cultivo manual, além de causar menor danos ao meio ambiente, uma vez que o ocorre a diversificação de plantas nativas com aquelas cultivadas.

Palavras-chave: Danos. Desenvolvimento Agrário. Meio Ambiente. Sustentabilidade.

AGRARIAN DEVELOPMENT AND ENVIRONMENTAL IMPACTS

ABSTRACT: Faced with the growing increase in the world population, agrarian development is necessary, but this process implies environmental degradation, so the point of conflict arises in how to increase production with sustainability. Given this situation, the present study aimed to discuss agrarian development and environmental impacts, with the purpose of verifying the importance of this process for environmental preservation. It was sought to find measures to prevent and combat environmental damage, without harming food production and other derivatives of the countryside. The methodology employed was

17 E-mail: wandersoncbmiranda@unirg.edu.br.

18 Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: karitacarneiropereira@gmail.com.

the review of literature, based on books, scientific and periodic articles. In the results, it was evident to consider that in fact agrarian development brings environmental damage. However, family farming is the most correct and effective way to decrease damage, given that food supply of family origin stands out for developing various crops in the same production environment, which reflects higher quality products, because large Part of its production is performed by manual cultivation, as well as causing less damage to the environment, as the diversification of native plants with those cultivated occurs.

Keywords: Damage. Agrarian Development. Environment. Sustainability.

Sumário: 1. Introdução. 2. Meio Ambiente: linhas gerais. 3. Desenvolvimento agrário: realidade fática. 3.1 A agricultura familiar no Brasil. 4. O desenvolvimento agrário e o impacto ambiental. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Considerado um bem de todos, conforme expressa o texto constitucional brasileiro, o Meio Ambiente deve (e tem de) ser protegido por todo cidadão e pelo Estado. Na prática, no entanto, o que se verifica é um Meio Ambiente cada vez mais danificado pelas ações do homem (MEDEIROS; GRISA, 2019).

O tema Desenvolvimento Agrário é bastante controverso, pois sua importância se estabelece em uma necessidade de produção alimentar para a manutenção da vida humana e, por outro ângulo, este processo causa impactos ambientais que ferem a legislação Brasileira e outras normas no âmbito internacional (RECH, 2018).

Os impactos ambientais são inerentes a qualquer atividade ambiental, incluindo-se o processo de desenvolvimento agrário. Além disso, a política nacional do meio ambiente é uma importante ferramenta para preservar, melhorar e recuperar o meio ambiente degradado ou na eminência de ser degradado (CAMILO, 2020).

De todo modo, é inviável produzir alimentos com o índice zero de impactos no meio ambiente, pois, na situação atual a disposição destes, somente ocorre de forma suficiente pelo processo mecanizado de produção que é estritamente vinculado a alguma maneira de degradação ou poluição atmosférica (FARIAS, 2018).

Além disso, para desfrutar de alimentos no futuro o processo de mecanização deve continuar, mas a sociedade tem como dever aderir a uma nova forma de produção e de consumo, para que assim se possa predispor-se de alimentos com sustentabilidade ao menos na maior ênfase da cadeia de produção (RECH, 2018).

Diante desse cenário, esta pesquisa teve a seguinte questão problemática: qual o caminho mais viável para que o desenvolvimento agrário não gere danos ao Meio Ambiente? Partindo dessa questão, esse estudo teve como objetivo analisar a relação entre o desenvolvimento agrário e os danos ambientais. Buscou-se com esse tema apresentar o cenário em que esses institutos estejam interligados e como eles podem ser benéficos um ao outro.

No que tange a metodologia utilizada, esse trabalho é uma revisão de literatura, onde “esse tipo de artigo caracteriza-se por avaliações críticas de materiais que já foram publicados, considerando o progresso das pesquisas na temática abordada” (KOLLER et al, 2014, p. 40), pois trata-se de avaliações críticas sobre o desenvolvimento agrário e seu impacto no Meio Ambiente.

Tratando-se de um artigo de revisão de literatura, a coleta de dados realizou-se no período entre os dias 05 a 27 de março de 2023. Os trabalhos se limitaram entre a publicação dos anos 2017 a 2022. Posteriormente foi realizada a análise de documentos por meio de pesquisa doutrinária e artigos já publicados sobre o tema.

2. MEIO AMBIENTE: LINHAS GERAIS

Antes de se adentrar no tema por ora proposto, necessário tecer algumas linhas gerais a respeito do Meio Ambiente, tanto em relação ao seu conceito como a sua normatização.

É sabido que o Meio Ambiente faz parte indiscutivelmente da vida humana; sem ele não haveria vida animal ou humano. Esse ambiente representa tudo àquilo que existe no planeta, onde os animais e os indivíduos ocupam o seu espaço. Portanto, entender o espaço ambiental se torna fundamental na medida em que se entende pela vida de pessoas, animais, vegetais e tudo o que vive e produz na Terra.

A evolução do homem está diretamente ligada à evolução ambiental. Os seres vivos só foram criados e mantidos por estarem inseridos em um ambiente que lhes proporcionassem a vida. Assim, o homem só permanece vivo porque o ambiente a qual está inserido o permite. O ar, a água, a terra, entre outros, são elementos essenciais para a sobrevivência humana. E esses elementos são integrantes do Meio Ambiente.

O Meio Ambiente é de extrema importância para qualquer ser vivo. Sua importância reside justamente por abarcar todo e qualquer corpo ou substância existente neste planeta, oferecendo os elementos essenciais para a sua sobrevivência.

Conceitualmente, o Meio Ambiente possui várias definições e que foram se ampliando ao longo do tempo. Alguns defendem que se inserem em seu conceito qualquer ser vivo, outros afirma que são compostos todos os seres vivos ou não.

Em termos gerais o Meio Ambiente traz em seu bojo tudo aquilo que se insere em um espaço geográfico. Também pode ser visto como um espaço social, físico ou psicológico, natural ou artificial (MILARÉ, 2015).

A sua nomenclatura é originada pelo verbo latino *ambire*, que está ligado ao sentido de ir à volta; arrodar. Desse modo, o Meio Ambiente seguindo essa semântica pode ser entendido como algo que cerca o ser humano, que o interage entre si e que faz parte da sua sobrevivência.

O Meio Ambiente pode ser entendido como um resultado da ligação entre o ser humano e a base física e biológica, onde por meio dessa interação se tem a sobrevivência biológica e espiritual (MACEDO, 2014). Pode-se afirmar, assim, que o Meio Ambiente é o espaço amplo que envolve o homem e todos os seus elementos.

Ligando ecologia ao meio ambiente, Silva (2019) entende que este último é um agrupamento de todas as unidades ecológicas que rodeiam e influenciam o ser vivo. Nesse grupo encontram-se os animais, os microrganismos, a vegetação, as rochas, o solo, a atmosfera, etc.

Partindo dessa premissa, é o meio ambiente “todos os fatores físicos, químicos e biológicos que envolvem os seres vivos. Esses fatores influenciam os organismos e são influenciados por eles, formando o ecossistema em que a vida desses seres são desenvolvidas” (SILVA, 2019, p. 01).

Por fim, apresenta-se um conceito mais abrangente de meio ambiente por meio das palavras de Naime (2018) que estabelece que mesmo sendo de difícil conceituação, o meio ambiente é intangível. Para esse autor, não dá tocar e pegar. Em suas palavras afirma: tocar numa pedra, na água ou no solo é tocar num elemento ambiental do meio físico; “tocar uma planta, um animal, é tocar num elemento do meio biológico. Tocar numa plantação, num produto industrializado ou num depósito de resíduos sólidos (lixo) é tocar num elemento do meio antrópico ou socioeconômico” (NAIME, 2018, p. 01).

Portanto, o Meio Ambiente deve ser visto como um conjunto de relações entre os meios físico, biológico e antrópico. É ao mesmo tempo um espaço para animais, para a vegetação e também um espaço social onde figura o homem.

Nesse sentido, o meio ambiente, são acima de tudo as relações. Para Prado (2019), são as consequências de todas as relações entre os meios, que são produzidas pelo homem e que podem impactar a própria espécie humana.

Em âmbito legislativo, encontra-se a Lei nº. 6.938/81, que em seu art. 3º § I, define o Meio Ambiente como sendo “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981).

Tanto o conceito doutrinário quanto o legal, concordam que o termo meio ambiente não é redundante, posto que retrata, além do ambiente/espço, o conjunto de “relações físicas, químicas e biológicas entre os seres bióticos (vivos) e abióticos (não vivos) que acontecem nesse ambiente e que são essenciais para a manutenção, o abrigo e a subsistência de vida nele presentes” (TOSE, 2012, p. 01).

Em termos legislativos, no Brasil, criou-se a Política Nacional do Meio Ambiente, importante ferramenta de promoção de ações que visam à gestão ambiental. Esta Lei (nº. 6.938/81) veio, a seu turno, objetivar a preservação, a melhoria e a recuperação da qualidade ambiental, tão importante para a vida.

O processo legislativo referente ao Meio Ambiente também possui outras normas, tais como o SISNAMA, o CONAMA, o IBAMA, entre outros, que são institutos extremamente importantes para a efetiva proteção e conservação do Meio Ambiente através de seus textos normativos.

Em decorrência desses fatores, a Lei Maior não poderia se ausentar na legalização desses assuntos. Surgida como referência “para a interpretação e aplicação das normas materiais e processuais de todo o universo que compõe o ordenamento jurídico” (MACEDO, 2014, p. 01), a Constituição regula o Meio Ambiente por meio do art. 225 onde afirma que todos possuem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo um bem de uso de todos e fundamental para uma vida sadia e com qualidade de vida (BRASIL, 1988).

No mesmo artigo supra descrito, aduz ainda que caiba ao Poder Público e à coletividade a obrigação de defender, proteger e preservar o Meio Ambiente hoje e para as futuras gerações (BRASIL, 1988).

Uma vez estabelecida os conceitos a respeito do Meio Ambiente e sua previsão constitucional, importante frisar que o atual momento do Meio Ambiente é bastante precário, haja vista que vem sofrendo diariamente sendo degradado o seu espaço em razão das ações do homem.

3. DESENVOLVIMENTO AGRÁRIO: REALIDADE FÁTICA

Uma das áreas mais prolíferas e com altos rendimentos no Brasil é o ramo agrário. Conceitualmente, Rech (2018) nos explica que o desenvolvimento agrário pode ser entendido como programas que promovem o desenvolvimento sustentável do meio rural

através de agricultores familiares, fazendo com que se tenha um aumento da capacidade produtiva, criação de empregos e melhoria de renda, com finalidade na agricultura familiar.

Favareto (2017) acentua que o desenvolvimento agrário percorre todo o processo histórico da agricultura brasileira, especialmente nos últimos 50 anos, que teve um significativo avanço. Devido a sua importância para a economia e para milhares de famílias, esse setor se tornou um dos maiores motores das políticas governamentais e dos interesses sociais.

Para melhor entender o crescimento desse setor, necessário se faz compreender a sua evolução histórica. Para isso, apresenta-se o Quadro 1 que nos mostra o desenvolvimento da área agrícola no Brasil:

Quadro 1 – Evolução histórica da área agrária no Brasil

PERÍODO HISTÓRICO	PRINCIPAIS EVENTOS
Década de 60	<p>Em 1962 foi criada a Superintendência Regional de Política Agrária (SUPRA) com o objetivo de promover a reforma agrária no Brasil.</p> <p>Em 1964 foi aprovada a Lei N.º 4.504 que instituiu o Estatuto da Terra, o primeiro documento oficial sobre a reforma agrária no Brasil e criaram o IBRA e o INDA (Instituto Brasileiro de Reforma Agrária e Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário, respectivamente) em substituição a SUPRA, e também, o INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária).</p>
Década de 70	Em período de regime militar, foram criados diversos programas nas regiões

	<p>mais pobres para o desenvolvimento rural.</p>
Década de 80	<p>Em 1985, foi elaborado o "Plano Nacional de Reforma Agrária" (PNRA), previsto no Estatuto da Terra. Criou-se, para isso, o Ministério Extraordinário para o Desenvolvimento e a Reforma Agrária (Mirad).</p> <p>Em 1987 é extinto o INCRA e a responsabilidade sobre a reforma agrária passa a ser do Ministério da Agricultura.</p> <p>Em 1989 teve-se a extinção do MIRAD, por meio da Medida Provisória nº 29/89.</p>
Década de 90	<p>Em 1996 criou-se o Ministério Extraordinário de Política Fundiária (MEPF), por meio do Decreto nº 1.889/96.</p> <p>Em 1999 houve a transformação do MEPF em Ministério da Política Fundiária e Agricultura Familiar, por meio da Medida Provisória nº 1911-12/99. Ainda em 1999, foi alterado para Ministério da Política Fundiária e Agricultura Familiar, pela Medida Provisória nº 1999-13/99.</p>
Anos 2000	<p>No ano de 2000 instituiu-se o do Desenvolvimento Agrário, regulamentado pelo Decreto nº 3.338/2000, depois revogado pelo Decreto nº 4.723/03, que manteve o nome do ministério e definiu suas competências.</p>

Fonte: Medeiros e Grisa (2019)

De todo modo, percebe-se que o desenvolvimento agrário, *a priori*, se destinava a demarcação de Terras e disputa de competências. Com o avanço social e tecnológico, se discute mais sobre as terras e seus eventuais problemas do que necessariamente o regramento jurídico.

Soldeira (2018) acrescenta que nas últimas décadas a agricultura, de modo geral, o desenvolvimento agrário tem representado uma importante fatia nos rendimentos nacionais. Milhares de pessoas hoje estão envolvidas diretamente (e também indiretamente) em atividades agrícolas ou habitando áreas rurais.

Nesse contexto, também se faz relevante mencionar o Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA). O MDA foi instituído oficialmente no início dos anos 2000, durante o governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, em um momento em que a questão agrária e a agricultura familiar ganhavam visibilidade e reconhecimento nacional. Em 2016, em um contexto de mudanças políticas nacional, o Ministério foi extinto pelo ex-presidente Michel Temer (COUTO ROSA, 2019).

O respectivo Ministério tinha como foco contribuir com a formulação de políticas públicas; colaborar com a proposição de mecanismos de acompanhamento, avaliação e monitoramento das políticas ligadas ao desenvolvimento rural; e sugerir adequações das políticas federais, no sentido de responder às demandas da sociedade e necessidades dos territórios (COUTO ROSA, 2019).

No entanto, no decorrer do seu funcionamento entre 2000 a 2016, esse Ministério encontrou diversos problemas, que vão desde a estrutura burocrática aumentada (ainda que insuficiente), ao orçamento, que mesmo tendo uma quantidade disponibilizada aumentada a cada ano, era insuficiente frente às demandas existentes (FAVARETO, 2017).

Somado a outros problemas, em 2016, fruto das mudanças nas configurações políticas e dessas fragilidades que vinham sendo sentidas, o MDA foi extinto, influenciando a trajetória política e institucional das políticas para a agricultura familiar posteriormente (FAVARETO, 2017).

Contudo, a sua extinção não foi o fim da discussão sobre o desenvolvimento agrícola. Como já mencionado a cada ano, diversos programas ligados à área rural foram sendo criados e implantados.

Em 2023, o MDA voltou a ser criado. Sampaio (2023) afirma que o MDA está em fase de “remontagem” e aponta para o combate à fome e à violência no campo como algumas das prioridades já colocadas no horizonte da pasta.

De todo modo, ao se falar de desenvolvimento agrário não se pode deixar de destacar a agricultura familiar, que é a base para essa área. Sobre essa questão, apresenta-se o tópico seguinte.

3.1 A agricultura familiar no Brasil

A atividade agropecuária é uma das que mais tem crescido nas últimas décadas no Brasil. Isso se deve em grande parte pela enorme área territorial que o país possui, o que possibilita a produtividade de produtos e serviços que atendam o mercado interno e externo (MOREIRA, 2017).

Dentre as inúmeras áreas que se pode encontrar no meio rural, tem-se a agricultura familiar, que é caracterizada basicamente como uma alternativa a famílias de baixa renda no ramo rural para que possam obter um aumento na renda familiar. Para isso, essas famílias fazem a comercialização de produtos e serviços rurais (SOARES, 2017).

Como explicam Oliveira e Malinowski (2017) a agricultura representa toda a atividade de exploração da terra, seja ele o cultivo de lavouras e florestas ou a criação de animais, com vistas à obtenção de produtos que venham a satisfazer às necessidades humanas. Por esse conceito, é possível perceber que a agricultura familiar não se restringe somente em ganhos financeiros, mas também para a plantação, e criação de produtos que venha agregar na satisfação e nas necessidades do ser humano como um todo.

Para Gomes e Barbosa (2017) a produção agrícola familiar apresenta características que mostram sua força como local privilegiado ao desenvolvimento de agricultura sustentável, em função de sua tendência à diversificação, a integração de atividades vegetais e animais, além de trabalhar em menores escalas. Entende-se que a agricultura familiar tem característica, predominante como seu cultivo sendo dentro do cerco familiar. Dessa forma, a agricultura familiar está cada vez mais forte no meio da produção agrícola.

Pantoja (2020) acentua que esse tipo de negócio se estabelece nas Feiras da Agricultura Familiar que se designa em trazer uma alternativa a famílias de baixa renda no ramo rural para que possam obter um aumento na renda familiar. A abertura é feita com a observância de regras rígidas, seguindo as instruções do Ministério da Saúde. As feiras é uma alternativa que busca diminuir os prejuízos financeiros dessas famílias.

Vale lembrar que a infraestrutura ao qual se menciona não se restringe apenas as barracas, mas também aos jalecos, caixas plásticas e balanças, itens que propiciam um suporte estrutural mínimo para as feiras (PANTOJA, 2020).

Segundo Camilo (2020, p. 04) a agricultura familiar tem como característica “produzir alimentos em escala reduzida, o que dificulta a comercialização. E são nas feiras que esse problema costuma ser resolvido, com a venda de um alimento de qualidade, por um valor justo e diretamente para o consumidor”.

Nesses locais são ofertados todo tipo de produto e serviço, como por exemplo, hortaliças, frutas, polpas, peixes, camarão, polpa de caranguejo, compotas, plantas ornamentais, artesanatos de crochê, tecido e EVA; iguarias regionais, além de produtos reciclados (CAMILO, 2020).

Desta feita, a agricultura familiar é a realidade de milhares de cidadãos que moram e vivem no campo. Através desse espaço, eles conseguem se manter financeiramente, se tornando a principal fonte de renda. Ocorre que muitos produtores rurais não tem informações sobre o impacto que as atividades possuem no Meio Ambiente. Nesse ponto, o desenvolvimento agrário possui enorme relevância na conservação e preservação ambiental. Sobre essa questão, apresenta-se o tópico seguinte.

4. O DESENVOLVIMENTO AGRÁRIO E O IMPACTO AMBIENTAL

A produção de alimentos é uma das mais importantes para a sociedade, haja vista que os seres humanos só sobrevivem (dentre outros aspectos) por meio do consumo de alimento. De acordo com Proença (2018) a alimentação constitui uma das atividades humanas mais importantes, não só por razões biológicas evidentes, mas também por envolver aspectos econômicos, sociais, científicos, políticos, psicológicos e culturais fundamentais na dinâmica da evolução das sociedades.

Questões como produção e distribuição de alimentos são constantemente pautas discutidas por órgãos governamentais e sociedade. Segundo Tavares et al. (2020) as projeções futuras indicam à necessidade de aumentar os recursos alimentares disponíveis a população global e estas projeções estão consubstanciadas em dois pilares. O primeiro sobre o crescimento populacional e o segundo sobre a renda dos consumidores que automaticamente dispõe a este mais poder de consumo a alimentos como carnes, que para sua fabricação demanda de maiores recursos naturais e espaços terrestres para a feitura, além do tempo estimado para efetiva disponibilidade do produto ao consumidor.

Outra característica é que o hábito alimentar foi culturalmente modificado, sendo inicialmente consumida a alimentação regional de produtos, e na sequência, com o processo de globalização novos produtos foram disponibilizados a todos os povos, ampliando as possibilidades de acesso à diversidade de alimento e o automático aumento no consumo por esta disposição/oferta promovida (TAVARES et al., 2020).

Frente a esta transparente necessidade de aumentar a produção mundial por alimentos, para suprir as necessidades de consumo projetadas para as próximas décadas se faz necessário o desenvolvimento agrário. Nesse ponto, esse desenvolvimento está relacionado diretamente ao Meio Ambiente.

Aquino e Schneider (2019) citam que o Ministério do Meio Ambiente, define o Brasil como o possuidor de uma das maiores biodiversidades do mundo, tendo em sua cacofonia mais de 20% do total de espécies do planeta, assumindo neste contexto, um importa papel de responsabilidade no quesito de preservação. Perante estas duas vertentes surge o impasse de como aumentar a produção de alimentos nesta área ainda não explorada mediante o processo de desenvolvimento agrário, e, ao mesmo tempo preservar os recursos ambientais e todo o ecossistema. Este impasse é pauta de ambientalistas e agricultores, e também discutido entre os respectivos ministérios.

No processo de desenvolvimento agrário, estão elencados alguns pontos a serem observados, como a necessidade de um adequado manejo da água, da terra e dos insumos/fertilizantes. Com estes cuidados, seria consubstanciada uma técnica de produção menos agressiva ao meio ambiente, e que a longo prazo ocasionaria menores impactos nas mudanças climáticas. Pois, segundo especialista, as alterações climáticas em grau elevado poderiam reduzir em até 1/3 a produtividade agrícola (COUTINHO, 2019).

Para aumentar a fabricação alimentos, uma das viabilidades se efetiva em aumentar a área de produção, com esta ação viria a consequente atividade de desmatamento. Os maiores níveis de desmatamento atualmente são realizados pelos países emergentes, principalmente pelo sistema capitalista, em que proporcionalmente os níveis de desmatamento aumentam de acordo com o crescimento econômico (COUTINHO, 2019).

Como bem lembra Keinert (2018), o Brasil é considerado um dos maiores responsáveis pelo desmatamento no mundo, e esta posição se deve pelo crescimento das linhas de produção as áreas da Floresta Amazônica.

Outra grande discussão é pautada pela utilização de agrotóxicos em alta escala, para a produção de alimentos e para o controle de pragas, assim salienta-se que:

À medida que a população cresce, e a agricultura começa a produzir em maior quantidade, os plantios começam a ficar mais densos, e as plantas ficam cada vez mais próximas umas das outras. Do mesmo modo que as doenças se manifestam em maior intensidade onde há aglomerados de pessoas, as pragas e doenças agrícolas também se espalham mais fácil em grandes aglomerados de plantas. Sendo assim, com o aumento da população mundial, não só houve aumento

na incidência de doenças humanas, mas também na incidência de doenças de plantas (COUTINHO, 2019, p. 22).

Importante expor que os danos e impactos ambientais não são causados apenas pela agricultura, mas também pela produção de biocombustível e pela pecuária. Percebe-se que muitos produtos alimentícios já tiveram alta no preço de comercialização, exatamente pela necessidade de grades recursos naturais para produção e estes recursos por sua vez estando em situação de escassez.

A extensão territorial para a produção da pecuária representa 30% de toda a superfície do planeta, e estima-se que esta predomina 70% de todas as terras em que é possível desenvolver a agricultura. Os danos ambientais de maior deterioração ocorrem nas zonas áridas, pela compactação e erosão do solo, inviabilizando a produção momentânea de novas culturas, hoje a degradação corresponde a 20% das áreas pastoradas (ALVES, 2017).

A pecuária também é responsável pela emissão de 18% de todos os gases do efeito estufa, sendo causador de 9% de toda a produção de CO₂, 37% de metano e em 65% pela emissão de amônia que é um dos maiores executores pela provocação de chuva ácida e por poluir os ecossistemas no processo de acidificação. Além da degradação ambiental e do ecossistema, a pecuária também é o causador pelo consumo de 8% da água potável no mundo (ALMEIDA, 2019).

Grande alteração está pautada sobre a falta de alimento no futuro, um dos problemas é que muitos agricultores estão se deparando com um limite biológico na fabricação de alimentos, sendo que a genética e a biotecnologia também têm dificuldades em promover o aumento da produtividade das plantas, onde se torna inviável aumentar a produção sem aumentar a área de cultivo. Com esta realidade surge o temor de que muitos agricultores iram progredir ao desmatamento das florestas, em busca de um desenvolvimento agrícola por meio do processo de expansão territorial. O que irá refletir em danos ambientais de amplitude significativa (ALMEIDA, 2019).

Frente a esse cenário, é preciso que se discuta sobre a diminuição dos danos ambientais gerados pelo desenvolvimento agrário. No caso dos alimentos, se faz necessário estudar a existência de áreas férteis e recursos suficientes para suprir a demanda alimentar no futuro, para garantir esta disponibilidade alimentar, seriam necessárias algumas ações como avanços na produção agrícola para que este supere o aumento populacional, uma distribuição de alimentos de maneira equitativa entre todos os indivíduos, visar um aumento na produção sem degradar o meio ambiente (FARIAS, 2018).

No meio de produção será necessária uma manutenção constante dos sistemas produtivos, proporcionar maior imunidade as plantas contra pragas, através de alterações genéticas ou a utilização de defensivos, objetivando um aumento de produção com maiores ciclos de colheita em menor espaço territorial e em menor tempo (FARIAS, 2018).

Acrescenta Proença (2018) que se faz necessários investimentos financeiros a países que tem maior viabilidade de produzir alimentos, seja esta por condições climáticas ou pela disponibilidade de terras férteis.

Outra ideologia de fabricação se estabelece sobre a produção de alimentos orgânicos, onde a se objetiva uma exploração natural da biodiversidade, onde é possível produzir e, ao mesmo tempo, preservar ou recuperar áreas degradadas. Araújo e Amorozo (2019) explicam que este tipo de manufatura tem como principal escopo o manuseio e desenvolvimento de alimentos sem a utilização de químicos, defensivos ou adubação industrializada.

Uma medida muito importante para diminuição dos danos ambientais no meio agrário, é a agricultura familiar, já explicitada no tópico anterior. Como já destacado anteriormente, hoje a agricultura familiar tem como principal objetivo impulsionar a produção de alimentos para o abastecimento interno do Brasil.

Sobral, et al. (2014) acentuam que o abastecimento alimentar de origem familiar se destaca por desenvolver variadas culturas no mesmo ambiente de produção, o que reflete em produtos de maior qualidade, porque grande parte de sua produção é realizada por cultivo manual, além de causar menos danos ao meio ambiente, uma vez que o ocorre a diversificação de plantas nativas com aquelas cultivadas.

Portanto, Araújo e Amorozo (2019) acreditam que investimentos realizados pelo governo com destino a Agricultura Familiar são de suma importância para o desenvolvimento agrário no âmbito de produção familiar visando à sustentabilidade e preservação do espaço ambiental.

Bianchini e Bazotti (2020) entendem que a agricultura familiar deve produzir de forma harmônica com a natureza e evitar o uso abusivo de transgênicos, que é considerado pelos ambientalistas extremamente nocivos ao Meio Ambiente.

Desse modo, este estudo entende a agricultura familiar é o melhor caminho para que a sustentabilidade possa ser efetivada de modo correto. A denominada sustentabilidade, como bem lembra Gassen (2018), define diversos padrões para a utilização de recursos naturais, para que se possa atender todas as necessidades sociais.

A sustentabilidade deve estar inserida na política de desenvolvimento do país, em um âmbito de responsabilidade do Estado e também na esfera individual de cada cidadão.

Atualmente a denominada sustentabilidade se constitui e se fundamenta em três viés de desenvolvimento: ambiental, social e econômica (GASSEN, 2018).

Pelo viés sustentável, a empresa ou a sociedade deve pensar nas formas de diminuir os impactos ambientais e compensar o que não é possível amenizar. Assim uma empresa que usa determinada matéria-prima deve planejar formas de repor os recursos ou, se não é possível, diminuir ao máximo o uso desse material. Além disso, obviamente, deve ser considerado a adequação à legislação ambiental (ALVES, 2017).

Com base nesse aspecto, Marchetti et al. (2020) enfatizam que é necessário realizar investimento e incentivos a pequenos produtores, como os de agricultura familiar, dispor preferencialmente os produtos locais aos consumidores, melhorar a infraestrutura de armazenamento e transporte, estes podem ser caracterizados como os pontos principais no plano inicial de desenvolvimento agrícola com sustentabilidade.

Sobral, et al. (2014) entendem, assim como esse estudo defende, que o futuro alimentício sustentável, por exemplo, tem como principal saída a inovação dos métodos de produção, pautas em tecnologias e uma ciência específica para o meio agrário, voltada a desenvolver ferramentas para as atividades de plantio, cuidados e processo de colheita, bem como investir em estudos nano tecnológicos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando elencado sobre sustentabilidade, automaticamente a sociedade se direciona a ações voltadas a diminuir a poluição do ar, preservar os recursos naturais como a vegetação e solo, economizar recursos de consumo como a água, optar por fontes de energia que causam menos impactos ambientais e de preferência renováveis, entre outras atividades que colocam em primeiro plano a preservação do meio ambiente. Entretanto, entre os inúmeros fatores arbitrados para obter um desenvolvimento com sustentabilidade a alimentação normalmente não está em pauta, e ainda menos os danos causados no seu processo de produção.

Nesse cenário, esse estudo teve o objetivo de discorrer sobre a influência que o desenvolvimento agrário possui no Meio Ambiente. Buscou encontrar estudos que apresentassem o impacto que essa área possui para a degradação ambiental. Nos resultados, foi possível observar que quando não realizado de modo equilibrado e consciente, atividades agrícolas podem sim gerar danos ao Meio Ambiente. Nesse aspecto, o produtor rural se tornou protagonista no caminho de solução.

A produção de alimentos tem sua estrutura de funcionamento fundada na rentabilidade, nos impactos ambientais e sociais que esta ocasiona ao longo do processo

produtivo. Em razão dos aspectos de produção e consequentes impactos ambientais, o produtor passou a ter um papel de gestão entre ambas às esferas, devendo gerir a produção e preservar pelo meio ambiente existente em sua propriedade, com isso caracterizando uma oferta alimentar com sustentabilidade.

Assim a agricultura moderna é produto da aplicação de conhecimento técnico por hectare, em que antes do início do plantio se estuda os resultados de produção e de impacto ambiental, para que se possa gerir a eficiência de utilização dos recursos naturais.

Apenas com consciência e planejamento pode-se vislumbrar um ambiente equilibrado e sem danos que possam também trazer benefícios ao espaço agrícola. Entendendo a importância dessa área para o desenvolvimento de um país, a agricultura pode caminhar lado a lado com a sustentabilidade ambiental, para que o Meio Ambiente não sofra danos.

Nesse ponto ainda importante mencionar, que nesse estudo, acredita-se que a agricultura familiar vem sendo o caminho mais importante e eficaz na busca pela proteção ambiental e produção agrícola. É nesse tipo de estrutura que se preserva e conserva o espaço ambiental.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, André Henrique de. **Instrumentos processuais de proteção ambiental**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, v. 15, n. 98, mar 2019.

ALVES, José Eustáquio Diniz. **População, desenvolvimento e sustentabilidade: perspectivas para a CIPD pós-2014**. Rev. bras. estud. popul., São Paulo, v. 31, n. 1, p. 219-230, jun. 2017.

AQUINO, Joacir Rufino; SCHNEIDER, Sérgio. **O PRONAF e o desenvolvimento rural brasileiro: avanços, contradições e desafios para o futuro**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2019.

ARAÚJO, C. R.; AMOROZO, M. C. M. **Manutenção da diversidade agrícola em assentamentos rurais: um estudo de caso em Moji-Mirim – SP, Brasil**. Biotemas, v. 25, p. 265-280, 2019.

BIANCHINI, V.; BAZOTTI, A. **Agricultura familiar no censo agropecuário 2017: Brasil e Paraná**. Curitiba, 2020. Versão Preliminar.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**; promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Anne Joyce Angher. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

BRASIL. **Lei nº 6.938/81, da Política Nacional de Meio Ambiente.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L6938org.htm>. Acesso em: 11 mar. 2023.

CAMILO, José Vitor. **Feirantes se reinventam na pandemia com o comércio online.** 2020. Disponível em: <http://www.agricultura.mg.gov.br/index.php/ajuda/story/3960-feirantessereinventam-na-pandemia-com-o-comercio-on-line?layout=print>. Acesso em: 23 mar. 2023.

COUTINHO, Gilson De Azeredo. **A ética ambiental na sociedade contemporânea.** Âmbito Jurídico, Rio Grande, v. 12, n. 63, abr. 2019.

COUTO ROSA, G. B. **Ideias, atrizes e política: uma análise do Programa de Organização Produtiva de Mulheres Rurais.** 138p. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós - Graduação em Gestão de Políticas Públicas. Universidade de São Paulo/São Paulo. 2019.

FARIAS, Talden Queiroz. **Aspectos gerais da política nacional do meio ambiente – comentários sobre a Lei nº 6.938/81.** Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 35, dez 2018.

FAVARETO, Arilson. **Concepções de desenvolvimento e de intervenção pública no Brasil rural sob o governo Temer e além.** Revista Raízes, v. 37, n. 2, 2017.

GASSEN, Dirceu. **A sustentabilidade na produção de grãos.** Rio Grande do Sul. Conselho Científico para Agricultura Sustentável, 2018.

GOMES, Ygor Bessa Gomes; BARBOSA, José Fernando Muniz. **A importância da contabilidade na agricultura familiar.** Curso de Ciências Contábeis pelo Centro Universitário de Anápolis (UniEVANGÉLICA). 2017.

KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo. **Sustentabilidade: caminho ou utopia?** Rev. adm. contemp., Curitiba, v. 12, n. 2, p. 575-577, jun. 2018.

MACEDO, Maria Fernanda Soares. **Ação popular na esfera ambiental como meio de exercício da cidadania.** Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3968, 13 maio 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/28382>. Acesso em: 22 mar. 2023.

MARCHETTI, Fábio; MORUZZI, Paulo Eduardo; SANTOS, João Dagoberto dos; CAMPELO E SILVA, Felipe Otávio. **Caminhos da reforma agrária no Brasil e suas implicações para a agrobiodiversidade.** Estudos Sociedade e Agricultura, Rio de Janeiro, v. 28, n. 2, p. 284-311, jun. 2020.

MEDEIROS, Jenifer Cristine; GRISA, Catia. **O Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA) e suas capacidades estatais na promoção do desenvolvimento rural**. CAMPO-TERRITÓRIO: revista de geografia agrária, v. 14, n. 34, p. 06-35, dez., 2019.

MOREIRA, R.J. **Agricultura Familiar: Processos Sociais e Competitividade**. 5 ed. Rio de Janeiro: Mauad, 2017.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NAIME, Roberto. **Significados de meio ambiente**. 2018. Disponível em: <https://www.ecodebate.com.br/2018/10/25/significados-de-meio-ambiente-artigo-de-roberto-naime/>. Acesso em: 25 mar. 2023.

OLIVEIRA, Diego Bianchi de; MALINOWSKI, Carlos Eduardo. **A importância da tecnologia da informação na contabilidade gerencial**. Revista de Administração. FW v. 14 n. 25 p.3-22. maio. 2017.

PANTOJA, Ana Márcia. **Feira da Agricultura Familiar oferece produtos regionais e artesanato**. 2020. Disponível em: <https://agenciapara.com.br/noticia/23889/>. Acesso em: 23 mar. 2023.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal do Ambiente - Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998)**. 7º ed. Editora: Forense, 2019.

PROENÇA, Rossana Pacheco da Costa. **Alimentação e globalização: algumas reflexões**. Cienc. Cult., São Paulo, v. 62, n. 4, Oct. 2018.

RECH, Carla Michele. **Atores estatais e não estatais na implementação de políticas públicas: o caso do Programa de Desenvolvimento Sustentável dos Territórios Rurais**. Revista IDEAS, v. 10, 2018, p 117-137.

SAMPAIO, Cristiane. **Teixeira 'remonta' pasta do Desenvolvimento Agrário em meio a seca no RS e conflitos no PA**. 2023. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2023/01/30/teixeiraremontapastadodesenvolvimento-agrario-em-meio-a-seca-no-rs-e-conflitos-no-pa>. Acesso em: 27 mar. 2023.

SILVA, Nara. **O que significa Meio Ambiente?** 2019. Disponível em: <https://beduka.com/blog/materias/biologia/ecologia-e-meio-ambiente/>. Acesso em: 24 mar. 2023.

SOBRAL, J. P.; REZENDE, A. P. C.; LEÓN, D. A.; CRESPI, D.; NAREZI, G.; SANTOS, J. D.; KAGEYAMA, P. Y. **Assentamentos agroecológicos no Extremo Sul da Bahia: uma**

experiência em construção. In: SIMPÓSIO SOBRE REFORMA AGRÁRIA E QUESTÕES RURAIS, 6., Araraquara, 2014. Anais... Araraquara: Uniara, 2014.

SOARES, Wildmis Borges. **A importância do controle contábil para o desenvolvimento socioeconômico da agricultura familiar de Rondonópolis.** IV Congresso de Administração do Sul do Mato Grosso – CONASUM. Universidade Federal do Mato Grosso, 2017.

SOLDERA, Denis. **A instabilidade do referencial de políticas públicas para a agricultura familiar no Brasil: uma análise das narrativas dualistas.** 177 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Programa de Pós - Graduação em Desenvolvimento Rural, 2018.

TAVARES, Tayrine Parreira Brito et al. **A extensão universitária e a (re)organização de agricultores familiares em tempos de pandemia.** R. Tecnol. Soc., Curitiba, v. 16, n. 43, p.1-7, ed. esp. 2020.

TOSE, Fernanda Silva. **O Meio Ambiente e sua Proteção Jurídica:** O conceito de Meio Ambiente. 2012. Disponível em: <http://www.forumimobiliario.com.br/2010/08/o-meio-ambiente-e-sua-protecao-juridica-o-conceito-de-meio-ambiente/>. Acesso em: 24 mar. 2023.

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

DALILA PRISCILA ANDRADE MORAIS

RESUMO: O presente artigo objetiva a contribuição para o estudo relacionado ao tema: Constitucionalização do Processo Civil, com base na Constituição Federal de 1988, bem como no Código de Processo Civil de 2015. Visto que o este traz em seu bojo princípios basilares da Constituição Federal. Essa nova roupagem do código tardou muitos anos, mas atualmente está revestida da devida importância pela necessidade de se enquadrar no modelo constitucionalista e democrático, tanto no aspecto formal, quanto no aspecto material, do ordenamento jurídico brasileiro. O presente estudo irá aprofundar-se em quatro capítulos; o primeiro fará referência a influência dos direitos humanos e da Constituição Federal no processo, o segundo elencará a historicidade da mudança legislativa do processo; o terceiro abordará as principais mudanças relacionadas aos princípios e direitos inseridos no código, destacando os principais direitos assegurados e fazendo uma análise dos seus doze primeiros artigos; e o quarto trará a consonância desse código com o ordenamento jurídico em geral.

Palavras chaves: Direito Processual; Processo Civil; Constitucionalização

1 INTRODUÇÃO

Na Europa, em especial na Alemanha e na Itália, logo após a Segunda Guerra Mundial, surge a constitucionalização do direito. Um dos primeiros marcos dessa nova trajetória do direito constitucional foi a Lei Fundamental de Bonn de 1949, e também a Constituição da Itália de 1947. Foi através dessas duas influências que começava a nascer uma primazia do direito constitucional.

O Brasil iniciou esse processo um pouco mais tarde. Após atravessar uma era ditatorial sai de um regime autoritário e entra no Estado democrático de direito.

Visto que o constitucionalismo pós Segunda Guerra Mundial, se refaz trazendo em seu centro a dignidade da pessoa humana, a Constituição de 1988 se amolda a essa nova tangente. Conforme artigo 1º, III da Constituição Federal Brasileira: *“Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana.”*

E baseando-se na ideia de Hans Kelsen, que defende a constituição como “sendo o fundamento supremo de validade da ordem jurídica inteira” (H. KELSEN, 1987) todo o restante do ordenamento jurídico também foi influenciado pelos ideais humanísticos que afloraram no pós guerra.

Com o Processo Civil não foi diferente. Assim como outros dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro ele foi tocado pelos novos ideais da Constituição Federal.

E o Código de Processo Civil, de 2015, deixa explícita a sua preocupação prioritária em tanger o processo aos direitos e garantias positivados na Carta Magna de 1988, bem como alguns princípios implícitos na mesma.

Para maior entendimento desta constitucionalização, é necessário entender o contexto histórico do processo, suas diversas fases, seus principais impactos sociais e jurídicos, os meios de constitucionalização, e seus resultados no mundo jurídico.

2 INFLUÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS E DA CONSTITUIÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL

Convém citar que há tempos um dos objetivos principais de quase todas as sociedades mundiais tem sido a busca pela proteção da pessoa. Assim diversos ramos das ciências vêm buscando cada vez mais a adaptação das suas ações, teorias, ensejos e outros aspectos, em face da dignidade da pessoa humana.

Os direitos humanos nascem e começam a adentrar nas Constituições, Declarações e Leis. Em especial a criação da Organizações das Nações Unidas (ONU) em 1945, aumentou o status dos direitos humanos, fazendo-o ganhar um poder internacional.

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, houve a consolidação dos princípios basilares da igualdade, liberdade e fraternidade. Conforme proclama a Constituição Federal de 1988:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição [...]. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Na esfera da ciência do Direito, se dará destaque ao Direito Processual Civil, que como todos os outros ramos do direito vem tentando, a cada dia, se espelhar nos direitos e deveres constitucionais, respeitando os direitos humanos, pois sem isso o processo se torna vazio. Conforme explica Luiz Guilherme Marinoni (2012, p. 314):

“Se o processo civil é um instrumento para a adequada tutela dos direitos, e se, nesta linha, o procedimento constitui apenas uma técnica para a boa e correta prestação do serviço jurisdicional, é lógico que o procedimento não pode distanciar-se dos direitos a que deve proteger, e muito menos das necessidades da sociedade contemporânea, sob pena de não poder atender aos novos direitos e assim transformar-se em uma espécie de técnica inútil para realizar as finalidades que o Estado tem a missão de cumprir.”

É possível enxergar assim a magnitude da função do processo frente a Constituição Federal, aos direitos humanos e a todo ordenamento jurídico, conforme observado por Rogério Medeiros Garcia de Lima (2012):

“Logo, impõe-se considerar o processo como direito constitucional aplicado. Nos dias atuais, cresce em significado a importância dessa concepção, se atentarmos para a íntima conexão entre a jurisdição e o instrumento processual na aplicação e proteção dos direitos e garantias assegurados na Constituição. Não se trata mais de apenas conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é por ele conduzido.”

É possível enxergar que as mudanças legislativas que chegam ao ordenamento jurídico brasileiro no seio do Código de Processo Civil atual, nasce com o desejo de trazer o processo para mais perto da Constituição, buscando assim a maior tutela dos direitos humanos.

Esse Processo Civil com um viés mais democrático, com maior defesa a direitos básicos e fundamentais, assegurando princípios processuais e constitucionais, desde sua explícita colocação literal, até sua interpretação, vem contribuindo para o avanço na busca por um direito mais célere, justo, igualitário.

Assim, indiretamente contribui também para efetivações sociais, contribui para o alcance dos objetivos da República, para o alcance da efetivação dos direitos humanos e para a tutela da dignidade da pessoa humana.

3 CONTEXTO HISTÓRICO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL

O Processo Civil, até amoldar-se no modelo de norma infraconstitucional baseado na Constituição, passou por um longo processo de mudanças. Passando por diversas fases metodológicas de acordo com o momento vivenciado do direito a época.

Tem-se assim uma linha imaginária do tempo, com o caminho sob o qual o Processo Civil percorreu, até chegar a fase atual denominada neoprocessualismo como explica Daniel Mitidiero:

Inicialmente, havia o que pode se chamar de “sincretismo” ou “praxismo” uma fase pelo qual o processo era visto sem nenhum precedente, sem uma ciência, sem preocupação. Não havia um estudo do processo. De acordo com Daniel Mitidiero (2009)

“ O praxismo corresponde à pré-história do direito processual civil, tempo em que se aludia ao processo como ‘procedura’ e não ainda como ‘diritto processual civile’. Époça, com efeito, em que não se vislumbrava o processo como um ramo autônomo do direito, mas como mero apêndice do direito material. Direito adjetivo, pois, que só ostentava existência útil se ligado ao direito substantivo.”

Ou seja, o processo civil era um mero coadjuvante do direito material, um subproduto desse direito. Essa fase perdurou durante toda a época do Brasil em sua fase colonial e monárquico.

Posteriormente surge o “processualismo” que começa a defender a autonomia do processo, nesta época surgiram grandes teorias relacionadas ao Processo Civil. Que explicavam a natureza jurídica do processo entre outros aspectos, que contribuíram para a construção do processo.

Essa nova fase metodológica tem início na Alemanha e buscava a independência do direito processual. Essa nova fase pode ser chamada também de cientificismo, conceitualismo ou autonomismo. Essa fase é marcada pela evidência da técnica do processo, ou seja, criação de conceitos, nomenclaturas, criando assim bases teóricas ao processo. Daniel Mitidiero (2009) expressa que o processualismo:

“O processualismo, deveras, nasce com o conceito de relação jurídica processual, sendo esse o objeto da ciência processual. A partir daí, a tarefa da doutrina cifra-se à racional construção do arcabouço dos conceitos do direito processual civil. Não por acaso, pois, aponta-se como marco inicial do processo civil o direito racional, presidido

pelas altas e abstratas idéias inerentes ao clima científico da modernidade, nem pode surpreender que já se tenha identificado na produção intelectual de Chiovenda um mentalismo conceitual exacerbado, já que o 'doutrinarismo' dominou mesmo os primeiros tempos da história do direito processual civil (o que se deu, vale frisar, por absoluta necessidade, porque se tratava de fundar uma nova ciência, surgindo então a necessidade de se forjarem todos os instrumentos conceituais necessários a tal intento)."

Posteriormente a essa fase de cunho teórico supra citada, surge uma nova fase chamada de "instrumentalismo". Defendendo a relação direta entre o processo e o direito material, visa em linhas gerais, definir que o processo é o meio de efetivação do direito material, com isto os dois devem andar juntos. Nascendo assim a natureza científica de fato do processo, e legitimando a sua autonomia parcial.

O processo em sua nova fase passa a ter além da teoria, um cunho mais social, político e jurídico. Conforme afirma Cândido Dinamarco, cada uma dessas três esferas tem um objetivo a ser alcançado pelo processo. Partindo da premissa social, espera-se que o processo alcance a paz social e a educação do povo a quem se destina; a partir da premissa política, se faz necessário que o processo efetive e reafirme a autoridade do Estado perante o processo; e de acordo com a esfera jurídica o processo precisa atingir o direito concreto no caso em questão.

Porém a própria teoria se derruba. Pois ainda que tente verter o processo por escopos já citados, a falha de tal tentativa vem a tona, porque o processo segue ligado a técnica e o juiz passa a ser refém do ensejo social. Essa discricionariedade traz uma insegurança jurídica. Daniel Mitidiero (2009) conceitua a fase como:

"A perspectiva instrumentalista do processo assume o processo civil como um sistema que tem escopos sociais, políticos e jurídicos a alcançar, rompendo com a idéia de que o processo deve ser encarado apenas pelo seu ângulo interno. Em termos sociais, o processo serve para persecução da paz social e para a educação do povo; no campo político, o processo afirma-se como um espaço para a afirmação da autoridade do Estado, da liberdade dos cidadãos e para a participação dos atores sociais; no âmbito jurídico, finalmente, ao processo confia-se a missão de concretizar a 'vontade concreta do direito'."

Até que surge, o sistema atual, cujo qual carrega muitas nomeclaturas, uma delas é o formalismo-valorativo defendido por Daniel Mitidiero:

“Como o novo se perfaz afirmando-se contrariamente ao estabelecido, confrontando-o, parece-nos, haja vista o exposto, que o processo civil brasileiro já está a passar por uma quarta fase metodológica, superada a fase instrumentalista. Com efeito, da instrumentalidade passa-se ao formalismo-valorativo, que ora se assume como um verdadeiro método de pensamento e programa de reforma de nosso processo. Trata-se de uma nova visão metodológica, uma nova maneira de pensar o direito processual civil, fruto de nossa evolução cultural. O processo vai hoje informado pelo formalismo-valorativo porque, antes de tudo, encerra um formalismo cuja estruturação responde a valores, notadamente aos valores encartados em nossa Constituição. Com efeito, o processo vai dominado pelos valores justiça, participação leal, segurança e efetividade, base axiológica da qual ressaem princípios, regras, postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação. Vale dizer: do plano axiológico ao plano deontológico”.

Ou neoprocessualismo, como defende Fredie Didier. Este traz em seu bojo como objetivo direto, que o processo deve seguir a Constituição Federal. O Processo Civil passa assim a ser regido e verificado primeiramente pelas normas constitucionais antes de qualquer outra ótica. É isso que o art. 1º do Código de Processo Civil de 2015 deixa explícito:

“O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”

Assim é possível observar, como as normas constitucionais estão sendo colocadas no topo da pirâmide e conseqüentemente estão aflorando por todo o ordenamento.

De fato, visto que o direito é temporal e consuetudinário, é impossível falar de direito sem elencar os contextos históricos e geográficos do momento em que ele é inserido.

Existem outras teorias e escolas que estudam acerca do momento atual do processo, que não estão incorretas, e sim, estão corretas vistas de acordo com o tempo, modelo e lugar de qual partem.

4 PRINCÍPIOS BÁSICOS E INOVAÇÕES PROCESSUAIS

Tangenciado por essa nova fase do processo, o mesmo passa a se preocupar mais severamente com a efetiva justiça no caso concreto. Observando, princípios como: contraditório, ampla defesa, boa-fé, cooperativismo entre outros, bem como assegurando uma discussão isonômica entre partes.

Visto que os princípios são basilares para aplicação de qualquer norma, como explica Canotilho (1998, p. 53):

[...] os princípios são normas jurídicas impositivas de uma "otimização", compatível com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos "fáticos" e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permite ou proíbem) que é ou não cumprida; a convivência dos princípios é conflitual, a convivência de regras antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se.

Nasce assim no Código de Processo Civil a tutela aos direitos básicos do processo. Sob uma ótica não taxativa tem-se do art. 1º ao 12º do CPC/2015 um rol de bases que irão regulamentar o processo.

Conforme já citado o Art. 1º do Código de Processo Civil:

"Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código."

Traz em seu cerne a "óbvia" necessidade do Processo Civil estar de acordo com a Constituição Federal, esse artigo abre precedentes para aplicações de ordens constitucionais em todo o processo.

"Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei."

Este artigo consagrará o que se pode chamar de princípio do impulso oficial, ou seja, a jurisdição é inerte, cabe à parte requerer e a provocar. Intimamente esse artigo revela também a adoção à proteção da razoável duração do processo, pois de maneira implícita se mostra dispensada novas provocações das partes depois da primeira. Cabendo assim ao judiciário dar continuidade ao processo.

"Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito."

Consagra novamente o que a Constituição Federal de 1988 já declara em seu Art. 5º, XXXV, “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” assegurando assim, a inafastabilidade da jurisdição.

Tal inafastabilidade da jurisdição, ou direito ao acesso à justiça é coerentemente conceituado por Cappelletti e Garth (1988, p. 9-12):

“Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do welfare state têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental — o mais básico dos direitos humanos — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos.”

O Art. 3º consagra também em seus parágrafos a mediação e conciliação, a arbitragem e a solução consensual dos conflitos.

“Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.” Que pode ser analisado em conjunto ao:

“Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

Pois ambos chamam ao processo a necessidade absoluta da razoável duração do processo. Porém ao se falar em razoável duração do processo não nasce uma obrigatoriedade ou regra temporal a ser seguida, e sim, uma premissa que contempla que o processo não poderá demorar mais do que o razoável. E para isso as partes também devem colaborar para essa razoável duração.

Esses artigos revelam a intenção do Processo Civil de reafirmar o que a Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou ao inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal

de 1988 *“A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”*

“Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.”

Esse artigo tutela o dever de probidade das partes que compõe o processo. Este artigo reitera princípio da boa-fé que veda os participantes do processo de agirem de maneira dolosa, de fazerem uso do abuso de autoridade. Como explica Flávio Tartuce (2015)

“Conforme o art. 5º do Novo CPC, aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se segundo a boa-fé. Além disso, todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º do CPC/2015). O pedido formulado pela parte na demanda deve ser certo e interpretado conforme o conjunto da postulação e a boa-fé (art. 322 do CPC/2015). Como consequência, a decisão judicial também passa a ser interpretada partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé (art. 489, § 3º, do CPC/2015). Esses preceitos ampliaram um tratamento que era tímido no CPC anterior, limitado somente à exigência da boa-fé das partes no seu art. 14.”

“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.”

Esse artigo consagra o princípio da isonomia processual que deverá existir e ser assegurado no processo. Além de assegurar a isonomia no tratamento das partes, incube ao judiciário a proteção a paridade das partes, assegurando uma defesa coerente e igualitária, sem abismos de qualidade.

Essa paridade deve ser exercida a fim de garantir no processo todos os direitos já elencados, pois ao se ver uma desigualdade na defesa das partes, por exemplo, pode-se estar incitando a vedação ao princípio do contraditório e ampla-defesa, pois a parte inferior não está tendo a devida prestação jurisdicional.

“Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo

a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”

Esse artigo vem fomentar a interpretação da norma jurídica em acordo com o direito, com a sociedade e com o bem comum. Sem deixar de observar os princípios citados no próprio dispositivo.

“Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

Sobre a tutela desses artigos 9º e 10º mencionados, tem-se a efetivação do direito ao contraditório e a ampla-defesa. Esses artigos reafirmam o que a Constituição já assegura, dando ao Código cada vez mais, esse ar democrático. Conforme explica Celso Ribeiro Bastos (1995, p. 208)

“O processo, no mundo moderno, é manifestação de um direito da pessoa humana. Por esta razão, as Constituições se interessam por discipliná-lo, a fim de impedir que leis mal elaboradas possam levar à sua desnaturação, com o conseqüente prejuízo dos direitos subjetivos que deve amparar. O grande processualista Couture fala mesmo em uma tutela constitucional do processo e que tem o seguinte conteúdo: a existência de um processo contemplado na própria Constituição. Em seguida, a lei deve instituir este processo, ficando-lhe vedada qualquer forma que torne ilusória a garantia materializada na Constituição.”

“Art. 11º Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.”

O CPC nesse artigo assegura o direito de acesso aos atos do processo, ressalvados os casos que necessitem de sigilo de justiça. Resguardando o princípio da Publicidade garantido pela Constituição Federal.

Assegura assim a justiça no caso concreto, pois ao requerer que o Judiciário motive as decisões, assegura que o juízo não poderá ser feito baseado em convicções esparsas ao processo. E sim, deve basear-se no processo, nos autos, nas provas etc.

Essa proteção a justiça no caso concreto acarretada pela motivação do judiciário, ajuda diretamente no controle do ativismo judicial, pois o juiz precisa de acordo com a Constituição Federal, e com o Processo Civil, motivar suas decisões dentro do processo.

“Art. 12º 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)”

O código atual traz em seu bojo uma inovação que muitos temiam, a ordem cronológica, porém vertido pela razoável duração do processo se fez necessário dar uma interpretação à esse dispositivo, a fim de não causar prejuízos a certas demandas.Transformando assim a regra cronológica em uma preferência.

Esses 12 artigos elencados, mostram a constitucionalização positivada do processo mas esse efeito requer mais do que apenas um direito positivado que assegure os direitos, mas também o auxílio de todos os envolvidos no processo, para real efetivação dessa primazia proteção. Desde o juiz até as partes, estão elencados no roll de colaboradores para essa efetivação.

É possível também observar a ramificação desta constitucionalização em três moldes. Ou seja, é possível colocar três momentos distintos em que a Constituição é a vertente do processo.

Inicialmente, tem-se a constitucionalização das normas desde o seu nascimento. Ou seja, é preciso que as normas estejam de acordo com a Constituição desde o seu berço. Assim o legislador para criar uma norma processual precisa observar de antemão a Constituição, verificando se não restarão vícios, ou inconsistências entre as duas normas.

Segundo Karl Larenz: *“Como as normas constitucionais precedem em hierarquia todas as demais normas jurídicas, uma disposição da legislação ordinária que esteja em contradição com um princípio constitucional é inválida.”* (Metodologia da Ciência do Direito. 1983, p. 410).

Portanto o legislador fica condicionado a efetivar e potencializar os dispostos na Constituição, com intenção de buscar a harmonia do processo civil. Não só criando normas constitucionalizadas, mas também aperfeiçoando as já existentes.

Ademais, é necessário que haja também a constitucionalização da interpretação das normas. Renascendo no processo a axiologia jurídica, de maneira com que o processo civil, seja visto pelas lentes da Constituição. Mesmo que para isso seja necessário agregar uma interpretação distinta daquilo que é proposto.

Conforme explica Canotilho, *"no caso de normas polissêmicas ou plurisignificativas, deve-se dar preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição."*

Cabendo ao intérprete, o puro e simples olhar do direito. Ou seja, ele deve olhar a justiça no caso concreto, observando as normas de acordo com a Constituição, assegurando que todas as normas, princípios e direitos sejam resguardados também pelo Processo Civil.

Funciona assim também, quando o tema é a aplicação das normas. Pois o Poder Judiciário pode, de acordo com o neoprocessualismo, dar uma nova interpretação a norma, com intuito de garantir a seguridade dos preceitos constitucionais.

Entretanto essa decisão, por mais que haja legitimidade, deve ser motivada, e não pode padecer de vícios, sendo indispensável que os motivos principais para tal interpretação seja assegurar direitos constitucionais.

Pode-se verificar assim, que o Processo está vertido pelos direitos constitucionais, desde o início até o fim. Não cabendo brechas para interpretações conflitantes com a Carta Magna

5 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS EFEITOS DO CÓDIGO CIVIL NO PROCESSO CONSTITUCIONAL

Ao comparar a essência do Código de Processo Civil de 1973 e do Código de Processo Civil de 2015, pode-se enxergar concepções diferentes acerca da Constituição Federal no âmbito do direito infraconstitucional processual.

Mas é preciso que haja respeito ao Código de Processo Civil antigo, que vigorou por cerca de 40 anos, ajudando o Direito de maneira geral, sendo aplicado no caso concreto pelo decorrer de todos esses anos.

O Código antigo traz uma ideia de independência entre a Constituição e o Código, não trazendo a ligação direta do Código com as premissas constitucionais. O processo assim seria um mero instrumento usado pelos litigantes.

Ou seja, era como se o Código de Processo Civil, fosse uma esfera a parte da Constituição. E que deveria ser regido por ele próprio, conforme prevê o art. 1º do CPC/1973 *“a jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece”*

Assim o antigo CPC se mostrava extremamente individualista, possuía um viés liberal. Portanto acaba por ignorar alguns direitos e interesses coletivos. Mas conforme conclui Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, visto que o código nasce no seio de uma ditadura militar, tal fato não é impressionante:

“o Código Buzaid nasceu no âmbito de uma ditadura militar, de um sistema político que tinha pretensões de estabelecer, na esteira do ensinamento de Hobbes, a calculabilidade das ações, finalidade também de interesse do capitalismo selvagem que então se instalou no Brasil, em que a previsibilidade contribui em larga medida para diminuir os riscos econômicos”

Em 1994 houveram minirreformas com intuito de adaptar o texto do Código de 1973. A tentativa de adequar o Código aos princípios, regras e direitos fundamentais previsto na Constituição Federal promulgada após o Código.

Mas essas mudanças e algumas outras na alterações legislativas acabaram desfigurando e dificultando a aplicação e compreensão do Código de 1973. E assim foi até ruir, que foi quando iniciou-se a falta de coesão entre as normas processuais.

Por outro lado, há o Código de Processo Civil, lei 13.105 de 16 de março de 2015, que vem trazer uma inovação na junção entre Constituição e o Direito Processual. A nova proposta traz em seu bojo, direitos fundamentais do processo, que estão tangidos por uma proteção implícita ou explícita também da Constituição Federal de 1988.

Pois assim como as outras ciências do Direito, o Processo Civil, teve que se moldar em consonância com a Constituição Federal. Para tanto seu ordenamento e normatividade estão sendo vistos de antemão pela ótica constitucional, devido o neoprocessualismo e a natural supremacia da Constituição.

A Constituição em pouco tempo se tornou o centro de todo um ordenamento jurídico brasileiro, conforme Luis Roberto Barroso (2007):

“Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado.”

O objetivo de efetivar os direitos e garantias do Processo, com o Código de Processo Civil, está sendo alcançado. É possível observar assim, uma tutela jurisdicional mais preocupada com a efetiva justiça. Uma jurisdição que busca de fato o direito material e que para isso está usando de diversos meios.

Desde a criação de normas, a sua interpretação e até mesmo a aplicação. Em todo o processo está sendo evidenciadas as diretrizes constitucionais do direito brasileiro. Tornando o processo mais célere, justo e igualitário. Tangenciado primeiramente pelos direitos do cidadão que busca a tutela do Estado.

O Código de Processo Civil de 2015 disciplina, quase que parafraseando a Constituição Federal de 1988, princípios como: inafastabilidade da jurisdição, duração razoável do processo, isonomia processual, contraditório, ampla-defesa, publicidade, motivação, dignidade da pessoa humana, razoabilidade, legalidade e cooperação.

Visto o que foi explanado no artigo, é possível declarar que o processo civil se tornou um mecanismo muito eficiente para a aplicação dos direitos fundamentais.

Em especial a dignidade da pessoa humana, pois ao aplicar princípios básicos do processo o legislador garantirá as partes do processo a efetivação dos direitos fundamentais.

Assim recorda-se de Aroldo Plínio Gonçalves (1997)

“Nem a tecnologia, nem a boa formação de juízes e advogados, sozinhas, são aptas a debelar a morosidade da Justiça, propiciando sua celeridade em direção à melhor solução das demandas. Elas não serão suficientes sem o acréscimo daquela sensibilidade especial que se deseja do magistrado e que o capacita a compreender que quem procura o Judiciário, geralmente, o faz como recurso extremo, quando todas as vias extrajudiciais se frustraram na busca da solução do conflito. Quem recorre à Justiça tem pressa e não pode esperar indefinidamente a solução judicial de seu pedido, não pode ser privado do direito de ver a sua causa decidida.”

Conforme o Presidente da Comissão de Juristas *encarregados* dessa mudança legislativa, que para alguns pode ser considerada a maior desde a Constituição de 1988, o Ministro Luiz Fux salienta que essa mudança era necessária a muito tempo e cita: "*William Shakespeare, dramaturgo inglês, legou-nos a lição de que o tempo é muito lento para os que esperam e muito rápido para os que têm medo*".

Portanto esse marco legislativo, que é a lei 13.105 de 2015, mostra-se cada vez mais importante no cenário jurídico brasileiro. Visto que nasceu no intuito de facilitar o processo, assegurar direitos e ser um instrumento democrático.

REFERÊNCIAS

DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 5.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 1987, p. 240

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito - O triunfo tardio do Direito constitucional no Brasil. *Revista eletrônica sobre a reforma do Estado*, Salvador: Instituto brasileiro de Direito Público, 2007. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 06 de fevereiro de 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. vol. I. 16 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 8-9

JOBIN, Marco Félix. *As fases metodológicas do processo*. Disponível em: <<http://www.reajdd.com.br/artigos/ed8-7.pdf>> Acesso 06 de fevereiro de 2017.

NOBRÉGA, Guilherme Pupe da. *As normas fundamentais do processo civil no CPC/15 – Primeira parte*. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI230826,71043-As+normas+fundamentais+do+processo+civil+no+CPC15+Primeira+parte>> Acesso em 08 de fevereiro de 2017.

KOPLIN, Klaus Cohen. *O NOVO CPC E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS. UMA VISÃO GERAL, COM DESTAQUE PARA O DIREITO AO CONTRADITÓRIO*. Disponível em: <http://www.academia.edu/11854909/O_novo_CPC_e_os_direitos_fundamentais_processuais> Acesso 09 de fevereiro de 2017.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. "A garantia do contraditório" in *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2. ed., 2003, pp. 227/243

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. Processo Civil e Direitos Humanos. Disponível em <http://www.iptan.edu.br/publicacoes/saberes_interdisciplinares/pdf/revista09/ARTIGO_PROCESSO_CIVIL_E_DIREITOS_FUNDAMENTAIS.pdf> Acesso em: 10 de fevereiro de 2017.

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

TARTUCE, Flávio. O Novo CPC e o Direito Civil: São Paulo: Editora Método. 2015 p. 38

Código de Processo Civil. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acessado em 12 de fevereiro de 2017.

O MODELO *HOUSING FIRST*: UMA ABORDAGEM INOVADORA PARA A SOLUÇÃO DO PROBLEMA DA MORADIA

CAMILLA ROCHA DE PAULA: Pós-graduanda e advogada. Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN.

RESUMO: O presente trabalho pretende analisar a crise relacionada à falta de moradia como causa fundamental da pobreza e do desemprego vivenciado no Brasil. Objetiva-se abordar o modelo "*housing first*" como uma das políticas públicas para sanar a referida problemática.

Palavras-chave: Moradia. Pobreza. Políticas Públicas. Brasil. "*Housing first*".

INTRODUÇÃO

O modelo *Housing First* é uma abordagem inovadora para lidar com a crise de moradia em todo o mundo. Criado na década de 1990 nos Estados Unidos, o esse projeto defende que o acesso à moradia é um direito humano básico e que a falta de moradia é um sintoma da pobreza, da exclusão social e da discriminação. O projeto busca fornecer moradia imediatamente para pessoas sem teto e, em seguida, fornecer serviços de apoio para ajudar a manter a moradia e lidar com outras questões, como saúde mental, vícios e desemprego.

No Brasil, a violação sistemática ao direito à moradia alcança gravemente a população mais vulnerável. O crescente aumento da população em situação de rua é alarmante. Além disso, o contexto da pandemia do COVID-19, junto aos despejos forçados, agravou ainda mais a situação do país.

O direito à moradia é um direito humano fundamental reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como por outros tratados e convenções internacionais de direitos humanos. O referido direito pode ser entendido como a prerrogativa que possui toda pessoa de viver em segurança, paz e dignidade em um lugar para o qual tenha acesso a serviços e comodidades básicas.

Embora o direito à moradia seja reconhecido internacionalmente como um direito humano fundamental, a realidade é que muitas pessoas em todo o mundo ainda lutam para obter acesso a moradia adequada. O Brasil, em específico, enfrenta uma crise já antiga quanto à falta de moradia digna, com milhões de pessoas em situação de rua ou vivendo em condições precárias, como favelas, cortiços e acampamentos.

O direito à moradia não se limita apenas a ter um teto sobre a cabeça, mas também inclui o acesso a serviços básicos, como água, saneamento, eletricidade, transporte, saúde e educação. Por isso, está intimamente ligado ao direito à cidade. Além disso, o direito à moradia também envolve a proteção contra a discriminação com base em raça, etnia, gênero, orientação sexual, idade ou deficiência.

É importante salientar que o direito em tela é essencial não apenas para garantir a dignidade humana, mas também para o desenvolvimento econômico e social de uma nação. A falta de moradia adequada pode levar a problemas de saúde, baixo desempenho escolar e baixa produtividade no trabalho. Ainda, a falta de moradia digna pode levar a uma maior incidência de crimes e violência.

Para garantir o direito à moradia para todas as pessoas, os governos devem adotar políticas e estratégias que promovam a moradia adequada e acessível. Isso pode incluir medidas como programas de habitação social, subsídios de aluguel, incentivos fiscais para desenvolvedores de moradias acessíveis e regulação do mercado imobiliário para evitar a especulação de preços.

No mais, é importante que os governos adotem uma abordagem de direitos humanos na política habitacional, envolvendo a participação das comunidades e das pessoas afetadas pela falta de moradia nas decisões que afetam suas vidas. Também é importante garantir que as políticas de moradia sejam sensíveis às necessidades específicas de grupos vulneráveis, como mulheres, crianças, idosos, pessoas com deficiência e pessoas em situação de rua.

Nesse sentido, o modelo *housing first* oferece moradia imediatamente, sem pré-requisitos, ao contrário do modelo tradicional de serviços de moradia que exige que as pessoas passem por uma série de etapas para obter tal direito, como se inscrever em programas de assistência social, participar de programas de reabilitação e treinamento para conseguir um emprego.

1) O Direito à moradia na Constituição Federal

O direito à moradia é um direito constitucionalmente garantido no Brasil. A Constituição Federal Brasileira de 1988 estabelece, em seu artigo 6º, que o direito à moradia é um dos direitos sociais que o Estado tem o dever de promover.

Já o artigo 182 da Constituição estabelece que a política de desenvolvimento urbano deve garantir o direito à moradia adequada, com a regularização fundiária e o combate à especulação imobiliária. Mais a frente, o artigo 183 estabelece que a

propriedade urbana deve cumprir sua função social, que inclui a garantia do direito à moradia.

A Lei Federal nº 11.977, de 2009, que instituiu o Programa Minha Casa Minha Vida, também estabelece o direito à moradia adequada como um dos objetivos do programa. O programa tem como objetivo fornecer moradia para famílias de baixa renda, com subsídios do governo federal.

Além disso, o Estatuto da Cidade, Lei Federal nº 10.257/2001, estabelece diretrizes para a política urbana, incluindo a garantia do direito à moradia adequada, com a promoção de programas de habitação de interesse social, regularização fundiária e combate à especulação imobiliária.

No âmbito dos estados e municípios, também existem leis e políticas específicas para garantir o direito à moradia. Alguns exemplos incluem programas de habitação social, regularização fundiária, concessão de subsídios para a construção ou aquisição de moradias e políticas de combate à remoção forçada de moradias.

Apesar de todos esses dispositivos legais que garantem o direito à moradia, ainda há uma grande parcela da população brasileira que vive em situação precária de moradia, em favelas, cortiços, ocupações irregulares e áreas de risco. Por isso, é importante que o Estado continue a promover políticas e programas que garantam o direito à moradia adequada para todas as pessoas, especialmente as mais vulneráveis.

2) População em situação de rua no Brasil

A população em situação de rua no Brasil é uma questão social complexa e desafiadora. Dados do censo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2010 apontam que existem cerca de 101.854 pessoas em situação de rua no país, mas estima-se que esse número possa chegar a 220 mil pessoas atualmente.

Os motivos que levam uma pessoa a viver nas ruas são variados e incluem, dentre outros fatores, a perda do emprego, a falta de moradia adequada, problemas de saúde mental, dependência química, violência doméstica e abandono familiar.

Além das dificuldades enfrentadas no dia a dia, as pessoas em situação de rua sofrem com a invisibilidade social e a falta de políticas públicas adequadas para atender suas demandas. O acesso a serviços básicos, como alimentação, saúde e higiene pessoal, muitas vezes é precário, e a violência e a discriminação são frequentes.

O Estado brasileiro tem a obrigação de garantir os direitos dessa população, de acordo com as diretrizes estabelecidas pela Política Nacional para a População em Situação de Rua, instituída em 2009. Essa política estabelece a necessidade de promover o acesso à

moradia digna, ao trabalho e à renda, à educação, à saúde, à assistência social e à segurança pública para as pessoas em situação de rua.

No entanto, a implantação efetiva dessas diretrizes ainda é um desafio, e muitas vezes a política é apenas uma letra morta no papel. A falta de recursos e de vontade política dos governantes muitas vezes dificulta a adoção de ações concretas para a melhoria das condições de vida da população em situação de rua.

Por isso, é fundamental que a sociedade como um todo se envolva nessa luta pelos direitos da população em situação de rua, apoiando iniciativas de organizações não-governamentais e pressionando as autoridades a adotar políticas públicas efetivas para combater esse problema social. Somente assim poderemos garantir que as pessoas em situação de rua sejam tratadas com a dignidade e o respeito que merecem como cidadãos brasileiros.

3) A problemática dos despejos forçados

Os despejos forçados são um problema recorrente no Brasil e afetam principalmente as populações mais vulneráveis, como os moradores de ocupações irregulares, favelas e áreas de risco. Esse tipo de ação pode ser considerado ilegal, pois viola o direito à moradia e à propriedade, além de expor as pessoas a situações de vulnerabilidade social.

O problema se agrava quando se considera que muitos despejos ocorrem sem o cumprimento dos procedimentos legais necessários, como a notificação prévia aos moradores e a garantia de acesso a recursos jurídicos para defesa dos seus direitos.

Os despejos forçados não só ferem os direitos humanos como também podem acarretar em graves consequências para a saúde e segurança dos moradores. As famílias que são removidas de suas casas muitas vezes são obrigadas a viver em situações precárias de moradia, sem acesso a serviços básicos como água, luz e saneamento. Além disso, o deslocamento forçado muitas vezes acarreta na perda do trabalho e do acesso a serviços públicos, como escolas e hospitais.

Para combater essa problemática, é necessário um conjunto de medidas que garantam a segurança jurídica e habitacional das famílias. É preciso garantir o acesso à terra e à moradia digna para a população, por meio da adoção de políticas públicas que promovam a regularização fundiária e a criação de moradias populares.

Outra medida importante é a garantia de acesso à justiça, para que as pessoas possam se defender legalmente de despejos ilegais e terem seus direitos garantidos. Além

disso, é fundamental a articulação entre movimentos sociais, organizações não-governamentais e poder público para a construção de soluções sustentáveis e integradas para a questão habitacional no país.

Em resumo, os despejos forçados representam um grave problema social no Brasil, que viola direitos humanos fundamentais e expõe a população mais vulnerável a condições precárias de vida. É necessário o fortalecimento das políticas públicas para a garantia do direito à moradia digna e a luta contra a ilegalidade dos despejos forçados.

4) A suspensão dos despejos forçados durante a pandemia de COVID-19

A pandemia de COVID-19 afetou todas as esferas da vida, incluindo a moradia. Em muitos países, as medidas de isolamento social e o fechamento de empresas levaram a um aumento do desemprego e à redução da renda das famílias. Como resultado, muitos inquilinos e ocupantes de imóveis ficaram incapazes de pagar seus aluguéis ou dívidas de moradia, o que aumentou a ameaça de despejo forçado.

No Brasil, o problema dos despejos forçados já era grave antes da pandemia. No entanto, durante a crise sanitária, a situação se agravou e muitas famílias correram o risco de serem expulsas de suas casas. Diante disso, em março de 2020, o Congresso Nacional aprovou a Lei 14.010/2020, que suspendeu temporariamente os despejos forçados em todo o país, como medida emergencial para evitar a disseminação do vírus e proteger a população vulnerável.

A lei, que entrou em vigor em 20 de junho de 2020, prevê que os despejos só podem ser realizados em casos de necessidade urgente, como risco iminente à vida ou à integridade física dos moradores, e desde que haja decisão judicial fundamentada. Além disso, a lei prevê que as ações de despejo ajuizadas durante o período de vigência da lei ficam suspensas por 60 dias a partir de sua entrada em vigor.

Essa medida emergencial foi fundamental para proteger as pessoas mais vulneráveis, principalmente as que vivem em favelas e ocupações precárias, que muitas vezes não têm condições de cumprir com as obrigações de pagamento do aluguel ou das prestações da casa própria. A suspensão dos despejos forçados permitiu que muitas famílias pudessem permanecer em suas casas e se protegerem do vírus.

No entanto, a suspensão dos despejos forçados é uma medida temporária e emergencial, e não resolve o problema de fundo da falta de acesso à moradia digna no país. É necessário investir em políticas públicas de habitação e regularização fundiária para garantir o direito à moradia para toda a população brasileira, especialmente a mais vulnerável.

4) O modelo housing first no Brasil e sua efetividade

O modelo "*Housing First*" tem sido desenvolvido em vários países, incluindo Canadá, Austrália, Dinamarca e Finlândia, e vem recebendo elogios por suas realizações. Por exemplo, em 2008, a cidade de Calgary, no Canadá, executou o modelo *Housing First* e viu uma redução de 23% no número de pessoas sem-teto em apenas dois anos.

Embora o presente modelo tenha sido desenvolvido em países do hemisfério norte, ele também vem sendo aplicado no Brasil. A primeira iniciativa de concretização desse modelo no país foi realizada em 2017, na cidade de Porto Alegre, em parceria com o governo municipal e organizações da sociedade civil.

O projeto, chamado de "*Housing First* Porto Alegre", teve como objetivo oferecer moradia permanente a pessoas em situação de rua, acompanhada de serviços de apoio para ajudá-las a se estabilizarem em suas novas casas. Foram selecionadas 20 pessoas para participarem do projeto e foram disponibilizados apartamentos mobiliados e equipados para cada uma delas, em bairros da cidade.

Além da moradia, os participantes receberam serviços de apoio individualizados, como saúde mental, serviços sociais, educação e treinamento de emprego. O projeto foi bem sucedido e resultou em uma redução significativa no número de pessoas em situação de rua na cidade.

Desde então, outras iniciativas inspiradas no modelo *Housing First* têm sido desenvolvidas em diferentes partes do Brasil, com destaque para os estados de São Paulo, Minas Gerais e Paraná. Essas iniciativas são realizadas em parceria com governos municipais, organizações da sociedade civil e instituições de ensino superior.

No entanto, ainda há desafios a serem enfrentados para a expansão do modelo *Housing First* no país, como a falta de recursos financeiros e a necessidade de maior articulação entre diferentes atores envolvidos na política habitacional. Apesar disso, o modelo em tela tem se mostrado uma alternativa promissora para a garantia do direito à moradia para as pessoas mais vulneráveis e pode contribuir para a construção de políticas públicas mais efetivas e inclusivas no Brasil.

Os defensores do modelo estudado argumentam que a falta de moradia é uma das causas fundamentais da pobreza e do desemprego, e que sem um lugar seguro para viver, as pessoas não podem se concentrar em outras áreas de suas vidas, como procurar emprego, buscar atendimento médico ou se envolver em atividades comunitárias. Ao fornecer moradia imediatamente, o modelo *Housing First* busca fornecer um espaço seguro e estável onde as pessoas possam priorizar outras áreas das suas vidas.

Além disso, o modelo proposto tem se mostrado eficaz ao lidar com as causas subjacentes da falta de moradia. Por exemplo, muitas pessoas sem-teto sofrem de problemas de saúde mental ou vícios. O modelo em análise oferece serviços de suporte para lidar com esses problemas subjacentes, o que pode ajudar as pessoas a manter sua moradia a longo prazo.

Outra vantagem do modelo *Housing First* é a viabilidade econômica. Embora a moradia imediata possa parecer mais cara do que outros modelos de serviços de moradia que exigem etapas intermediárias, o modelo *Housing First* tem mostrado ser economicamente eficiente em longo prazo. A moradia permanente pode reduzir os custos de saúde e justiça criminal associado à falta de moradia. Além disso, o modelo pode ser mais eficiente do ponto de vista econômico porque os serviços de suporte são fornecidos após a moradia ser garantida, e não antes.

CONCLUSÃO

Em resumo, o modelo *Housing First* é uma abordagem inovadora e eficaz para lidar com a crise de moradia em todo o mundo. Ao fornecer moradia imediatamente e serviços de apoio para ajudar as pessoas a manter sua moradia a longo prazo, tal política pública oferece uma solução viável e econômica.

Portanto, como uma política pública, o modelo supracitado consiste em uma abordagem inovadora e promissora para a garantia do direito à moradia no Brasil. Aliado a outras práticas promovidas pelo Estado, representa o potencial de melhorar o problema da falta de moradia no país.

O modelo *Housing First* oferece moradia permanente e imediata para pessoas em situação de rua, acompanhada de serviços de apoio individualizados. Isso ajuda a garantir que essas pessoas tenham um lugar seguro e estável para viver, o que pode ser fundamental para a recuperação de suas vidas. No entanto, é salutar lembrar que esse mecanismo não aborda as causas mais profundas da falta de moradia no país, como a desigualdade econômica e a falta de políticas públicas habitacionais adequadas. O projeto aqui estudado tem o condão de remediar uma problemática social, mas não atua no sentido de prevenir tais questões.

A moradia é um direito de todos. A promoção de políticas públicas, a exemplo do modelo *Housing first*, destinado ao atendimento especial da população mais vulnerabilizada, representa uma das formas do Estado promover a prestação positiva dos direitos fundamentais sociais garantidos à todos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.**

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 19 abr. 2023.

BRASIL. Lei Federal nº 11.977 de 07 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 08 jul. 2009.

BRASIL. Lei 14.010 de 10 de junho de 2020. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). **Diário Oficial da União**, 12 jun. 2020.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania. **Moradia Primeiro**. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/populacao-em-situacao-de-rua/acoes-e-programas/moradia-primeiro>. Acesso em: 07 maio 2023.

CARVALHO, Adriana Pinheiro; FURTADO, Juarez Pereira. Fatores contextuais e implantação da intervenção Housing First: uma revisão da literatura. **Ciênc. saúde coletiva**, v. 27, n. 1, jan. 2022. Disponível: <https://www.scielo.br/j/csc/a/yv3qLSCZCvBQxZkCCXyn88s/>. Acesso em: 8 maio 2023.

FITZPATRICK, S.; PLEACE, N. **Housing First in England**: An evaluation of nine services. Manchester: Crisis, 2019.

GAETZ, S., SCOTT, F.; GULLIVER, T. **Housing First in Canada**: Supporting Communities to End Homelessness. Toronto: Canadian Homelessness Research Network Press, 2013.

GAÍVA, M. A. M.; PADILHA, J. S. Housing First: uma revisão sistemática da literatura. **Revista Psicologia**: Teoria e Prática, v. 19, n. 1, p. 69-82, 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Censo 2010**: população do Brasil é de 190.732.694 pessoas. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?busca=1&id=3&idnoticia=1766&t=censo-2010-populacao-brasil-190-732-694-pessoas&view=noticia#:~:text=Ap%C3%B3s%20cerca%20de%20quatro%20meses,de%20agosto%2C%20data%20de%20refer%C3%Aancia>.

MATEUS, M. D.; FERREIRA, M. A. F. Housing First: Uma revisão sistemática de estudos internacionais e sua aplicação no Brasil. **Revista Brasileira de Terapias Cognitivas**, v. 17,

n. 2, p. 158-172, 2021.

MENDES, A. M. **A experiência do modelo Housing First em Belo Horizonte-MG**. 2019. Tese (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019.

TSEMBERIS, S. **Housing First: The Pathways Model to End Homelessness for People with Mental Illness and Addiction**. Minnesota: Hazelden Publishing, 2010.

A ORIGEM DA CRIMINALIZAÇÃO DA MACONHA NO BRASIL E SEUS REFLEXOS NO SISTEMA CARCERÁRIO ATUAL

HELOISA DE ANGIOLIS CARNEIRO:

Bacharelada no Curso de Direito do Centro Universitário de ensino Superior do Amazonas – CIESA

SOLANGE ALMEIDA HOLANDA SILVIO

(orientadora)

RESUMO: A pesquisa busca demonstrar a Origem da Criminalização da Maconha no Brasil e Seus Reflexos no Sistema Carcerário Atual, tendo como objetivo geral: demonstrar quão negativamente a criminalização da maconha vem impactando o Sistema Carcerário Brasileiro; e como objetivos específicos: contextualizar sucintamente a história da maconha no Brasil; relacionar o racismo estrutural com a criminalização da maconha e alguns dos reflexos gerados pela criminalização da maconha no sistema carcerário. A hipótese defendida é de que com a criminalização do uso da maconha, o Sistema Carcerário brasileiro passou a enfrentar com maior intensidade problemas estruturais como os de superlotação e falta de recursos para investir na ressocialização dos detentos condenados por porte e tráfico de maconha, dentre outros e que por apresentar-se como uma matéria polêmica ante a sociedade, já se percebe certo posicionamento do Supremo Tribunal Federal – STF quanto a uma possível descriminalização da maconha para uso próprio. A pesquisa foi desenvolvida adotando-se o método de abordagem o hipotético-dedutivo, utilizando a pesquisa bibliográfica baseada em fontes primárias e secundárias, e o método de abordagem qualitativa, visando de responder a seguinte questão problemática: A criminalização da maconha no Brasil trouxe reflexos negativos para o Sistema Carcerário atual? Ao final da pesquisa infere-se que a criminalização do uso da maconha de forma “generalizada”, acaba por fortalecer o crime organizado, tendo em vista que pelos reflexos de superlotação no sistema carcerário do país, impossibilita o Estado de atuar em seus objetivos de ressocialização dos presos e posterior reinserção dos mesmos, ao convívio digno em sociedade. Assim, percebemos que a violência consequente de falta de políticas públicas adequadas em relação ao uso da cannabis para uso pessoal, culmina em grandes prejuízos sociais, tais como na elevação da violência de modo geral.

Palavras-Chaves: Criminalização; Maconha; Reflexos; Sistema Carcerário Atual.

THE ORIGIN OF THE CRIMINALIZATION OF MARIHUANA IN BRAZIL AND ITS REFLECTIONS ON THE CURRENT PRISON SYSTEM

ABSTRACT: The research seeks to demonstrate the Origin of Marijuana Criminalization in Brazil and Its Reflections in the Current Prison System, with the general objective: to demonstrate how negatively the criminalization of marijuana has been impacting the Brazilian Prison System; and as specific objectives: succinctly contextualize the history of marijuana in Brazil; to relate structural racism with the criminalization of marijuana and some of the consequences generated by the criminalization of marijuana in the prison system. The hypothesis defended is that with the criminalization of marijuana use, the Brazilian Prison System began to face with greater intensity structural problems such as overcrowding and lack of resources to invest in the resocialization of inmates convicted of marijuana possession and trafficking, among others. and that by presenting itself as a controversial matter before society, it is already possible to perceive a certain position of the Federal Supreme Court - STF regarding a possible decriminalization of marijuana for personal use. The research was developed adopting the hypothetical-deductive approach method, using bibliographical research based on primary and secondary sources, and the qualitative approach method, aiming to answer the following problematic question: The criminalization of marijuana in Brazil brought consequences negative for the current Prison System? At the end of the research, it is inferred that the criminalization of the use of marijuana in a "generalized" way, ends up strengthening organized crime, given that, due to the effects of overcrowding in the country's prison system, it makes it impossible for the State to act in its objectives of rehabilitation of prisoners and subsequent reinsertion of the same, to live with dignity in society. Thus, we perceive that the violence resulting from the lack of adequate public policies regarding the use of cannabis for personal use, culminates in great social harm, such as the increase in violence in general.

Keywords: Criminalization: Marihuana; Reflexes; Current Prison System.

INTRODUÇÃO

No atual cenário social, cultural e da segurança pública brasileira, verificamos que casos de delitos relacionados ao uso de drogas, vem aumentando significativamente e, conseqüentemente, contribuindo para o crescimento das desigualdades sociais e diversos outros problemas sociais estruturais.

Dentre as drogas mais usadas, destacamos a maconha, cujos registros demonstram que seu uso remonta o período da colonização do Brasil (1.500), onde a planta já era utilizada pelos negros escravizados trazidos do continente africano, e

posteriormente, com o avançar dos séculos, passou a ser consumida por diversos outros indivíduos de raças e classes sociais diferentes.

A planta, era utilizada principalmente no fumo, porém, apresenta derivados que na época do Império, que também eram empregados na construção naval, como no caso do cânhamo, bem como, empregada em usos medicinais e curativos.

Nesse sentido, despertou-se o interesse pela pesquisa da temática sobre a origem da criminalização da maconha no Brasil e seus reflexos no Sistema Carcerário atual. Para tanto, ante a necessidade de realizar a investigação científica, busca-se responder a seguinte problemática: A criminalização da maconha no Brasil trouxe reflexos negativos para o Sistema Carcerário atual?

Percebe-se que os malefícios gerados pela atual política de combate às drogas superam os benefícios em se considerando os reflexos sociais. Presídios superlotados, aumento da violência e da discriminação, são apenas algumas das inúmeras consequências do sistema criminalizador e repressor que também é responsável por produzir um elevado custo para sociedade e para o Estado brasileiro.

Dados apurados pela Fundação Osvaldo Cruz no ano de 2019 apontam que “a substância ilícita mais consumida no Brasil é a maconha: 7,7% dos brasileiros de 12 a 65 anos já a usaram ao menos uma vez na vida” (KRAPP, 2019). A repressão e a criminalização de seu consumo produzem efeitos mais negativos sobre o coletivo, sobretudo, nas comunidades mais pobres do que aquelas produzidas pelos entorpecentes sobre os seus usuários.

Assim, como objetivo geral da pesquisa busca-se: demonstrar quão negativamente a criminalização da maconha vem impactando o Sistema Carcerário Brasileiro; e assim, para alcançar tal propósito, foram estabelecidos os seguintes objetivos específicos: contextualizar sucintamente a história da maconha no Brasil; relacionar o racismo estrutural com a criminalização da maconha e alguns dos reflexos gerados pela criminalização da maconha no sistema carcerário.

A pesquisa será desenvolvida por meio do método de abordagem o hipotético-dedutivo, utilizando a pesquisa bibliográfica baseada em fontes primárias e secundárias, adotando-se o método de abordagem qualitativa.

A hipótese defendida é de que com a criminalização do uso da maconha, o Sistema Carcerário brasileiro passou a enfrentar com maior intensidade problemas

estruturais como os de superlotação e falta de recursos para investir na ressocialização dos detentos condenados por porte e tráfico de maconha, dentre outros e que por apresentar-se como uma matéria polêmica ante a sociedade, já se percebe certo posicionamento do Supremo Tribunal Federal – STF quanto a uma possível descriminalização para uso próprio.

A estrutura do trabalho é composta da seguinte forma: 1 Breve Contexto Histórico Sobre a Maconha No Brasil; 2 Racismo Estrutural no Brasil e Criminalização da Maconha - Lei Criminalizadora; 2.1 Racismo Estrutural no Brasil; 2.2 Intensificação da Repressão ao Uso da Maconha no Brasil: Histórico Legal; 3 A Criminalização da Maconha, Seus Reflexos no Sistema Carcerário Brasileiro na Atualidade e Possíveis Soluções à Luz do Direito Comparado; 3.1 Ausência de Critérios Objetivos e as Consequências da Criminalização da Maconha; 3.2 Uma Janela Para o Mundo.

Com a presente pesquisa pretende-se contribuir à comunidade científica a aos futuros operadores do Direito aprofundarem seus conhecimentos quanto as reflexos sociais negativos que a criminalização da maconha ocasiona em nosso sistema carcerário, quando tratado de forma genérica, sem considerar as particularidades de cada caso, urgindo assim a necessidade de análises individualizadas de cada caso em concreto para o enquadramento, absorção ou mesmo punição, se necessário, pois desta forma, os reflexos de superlotação e gastos do Estado com o sistema carcerário brasileiro poderiam ser minimizados e melhor humanizados àqueles que realmente precisariam pagar pelos crimes cometidos de forma digna, garantindo-se assim seus direitos constitucionais e a ordem do sistema e da sociedade.

1 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO SOBRE A MACONHA NO BRASIL

Vendida legalmente em farmácias no Rio de Janeiro antigo, a maconha, foi cultivada desde o tempo do Império no Brasil, com finalidades de uso cultural, industrial, curativo e místico; porém, com o passar dos anos, passou a ser considerada uma droga proibida, com objetivo principal de criminalizar negros e pobres.

A planta descrita por Lineu em 1753 sob o nome de Cannabis sativa L. tem aplicações milenares e muitos sinônimos, dos quais utilizo prioritariamente o termo “maconha” (CAVALCANTI, 1998, apud BRANDÃO, 2013, p. 703).

A história conta que as primeiras sementes de maconha chegaram no país em 1.549, através dos negros escravizados, os quais traziam-nas escondidas em suas vestes, em seus cabelos ou em objetos pessoais; há, no entanto, relatos de que a planta da maconha era trazida nas caravelas portuguesas desde 1.500, e que as grandes

embarcações náuticas século XV, até mesmo na caravela de Pedro Álvares Cabral, foram usadas fibras vegetais derivadas da maconha, conhecida como “cânhamo”.

Segundo Fonseca (1980) *apud* Coutinho (2020), no século XVIII, a coroa portuguesa passou a preocupar-se com o cultivo maconha no Brasil, no sentido de incentivar e intensificar sua produção, isto em pelos interesses econômicos do Império.

“aos 4 de agosto de 1785 o Vice-Rei (...) enviava carta ao Capitão General e Governador da Capitania de São Paulo (...) recomendando o plantio de cânhamo por ser de interesse da Metrópole (...) remetida a porto de Santos (...) ‘dezesseis sacas com 39 alqueires’ de sementes de maconha...” (Fonseca, 1980 *apud* Coutinho, 2020).

Com o passar dos anos, no âmbito internacional ocorreu a popularização da planta entre intelectuais franceses e médicos ingleses do exército imperial da Índia, passando a *cannabis* a ser considerada um medicamento indicado para muitos males e para uso próprio, como reflexo, no Brasil, o cultivo da maconha teve um grande fortalecimento para fins medicinais, pouco se atentava ao consumo da erva como “droga”, pois esse era realizado pela classe dos menos favorecidos (principalmente pelos negros escravizados) não representando ameaças ou mesmo chegando a chamar a atenção da classe dominante branca e da coroa portuguesa.

“Da fauna e da flora dos Palmares, portanto, os negros retiravam grande parte de seu sustento, azeite, luz, a sua vestimenta, os materiais, com que construíram as suas choças e as cercas de pau a pique com que se fizeram famosos na guerra. E, nos momentos de tristeza, de banzo, de saudade da África, os negros tinham ali á mão a liamba, de cuja inflorescência retiravam a maconha, que pitavam por um cachimbo de barro montão sobre um longo canudo de taquari atravessando uma cabaça de água onde o fumo esfriava. Os holandeses diziam que esses cachimbos eram feitos com os cocos das palmeiras.) Era fumo de Angola, planta que dava sonhos maravilhosos” (CARNEIRO, 1958, p. 48).

O uso da maconha entre os negros, aborrecia mais especificamente seus senhores, os quais preocupavam-se com o rendimento laboral que sofria interferência, reduzindo a produtividade e afetando os resultados econômicos daqueles, isto, porém,

não chegava a ser incomodo as autoridades locais, que não tinham nenhum tipo de preocupação com relação a utilização da erva.

No século IX, mais especificamente no ano de 1.830, o uso e a venda da maconha passaram a ser proibidos por norma estabelecida no Código de Posturas da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, ainda durante o Império. Coutinho (2020), acrescenta que *“cem anos após, a Câmara Municipal estabelecer a proibição da venda e do uso do Pango, na década de 1.930, a maconha continuou a ser citada nos compêndios médicos e catálogos de produtos farmacêuticos”*. Nessa linha, Zuardi (2006, p.154) *apud* Saad (2019, p.87), defende que *“a maconha tem utilidade medicinal no tratamento de diversas enfermidades, sendo usada para dor reumática, constipação intestinal, disfunções do sistema reprodutor feminino, malária e outras desde o segundo milênio a. C.”*

Apesar das citações acerca de sua importante utilidade para tratamentos da saúde, em 1.924, com a II Conferência Internacional do Ópio, realizada em Genebra, onde foram discutidos temas relacionados ao uso da coca e do ópio, além disso, a discussão sobre a proibição da venda e uso da maconha no Brasil foi bastante levantada, principalmente pela classe de médicos psiquiatras e autoridades.

Barros e Peres (2011) lecionam que,

Desde a Proclamação da República (1889) ao início da “Era Vargas” (1930), a criminologia sustentava origens etiológicas para o crime quanto ao uso da maconha. Em outras palavras, referia-se à existência de razões biológicas, atávicas e até climáticas (calor, no caso) para que determinados tipos de pessoas não respeitassem a ordem.

Com o avançar dos séculos, ocorreu a intensificação do uso da planta de forma “proibida” ou mesmo “velada” que se espalhou entre as diversas raças e classes da sociedade brasileira. Tal fator, paulatinamente foi tomando maior espaço nas discussões do Poder Legislativo e Judiciário e na sociedade em geral, o que refletiu na adoção de políticas públicas que fortaleceram a criminalização da maconha no Brasil.

E podemos chegar a considerar que suas proporções de uso tornaram-se infrenes ante a sociedade brasileira, principalmente dentre os jovens, porém, não mais se restringindo a classes de baixa renda, mais atingindo todas as demais classes sociais brasileiras.

2 RACISMO ESTRUTURAL NO BRASIL E CRIMINALIZAÇÃO DA MACONHA - LEI CRIMINALIZADORA

2.1 RACISMO ESTRUTURAL NO BRASIL

Entende-se como racismo estrutural aquele que se encontra inserido em uma sociedade em todas as suas estruturas, sejam: sociais, econômicas, políticas, e que se instala ao longo de seu desenvolvimento, muitas vezes de forma paulatina e sorrateira, não deixando por isso de ser uma forma opressiva de segregamento.

Esse tipo de racismo em geral encontra-se concentrado em raças, porém, estende-se até mesmo a classes sociais, consideradas em geral como as menos favorecidas, ou seja, aquelas nas quais há significativos índices de desigualdades, principalmente a econômica.

No Brasil o racismo estrutural é considerado como tendo origem histórica desde a época de sua colonização, onde instalou-se primordialmente voltado à raça negra, sendo que os negros trazidos da África para servirem de escravos aos brancos em suas propriedades eram o objeto de tal prática ostracista.

Nas palavras de Almeida (2019, p.36),

Por ser processo estrutural, o racismo é também processo histórico. Desse modo, não se pode compreender o racismo apenas como derivação automática dos sistemas econômico e político. A especificidade da dinâmica estrutural do racismo está ligada às peculiaridades de cada formação social.

Ao longo dos séculos, conforme a sociedade brasileira foi se organizando por classes sociais, observamos que o racismo estrutural acabou por se expandir, passando a abranger não somente as raças (negros e indígenas), mas também, passou a atingir os indivíduos que encontram-se classificados na classe social econômica de baixa renda ou abaixo da linha de pobreza, bem como passou a atingir grupos minoritários como os grupos das Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros – LGBTs, os portadores de deficiência, pequenos grupos religiosos e consumidores de maconha.

Delacampagne (1990, p. 85-86) *apud* Guimarães (1995, p.31), leciona que,

O racismo, no sentido moderno do termo, não começa necessariamente quando se fala da superioridade fisiológica ou cultural de uma raça sobre outra; ele começa quando se alia a (pretensa) superioridade cultural direta e mecanicamente dependente da (pretensa) superioridade fisiológica; ou seja, quando um grupo deriva as características culturais de um grupo dado das suas características biológicas. O racismo é a redução do cultural ao biológico, a tentativa de fazer o primeiro depender do segundo. O racismo existe sempre que se pretende explicar um dado status social por uma característica natural.

Assim, ao longo do tempo o racismo estrutural foi ganhando mais força no Brasil, pode-se dizer que os grupos e indivíduos por ele afetados foram organizando-se e buscando perante os Poderes Legislativo e Judiciário a defesa de seu direito de igualdade, o que resultou em conquistas legislativas, jurisprudenciais e de algumas políticas públicas voltadas à temática para alguns dos grupos por ele afetados.

[...] ao observar o racismo estrutural presente na proibição da maconha no Brasil destacamos três pontos: o primeiro, a proibição acentua o encarceramento em massa, pois o principal alvo da — Guerra às drogas é a população negra; segundo, a proibição impede que as classes mais pauperizadas tenham acesso aos tratamentos médicos à base de cannabis sativa, pois trata-se de um tratamento caro; terceiro, as mulheres negras e indígenas foram as primeiras curandeiras, perseguidas e exterminadas e na contemporaneidade representam a parcela mais vulnerável da população, considerando que em uma sociedade patriarcal a responsabilidade do cuidado com a casa e com os filhos recai sobre essas mulheres. Ou seja, sexo, raça e classe estão historicamente relacionados de forma indissociada (ELIAS, 2021, p.15).

Nesse cenário percebemos o racismo estrutural voltou-se fortemente a criminalização da maconha, fazendo com que as autoridades estabelecessem políticas públicas de repressão ao seu cultivo, venda e uso em nosso país. Por outro lado, destacamos o entendimento da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) publicado no ano de 2021, onde os ministros firmaram entendimento de que em casos *“a posse de objeto para cultivar maconha não pode ser enquadrada no Artigo 34 da Lei de*

Drogas, que prevê pena de três a dez anos de reclusão para esse tipo de crime, se o plantio for destinado exclusivamente para o consumo próprio” (BRASIL, 2021).

Assim, constata-se que há uma polêmica relacionada intimamente ao racismo estrutural e a criminalização do plantio, venda e consumo da maconha, então, seguiremos no próximo capítulo com ênfase em sua criminalização ante as controvérsias existentes.

2.2 INTENSIFICAÇÃO DA REPRESSÃO AO USO DA MACONHA NO BRASIL: HISTÓRICO LEGAL

Historicamente a intensificação da repressão do uso da maconha no país apresenta o marco a década de 30, quando vários governantes de Estados brasileiros se uniram para combater mais vigorosamente os usuários da planta, conforme podemos acompanhar na argumentação de Mamede (1945) *apud* Brandão (2013, p. 710):

“De poucos anos a essa parte, ativam-se providencias no sentido de uma luta sem tréguas contra os fumadores de maconha. No Rio de Janeiro, em Pernambuco, Maranhão, Piauí, Alagoas e mais recentemente Bahia, a repressão se vem fazendo, cada vez mais energia e poderá permitir crescer no extermínio do completo vício”.

A participação do Brasil na condenação quanto ao plantio e uso da maconha é confirmada em uma publicação científica brasileira de Lucena (1934), *apud* Carlini (2006) que expressa,

“[...] já dispomos de legislação penal referente aos contraventores, consumidores ou contrabandistas de tóxico. Aludimos a Lei Federal nº 4.296 de 06 de julho de 1921 que menciona o haschich. No Congresso do ópio, da Liga das Nações Pernambuco Filho e Gotuzzo conseguiram a proibição da venda de maconha. Partindo daí deve-se começar por dar cumprimento aos dispositivos do referido Decreto nos casos especiais de fumadores e contrabandistas de maconha”.

Observa-se que antes da década de 30, o combate e apoio à criminalização quanto ao plantio, venda e uso da maconha já vinha ganhando força e apoio de diversos setores da sociedade brasileira, principalmente tomando como modelo as medidas que aconteciam no âmbito internacional.

Segundo Carneiro (2019) *apud* Elias (2021),

[...] a história da maconha no Brasil se manifesta em três dimensões diferentes: a dos usos industriais, a dos usos medicinais e a dos usos como forma de lazer, em contextos clandestinos e de ilicitude e vinculada aos mecanismos de coerção, repressão e controle das camadas populares subalternas, especialmente por um viés racial, evidente no encarceramento e nas vítimas de homicídios.

As primeiras prisões aconteceram no Estado do Rio de Janeiro, em 1933, pessoas negras foram presas em decorrência da venda, e uso da maconha. Em 1938 a planta foi proibida no país através do Decreto - Lei Federal nº 891 do Governo Federal, que contribuiu ao sistema repressor proibicionista regulamentando e definindo as pertinências da Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes (CNFE), criada em 1936 e estabelecendo pena de prisão para condenados por uso, porte ou plantio para consumo pessoal.

A regra que criou a CNFE deu início ao desenvolvimento de muitas outras instituições criadas especificamente para versar assuntos pertinentes ao consumo e comércio de substâncias, que foram chamadas de "entorpecentes". Com isso houve um aumento de delegacias, departamento de polícias, clínicas e outros órgãos.

O Estado passou mais quarenta anos tentando erradicar a cannabis e a controlar os hábitos das pessoas que usavam, sobretudo negros, pobres. Há registros que vários discursos técnicos e científicos foram manipulados para justificar o proibicionismo.

No intuito de saber mais sobre a cannabis e conhecer de fato seus riscos, a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes, em 1959, decidiu organizar uma revisão bibliográfica de todas as análises feitas até o momento no Brasil, não somente as que justificavam a repressão, mas também aquelas que apontavam os benefícios da planta, e encomendou um relatório ao Dr. Décio Parreiras que recebeu um parecer técnico de diversas instituições do país.

Diversos pesquisadores estudaram a maconha de maneira ampla, o trabalho que deu origem ao relatório que seria usado para embasar o posicionamento do Brasil, em 1961, na Convenção Única de Entorpecentes, em Nova York, fez uma densa descrição sobre todas as características existentes na planta, desde a botânica, a farmacológica etc. Ali eles decidiram sobre a proibição internacional da *cannabis*.

Existe uma linha tênue entre um hábito condenável moralmente e vício, e muitas vezes isso é definido por questões políticas ou ideológicas e não baseado em dados científicos. E esse foi o motivo que fez as autoridades brasileiras desconsiderarem os pareceres e sugestões contidos no relatório e ainda exigiu restrições equivalentes as do Ópio.

Em 1964, na Convenção Única de Narcóticos, a maconha passa a constar nas listas I e IV, em seguida, mais uma vez o governo desprezou o relatório e publicou o Decreto Federal nº 54.216, de 27 de agosto de 1964, art 1º, alínea 'b, c e d',

Art. 1º -

"b) O termo "canabis" designa as extremidades floridas ou com o fruto da planta cannabis, qualquer que seja o nome que tenham das quais não foi extraída a resina (com exclusão das sementes e folhas não unidas às extremidades).

c) "Planta de cannabis" é toda planta do gênero cannabis

d) "Resina de cannabis" é a resina separada, em bruto ou purificada, obtida da planta cannabis" (BRASIL, 1964).

Com a história do movimento hippie e demais manifestações culturais, o uso da maconha se intensificou. Em 1960, fumar maconha deixou de ser um hábito apenas de negros e pobres (se é que algum dia esteve limitado somente a esse grupo), para ser um costume crescente entre os ricos, porém, qualquer do povo que falasse sobre os benefícios da maconha ou da legalização, mesmo que não estivesse envolvido com o comércio ou uso da substância, podia ser preso pelo crime de "apologia ao uso de drogas", ainda que fosse um perito no assunto.

Em 1968, surge um Decreto mais rigoroso, punindo penalmente o tráfico e o uso, porém a novidade seria a Lei Federal nº 6.368, de 1976, que dispunha sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso de substâncias entorpecentes:

Art. 16 -

"Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem

autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – Detenção, e 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento e (vinte) a 50 (cinquenta) dias multa” (BRASIL, 1976).

Com advento da “Lei Federal nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006 - Lei de Drogas -” como era chamada, a repressão ao uso da maconha – considerada como droga - aumentou drasticamente e como consequência os consumidores passaram a ser ainda mais marginalizados, sendo submetidos a agressões e abusos piores que antes.

Em seu artigo 28, a Lei de Drogas apresenta o enquadramento dos crimes e das penas de consumo de drogas:

Art. 28 -

“Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (BRASIL, 2006).

Ao analisarmos o caput do artigo 28, constatamos que o legislador não fez distinção entre o traficante e o usuário da droga. Tal conjuntura vem resultando em diversas discussões polêmicas no cenário brasileiro, inclusive por diversos casos já julgados pelo STF, vem sendo desigualados estes graus de envolvimento com as drogas.

Com o voto vista do ministro Edson Facchin, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) retomou nesta quinta-feira (10) o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 635659, com repercussão geral, que discute a constitucionalidade da criminalização do porte de drogas para uso pessoal. O ministro propôs a declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica a aquisição, guarda ou porte de drogas para consumo pessoal, exclusivamente em relação à *cannabis sativa* (maconha). Embora

entenda caber ao Poder Legislativo estabelecer parâmetros para distinguir traficantes de usuários, segundo as quantidades portadas, o ministro considera ser dever do Judiciário atuar até que haja lei preenchendo o vácuo normativo.

O ministro observou que restringiu seu voto à droga objeto do recurso (maconha), pois considera que, em temas de natureza penal, o melhor caminho é o da autocontenção do Tribunal, pois a atuação fora dos limites circunstanciais do caso pode conduzir a intervenções judiciais desproporcionais, seja sob o ponto de vista do regime das liberdades, seja sob o ponto de vista da proteção social insuficiente (STF, 2015).

Há que se considerar ainda sobre a Lei de Drogas que por ela fora eliminada a pena de privativa e liberdade por uso e drogas, substituindo-a por penas alternativas. Por outro lado, aumentou-se o tempo mínimo de prisão para o tráfico de drogas; e, ainda em relação a Lei Federal nº 11.343/06, temos em seu teor a criação do SISNAD - Sistema Nacional de Políticas Públicas, cuja finalidade é não só prescrever medidas preventivas, mas também reprimir o tráfico de drogas.

Art. 3º -

“O SISNAD tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:

I – a prevenção do uso indevido, atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

II – a repressão da produção não autorizada do tráfico ilícito de drogas.

§ 1º Entende-se por SISNAD o conjunto ordenado de princípios, regras, critérios e recursos materiais e humanos que envolvem as políticas, planos, ações e projetos sobre drogas, incluindo-se nele, os Sistemas de Políticas Públicas sobre as Drogas dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

§ 2º O SISNAD atuará em articulação com o Sistema Único de Saúde – SUS, e com o Sistema Único de Assistência Social – SUAS” (BRASIL, 2006).

Nas palavras do então Presidente da Câmara dos Deputados Sr. Marcos Maia, antes da criação da Lei Federal nº 11.343/06, o que imperava era a repressão intensa às drogas sem sequer haver alguma distinção ou tratamento diferenciado entre meros usuários e traficantes. O que prevalecia era que todos eram enquadrados na transgressão e no crime de forma generalizada. Defende o Presidente da Câmara dos Deputados que *“o SISNAD estabelece a diferença entre criminosos e vítimas, entre os que merecem a força da lei e da Justiça e os que têm direito ao tratamento médico, ao apoio psicológico e à assistência social – meios para se recuperar, se reabilitar e se reinserir na sociedade”* (BRASIL, 2006, p.7).

Segundo noticia a Revista Veja (2022), há no Supremo Tribunal Federal uma ação a qual fora protocolada pelo Defensor Público Geral do Estado de São Paulo o qual apresenta o pedido da descriminalização do uso da maconha para consumo pessoal, tema este que já aguarda julgamento da Suprema Corte há quase sete anos.

Em caso seja julgado favorável a descriminalização do uso da maconha, provavelmente a permissão poderá ser estendida, até mesmo por analogia, a outros tipos de entorpecentes em consumo pessoal. Nesse contexto, o que se percebe é que alguns dos ministros, por temor às consequências da liberação, analisam minuciosamente os parâmetros que possam distinguir o consumo do tráfico, para que assim, não parem dúvidas no momento da aplicação da lei.

3 A CRIMINALIZAÇÃO DA MACONHA, SEUS REFLEXOS NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO NA ATUALIDADE E POSSÍVEIS SOLUÇÕES À LUZ DO DIREITO COMPARADO

3.1 AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS E AS CONSEQUÊNCIAS DA CRIMINALIZAÇÃO DA MACONHA

Descriminalizando ou não o porte de maconha para uso pessoal, percebemos que é de extrema relevância que sejam estabelecidos critérios objetivos para que se possa fazer a distinção entre do crime de tráfico e os demais enquadramentos expressos na Lei de Drogas.

É imprescindível regrar a aplicação da lei, não só para evitar que o indivíduo fique à mercê de um julgamento mais severo ou mais brando, como também para que o

indivíduo, a depender de sua culpabilidade, possa ter a redução nos impactos discriminatórios.

Na atualidade é comum observarmos jovens da classe média e classe alta, os quais que residem em bairros “nobres”, serem enquadrados como simples usuários; porém, em comparação com jovens mais vulneráveis, ou seja, àqueles que pertencem a uma classe social de baixa renda ou que se encontram abaixo da linha de pobreza, geralmente moradores de bairros “pobres” ou mesmo moradores de favelas, serem enquadrados como “traficantes”; e de modo geral, quem faz a distinção e enquadramento entre usuário e traficante é a Autoridade Policial no momento da apresentação do indivíduo no posto policial, porém, após a análise minuciosa do Inquérito policial e das provas, cabe ao juiz decidir acerca do crime cometido.

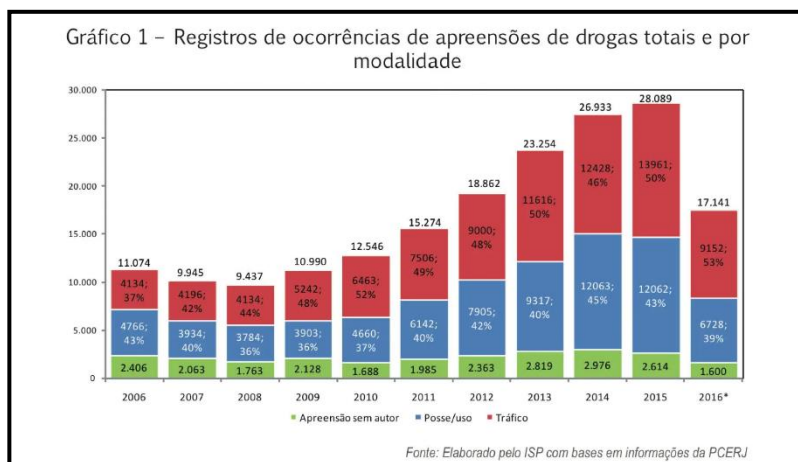
Nesse contexto claramente são percebidos o racismo estrutural e a relação direta da criminalização dos menos “abastados”. Há que se dizer, no entanto que as autoridades devem obedecer ao que a Lei de Drogas expressa no § 2º do art. 28:

Art.28 - §2º -

Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá a natureza e a quantidade da substancia apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente (BRASIL, 2006).

Na temática abordada, em se tratando da criminalização da maconha, embora a lei não estabeleça pena privativa de liberdade para os usuários, é admitida a prisão do indivíduo pela posse da substância, resultando na prisão de milhares de usuários do entorpecente, que a utilizam muitas das vezes com finalidade recreativa.

Imagem 01 – Mais da metade dos presos com maconha no Rio de Janeiro são apenas usuários.



Fonte: SMOKE BUDDIES (2017).

Constata-se que a ausência dos critérios objetivos mais específicos vem gerando como consequência a superlotação carcerária em nosso país, o qual já apresenta graves problemas estruturais há décadas.

Nas palavras de Maria Lúcia Karam, em sua excelente obra “De Crimes, Penas e Fantasias”,

O certo é que em virtude do bem jurídico tutelado é que se mostra “inadmissível a punição da posse de drogas para uso pessoal, seja pela inafetação do bem jurídico protegido (a saúde pública), seja por sua contrariedade com um ordenamento jurídico garantidor da não intervenção do Direito em condutas que não afetem a terceiros” (LUAM, 1991 *apud* MOREIRA, 2015).

Dados apresentados por Brasil (2020), no ano de 2020, coletados no primeiro semestre de 2019 perante o Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, expressam que dos presos nas carceragens dos Sistemas Prisionais Brasileiros, cerca de 39,42% estão reclusos por crimes relacionados às drogas. Nesse montante, não foram considerados critérios objetivos específicos os quais pudessem contribuir para a redução na quantidade de reclusos.

Sabemos que isso impacta diretamente o Sistema Carcerário nacional e por efeito cascata, impacta a sociedade, a qual tem que arcar, através de seus impostos, com a manutenção de tantos reclusos no sistema prisional.

Imagem 02 – País tem superlotação e falta de controle em presídios.



Fonte: SENADO FEDERAL (2019).

Podemos destacar ainda um impacto negativo que alguns dos indivíduos os quais poderiam ser enquadrados como meros usuários, tem sua liberdade restringida e, conseqüentemente um direito fundamental lesado.

A guerra as drogas já fracassaram. Desde o início de 1970, foi adotada uma política de repressão à cadeia de produção, distribuição e fornecimento de drogas ilícitas, bem como ao consumo. Porém, mais de 40 anos depois, a realidade que vivemos é de um aumento exponencial do consumo e do poder do narcotráfico.

Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) coletados em 2022 apontam que um preso custa, em média, 1,8 mil mensais aos cofres brasileiros. Os custos políticos, sociais e econômicos são muitos altos. Além do custo elevado, há outro fenômeno associado ao encarceramento, jovens primários são presos com bandidos ardilosos, muitas vezes são obrigados a se aliar a facções criminosas para sobreviver no cárcere, e se tornam, em pouco tempo, em criminosos mais perigosos. Ao retornarem para as ruas, são mais ameaçadores ao convívio social.

A consequência mais comum da ausência de critério objetivo para distinguir consumo de tráfico, é que ricos com pequenas quantidades são usuários, pobres são traficantes. Assim, é imprescindível que se estabeleçam parâmetros para distinguir consumo de tráfico.

3.2 UMA JANELA PARA O MUNDO

Quase todos os países democraticamente desenvolvidos estão abrandando a sua política em relação a drogas. Nos Estados Unidos, dos 50 Estados norte-americanos, 20 liberaram o uso da maconha para uso recreativo e medicinal. As restrições para quantidade de porte variam de acordo com cada legislação, bem como para o cultivo doméstico da *cannabis*. Outros 18 permitem o uso medicinal. Ao todo, 38 autorizam algum tipo de uso.

Em Portugal, a *cannabis* foi descriminalizada para consumo pessoal em 2001 juntamente com outras substâncias entorpecentes. Logo após, notaram a diminuição do consumo entre os jovens, não apenas da *cannabis* como também heroína e cocaína. O consumo pessoal de cannabis se limita a 25g de flor, 2,5g de cannabis, 5g de haxixe e 2,5g de óleo de cannabis.

Na Espanha, o uso e a posse de drogas não são proibidos, no caso da cannabis até 15g para que seja considerado para uso pessoal. Porém, uso em público é proibido, punido com sanções administrativas.

O Uruguai é referência na exportação de *cannabis*, foi primeiro país do mundo a regulamentar o comércio e o consumo da planta. Lá cada consumidor pode comprar até 40 gramas por mês. Logo após sua regulamentação notou-se uma queda considerável no consumo ilegal.

Na Colômbia, em 2022 foi editada uma resolução que estabelece mecanismos e procedimentos para uso industrial da maconha, também é permitido o uso para fins medicinais. Como na Argentina, que legalizou o auto cultivo de maconha para fins medicinais, permitindo inclusive a venda de derivados da planta em farmácias autorizadas.

Gradativamente, a sociedade vai percebendo que há necessidade de meios para o combate ao consumo de drogas ilícitas. Vale ressaltar, que descriminalizar, não é legalizar, não é trazer para debaixo da lei, tampouco estimular o uso.

No Brasil, já percebemos uma certa flexibilidade quanto ao uso da maconha, conforme podemos observar RE 635659 do STF que teve como Relatos o Min. GILMAR MENDES, no qual se discute, "à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei Federal 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada" (STF/2021).

Diante do exposto, percebe-se que paulatinamente a temática sobre a descriminalização da maconha, quando feita de forma “genérica”, sem considerar “caso a caso”, realmente tem causado sérios reflexos negativos ao Sistema Carcerário Brasileiro, dentre eles, sua superlotação e comprometendo assim seu objetivo principal que não é somente o da punição, mas principalmente o da ressocialização dos indivíduos.

CONCLUSÃO

Na presente pesquisa discurremos brevemente sobre o contexto histórico sobre a maconha no Brasil, a qual teve sua introdução no país desde sua colonização e com o passar dos anos, pelo aumento de seu consumo e interferências sociais, acabou por passar a ser “vista” como uma erva prejudicial quanto ao seu consumo.

Vimos que por meio do racismo estrutural, a criminalização da maconha passou a ser mais intensificado, porém, seu uso pelas classes mais “abastadas” continuava sendo “velado” e a real criminalização frequentemente recaía aos menos abastados, ou seja, às pessoas de classe social de baixa renda.

Na tentativa de tentar conter o uso discriminado da *cannabis*, e reduzir os prejuízos quanto ao crescimento de seu consumo, foi instituída a Lei Criminalizadora, a partir da qual intensificou-se a repressão de seu uso em nossos país.

Porém, pode-se considerar que com a Lei Criminalizadora da maconha, existem lacunas quanto a seu enquadramento “genérico” aos indivíduos que utilizam a maconha apenas para uso pessoal, e que muitas vezes são enquadrados pelas Autoridades Policiais como “traficantes”, e com isso, conseqüentemente levados ao Sistema Carcerário, contribuindo assim para a superlotação e conseqüentemente gerando reflexos negativos ao Estado e indiretamente à sociedade civil.

A criminalização do uso da maconha de forma “generalizada”, acaba por fortalecer o crime organizado, tendo em vista que pelos reflexos de superlotação no sistema carcerário do país, impossibilita o Estado de atuar em seus objetivos de ressocialização dos presos e posterior reinserção dos mesmos ao convívio digno em sociedade. Assim, percebemos que a violência conseqüente de falta de políticas públicas adequadas em relação ao uso da cannabis para uso pessoal, culmina em grandes prejuízos sociais, tais como na elevação da violência de modo geral.

Pode-se inferir que, uma vez que o simples usuário de maconha, preso e condenado pela justiça, por não passar por processo de ressocialização dentro do sistema carcerário, “sai pior do que entrou”, e muitas vezes já recrutado para integrar grupos organizados de tráfico de drogas que dominam diversas regiões do país, acabando por fortalecer o poder do tráfico, que por sua vez reprime as comunidades mais carentes, impondo regras e aliciando os jovens.

A triste realidade ainda vivenciada em nosso país é a de que a proibição da maconha ainda é racista, porém, de uma forma mais “velada”, a lei criminaliza, pune negros e os pobres, e aplica penas brandas aos mais ricos. Assim, ainda se mantem a hierarquia racial, que o racismo institucional e todas as demais formas de violência produzida no Estado.

Desse modo, é imprescindível saber distinguir moral de direito, há coisas que a maior parte da sociedade pode não aprovar, porém, o uso da maconha por uma parte da sociedade não pode ser simplesmente negado ou duramente reprimido de forma genérica, havendo de se considerar o livre arbítrio de cada usuário, e de que por isso, estes não deixam de serem “menos cidadãos” que os demais membros da sociedade, ou mesmo de continuarem tendo seus direitos e garantias salvaguardados pela CRFB/88.

Por fim, considerando a evolução legislativa de diversos países democráticos, depreende-se que o Estado Brasileiro necessita dar a atenção devida a marginalização e a discriminação rígida que vem sendo imposta pela Lei Federal nº 11.343/2006 aos usuários da *cannabis*, podendo considerar a isenção de que os mesmos sejam recolhidos ao Sistema Carcerário, e assim, haja uma contribuição indireta na redução da superlotação do mesmo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

BARROS, André. PERES, Marta. Proibição da maconha no Brasil e suas raízes históricas escravocratas. *Revista Periferia*, v. 3, n. 2, jul./dez. 2011. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/periferia/issue/view/285>>. Acesso em: 04/09/2022.

BRANDÃO, Marcílio Dantas. *O ‘problema público’ da Maconha no Brasil: Anotações sobre quatro ciclos de atores, interesses e controvérsias*. DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social - Vol. 7 - no 4 - OUT/NOV/DEZ – 2013 - pp. 703-74. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/viewFile/7258/5838>>; Acesso em: 13/09/2022.

BRASIL, Agência. Brasil tem mais de 773 mil encarcerados, maioria no regime fechado. Publicado em 14/02/2020 - 12:47 Por Luciano Nascimento - Repórter da Agência Brasil – Brasília. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-02/brasil-tem-mais-de-773-mil-encarcerados-maioria-no-regime-fechado>>. Acesso em: 12/09/2022.

BRASIL, Agência. Ter Item de Cultivo de Maconha para Uso Pessoal não Justifica Ação. Publicado em: 22/09/2021 - 13:42 Por Agência Brasil – Brasília. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2021-09/justica/noticia/2021-09/ter-item-de-cultivo-de-maconha-para-uso-pessoal-nao-justifica-acao>>. Acesso em: 12/09/2022.

BRASIL, Presidência da República Casa Civil. Decreto Federal nº 54.216, de 27 de Agosto de 1964 - Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1964/D54216.html>. Acesso em: 12/09/2022.

BRASIL, Presidência da República Casa Civil. Lei Federal nº 6.368, de 21 de outubro de 1976 - Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm>. Acesso em: 12/09/2022.

BRASIL, Presidência da República Casa Civil. Lei Federal nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006 - Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 12/09/2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD: Lei Federal nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, e legislação correlata. – 2º. ed. [recurso eletrônico] – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012. Disponível em:

<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:yAMTaSNdDIgJ:https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/781/politicas_drogas_sisnad_2ed.pdf%3Fsequence%3D3%26isAllowed%3Dy&cd=13&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-b-d>. Acesso em: 13/09/2022.

CARLINI, Elisaldo Araújo. *A história da maconha no Brasil*. Revisão de literatura - J. bras. psiquiatr. 55 (4) 2006. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0047-20852006000400008>>. Acesso em: 12/06/2022.

CARNEIRO, Edison. *O quilombo dos Palmares*. 2ª Edição. Editora Companhia Editora Nacional: São Paulo: 1958, p. 48. Disponível em: <<https://bdor.sibi.ufrj.br/bitstream/doc/75/1/302%20PDF%20-%20OCR%20-%20RED.pdf>>. Acesso em: 03/09/2022.

COUTINHO, Dave. *A maconha no Brasil: uma breve história do legal ao ilegal*. Publicado em: 20/04/2020. Disponível em: <<https://smokebuddies.com.br/a-maconha-no-brasil-uma-breve-historia-do-legal-ao-ilegal/>>. Acesso em: 03/09/2022.

ELIAS, Sálvia Karen dos Santos. *Racismo Estrutural, Imperialismo e Proibicionismo: Cannabis Medicinal E A Luta Pelo Direito À Vida*. Dissertação para obtenção do Título de Mestre, Universidade Federal Fluminense – 2021. Disponível em: <<https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/23308/Disserta%3%a7%c3%a3o%20final.%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 12/09/2020.

KRAPP, Juliana. *Pesquisa revela dados sobre o consumo de drogas no Brasil*. FIOCRUZ: Publicado em: 08/08/2019. Disponível em: <<https://portal.fiocruz.br/noticia/pesquisa-revela-dados-sobre-o-consumo-de-drogas-no-brasil>>. Acesso em: 13/09/2022.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. *Racismo e anti-racismo no Brasil*. Publicado em Novembro/1995. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2128310/mod_resource/content/1/ASG_racismo_e_anti_racismo_NE%2043_1995.pdf>. Acesso em: 05/09/2022.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O STF e a descriminalização das drogas para uso próprio*. JusBrasil, publicado em 2015. Disponível em: <<https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/200468611/o-stf-e-a-descriminalizacao-das-drogas-para-uso-proprio>>. Acesso em: 13/09/2022.

SAAD, Luísa. A danação da "erva maravilhosa". In: *"Fumo de negro": a criminalização da maconha no pós-abolição [online]*. Salvador: EDUFBA, 2019, pp. 69-110. *Drogas: clínica e cultura collection*. ISBN: 978-65-5630-297-3. Disponível em: <<https://doi.org/10.7476/9786556302973.0005>>. Acesso em: 04/09/2022.

STF, Supremo Tribunal Federal. *Ministro Fachin vota pela descriminalização do porte de maconha para consumo próprio*. Publicado em: 10/09/2015. Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299485>>. Acesso em: 13/09/2022.

STF, Supremo Tribunal Federal. Ministro Gilmar Mendes *vota pela descriminalização do porte de maconha para consumo próprio*. Publicado em: 10/09/2021. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>>. Acesso em: 11/03/2023.

VEJA, Revista. *A ação no STF que pode liberar o uso de maconha – mas não como quer Anitta*. Publicado em: 14 jul 2022. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/coluna/maquiavel/a-acao-no-stf-que-pode-liberar-o-uso-de-maconha-mas-nao-como-quer-anitta/>>. Acesso em: 13/09/2022.

A POSSIBILIDADE DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM DIFERENTES EMPRESAS DE UM MESMO GRUPO ECONÔMICO

BÁRBARA ISADORA CAVALCANTI:

Formada em Direito pela Faculdade de Ciência Aplicadas e Sociais de Petrolina - FACAPE¹⁹.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar a aplicabilidade da lei de recuperação judicial (Lei nº 11.101/2005) para grupos econômicos, haja vista o impacto negativo que a crise das empresas pode causar, não apenas aos sócios do empreendimento, mas também a toda comunidade na qual está inserida. Ademais, foram utilizados os dados das decisões exaradas pelos Egrégios Tribunais de Justiça, em que houve a realização de interpretação extensiva para aplicar a normativa supracitada aos grupos econômicos. Conclui-se, assim, que a recuperação judicial não se limita a amparar e reerguer as atividades empresariais em crise, mas, também, a proteger a função social que deve nortear essa relação.

PALAVRAS CHAVES: Lei de Recuperação Judicial (Lei nº 11.101/2005); Grupos Econômicos; Aplicabilidade Jurisprudencial.

1-CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A recuperação judicial é uma medida prevista na Lei nº 11.101/2005 que permite a empresas em dificuldade financeira se reorganizarem e se recuperarem financeiramente. Embora a referida lei não disponha expressamente acerca da possibilidade de recuperação judicial de grupos econômicos, a jurisprudência pátria vem realizando interpretação extensiva para admiti-la, o que se reputa como estratégia conivente com a função social almejada por essas relações, já que é possível que as empresas compartilhem recursos e estratégias para alcançar a estabilidade financeira.

Acerca da temática, faz-se oportuno esclarecer que um grupo econômico é constituído por empresas que possuem algum tipo de controle societário ou vínculo organizacional, como sociedade controladoras, controladas e coligadas. É comum que essas empresas atuem em diferentes segmentos do mercado, mas compartilhem uma estrutura de gestão e recursos financeiros. Porém, mesmo com essa interdependência, cada empresa tem autonomia jurídica e financeira e, por isso, pode requerer a recuperação judicial independentemente das demais empresas do grupo econômico.

¹⁹ E-mail: barbaracavalcanti29@hotmail.com.

Apesar disso, faz-se imperioso destacar que o processo de recuperação judicial de uma empresa de um grupo econômico pode afetar as outras empresas do mesmo grupo. Isso porque, caso uma empresa não consiga se recuperar financeiramente e tenha sua falência decretada, pode haver um “efeito dominó” que afeta as demais empresas do grupo. Por outro lado, se a empresa em recuperação judicial tiver sucesso em seu plano de recuperação, isso pode acabar por beneficiar as demais.

Destaque-se, ademais, que, em casos de empresas de um mesmo grupo econômico, pode haver a necessidade de reorganização das empresas no âmbito societário, para que as dívidas não sejam compartilhadas e a recuperação de uma empresa não seja prejudicada pela situação das demais empresas do grupo.

Nesse diapasão, a possibilidade de recuperação judicial em diferentes empresas de um mesmo grupo econômico existe, mas é importante considerar as particularidades de cada empresa e do grupo como um todo. É fundamental que cada empresa avalie a sua situação financeira e decida se a recuperação judicial é a melhor opção, levando em consideração as possíveis consequências e impactos no grupo econômico.

2-RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Toda atividade empresarial a sua existência pode, em determinado momento, sujeitar-se a crise. Variáveis como alterações macroeconômicas, mudanças na economia nacional, modificações na política de mercado, evolução tecnológica não acompanhada pelo empreendimento, ausência de aperfeiçoamento nos produtos, perda de mercado para a concorrência, má gestão empresarial, dentre várias outras coisas podem ser motivos para ensejar uma profunda crise na atividade empresária que a coloca em risco.

Destarte, uma empresa em crise traz inúmeros prejuízos, não apenas para os integrantes da sociedade empresária, mas para toda a comunidade na qual está inserida. Além de afetar os sócios do empreendimento, a crise põe em risco o emprego dos colaboradores, interfere na arrecadação de impostos, reduz a oferta do produto para o mercado reverberando na concorrência, além de afetar todo um cenário econômico-social que gira em torno do empreendimento em crise.

Sendo assim, como maneira de amparar tais empresas que possuam uma devida importância dentro da sociedade, a legislação brasileira positiva o instituto da Recuperação Judicial, o qual visa auxiliar no reerguimento da atividade empresarial em crise. Com isso, garante-se o saneamento da crise, visando a preservação da empresa e, conseqüentemente, a manutenção de sua função. Tal escopo está expresso no artigo 47 da LRE, o qual dispõe:

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. (BRASIL, 2005).

Sobre esse aspecto, cumpre destacar que não é toda atividade empresarial que merece o benefício da recuperação judicial, haja vista que o instituto tem um alto custo para a sociedade como um todo (a exemplo das perdas de créditos parcialmente ou em sua totalidade e aumento do custo de créditos bancários em razão do recálculo do *Spread*). Nesse diapasão, a empresa, para ser recuperanda, precisa apresentar viabilidade mínima em continuar existindo. Para análise desta viabilidade seguem-se alguns vetores como importância social, mão de obra e tecnologia empregadas, volume do ativo e passivo, idade da empresa e porte econômico. (COELHO, 2012).

Conferida a viabilidade empresarial, o empreendimento será beneficiário do instituto da recuperação judicial previsto na Lei de Recuperação de Empresas (Lei 11.101/2005) a qual regulamenta seu processamento e diretrizes. Em suma, o devedor empresário deverá observar tal disposição legal para elaborar um plano de recuperação judicial esmiuçado que seja capaz e efetivo em reerguer sua atividade empresarial.

Por outro lado, deve-se atentar para que tal planejamento seja atrativo, também, para seus credores, uma vez que o sucesso do plano de recuperação depende necessariamente da aprovação destes, haja vista que, caso ocorra reprovação, o juízo competente para processamento feito será obrigado a decretar falência da sociedade empresária e, conseqüentemente, encerrar-se-á todas as atividades da recuperanda, conforme previsão no artigo 73, III, LRE (Lei 11.101/2005).

Cumpre pontuar aqui que os credores possuem o direito de apreciar o plano de recuperação da empresa, pois são um dos principais interessados no reerguimento daquela atividade econômica específica, porquanto o restabelecimento da saúde empresarial implicará na satisfação de seus créditos. Por outro lado, caso a empresa não consiga efetivar sua reestruturação, os credores podem ter prejuízos sobressalentes.

2.2- CAPACIDADE ATIVA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O artigo 1º da Lei 11.101/2005 dispõe expressamente que o referido Caderno legal "*disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor*". Ou seja, tal lei coloca como sujeitos beneficiários das recuperações de empresa apenas o empresário e a sociedade empresária; mas, nada tratou acerca dos grupos empresariais.

Com isso, há a ocorrência de uma clara omissão legislativa sobre como deve ser feito o processamento da recuperação judicial para os grupos de empresas. Des- tarte, ante a lacuna legal, cuidou a jurisprudência e a doutrina de realizar tentativas de construir diretrizes para o tema.

Após variadas discussões e evoluções constantes sobre a matéria ao longo dos mais de 14 (quatorze) anos de aplicação da Lei de Recuperação de Empresas, a jurisprudência pátria e a doutrina majoritária vem declinando o entendimento pela possibilidade de grupos empresariais serem beneficiários do instituto da recuperação judicial. Tal possibilidade se assenta no fundamento que o artigo 189 da LRE prevê que aplica-se a legislação processual cível como fonte subsidiária para regulamentar a matéria quando a Lei nº 11.101/05 for omissa.

Ato contínuo, integrando-se com a processualística civil, há a possibilidade de aplicação do instituto do litisconsórcio ativo consoante disposição do art. 113 do CPC/15, o qual dispõe que:

Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:

- I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;
- II - entre as causas houver conexão pelo pedido ou pela causa de pedir;
- III - ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito. (BRASIL, 2015).

Aplicando-se no caso de recuperação judicial de grupos empresariais há a possibilidade das empresas integrantes destes figurarem no polo ativo de tais ações judiciais como litisconsortes ativos em virtude de possuírem comunhão dos direitos, obrigações e interesses, fato que atende ao requisito I da Lei, como também pela ocorrência de elementos de afinidades a exemplo da comunhão de fatos que originaram as crises financeiras dos empreendimentos (MITIDEIRO *et. al.*, 2017).

Nesse mesmo liame, destaca-se que conforme lecionado por Fontana (2016), o requisito do inciso II da disposição supra é atendido quando se constata que há comunhão de crise financeira entre todos os que compõe o grupo empresarial. No tocante ao inciso III do artigo 133 CPC 2015, a exigência é observada quando há a

clara comprovação que as empresas pleiteantes do recuperação judicial pertencem ao mesmo grupo econômico ou empresarial.

Nessa conjuntura, vale frisar que parte da doutrina defende a desnecessidade de todas as empresas que compõe o grupo postulante da recuperação encontrarem-se em crise. Em complemento, ressalta-se que os requisitos elencados nos incisos retro transcritos devem ser observados no pleito de recuperação judicial pelo grupo econômico. No entanto, não é obrigatória a sua cumulatividade (SOARES, 2018).

É oportuno salientar que o litisconsórcio autorizado pela processualística cível brasileira aqui tratado, refere-se a sua modalidade facultativa, fato que possibilita as empresas que almejam a recuperação, caso queiram, a ingressarem em juízo com pedidos distintos (CEREZETTI, 2015).

No entanto, os empreendimento vem optando pela comunhão das recuperações judiciais, valendo-se do litisconsórcio ativo, pois sua utilização propicia vantagens para o grupo que pretende se reerguer, uma vez que com essa medida se garante uma consolidação processual no trâmite dos processos de recuperação judicial, a qual se verá mais detalhadamente no próximo tópico.

Não obstante, para que seja deferido o processamento do instituto em debate com o litisconsórcio ativo de empresas, deverão essas atender os requisitos exigidos pela Lei 11.101/05 de modo a cumprir as exigências de legitimidade. Desse modo, segundo Fontana (2016) todas as empresas requerentes deverão, de maneira individual, cumprir os pressupostos para Recuperação Judicial estabelecidos no art. 48 do diploma legal sobredito, quais sejam:

LEI 11.101/2005

Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

IV - não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Essa interpretação não encontra guarida apenas nos bancos doutrinários, mas está presente também na aplicação prática dos Tribunais, conforme se demonstra pela jurisprudência abaixo na qual o Superior Tribunal de Justiça entende pela possibilidade do litisconsórcio ativo das empresas componentes do mesmo grupo econômico desde que sejam cumpridas as exigências do artigo supracitado. Veja-se:

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. GRUPO ECONÔMICO. ART. 48 DA LRF. ATIVIDADE REGULAR. DOIS ANOS. CISÃO EMPRESARIAL. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Cinge-se a controvérsia a definir se, em caso de recuperação judicial de grupo econômico, todas as sociedades empresárias devem cumprir individualmente o requisito temporal de 2 (dois) anos previsto no caput do art. 48 da Lei nº 11.101/2005.

1. É possível a formação de litisconsórcio ativo na recuperação judicial para abranger as sociedades integrantes do mesmo grupo econômico.

2. As sociedades empresárias integrantes de grupo econômico devem demonstrar individualmente o cumprimento do requisito temporal de 2 (dois) anos de exercício regular de suas atividades para postular a recuperação judicial em litisconsórcio ativo. 5. Na hipótese, a Rede Varejo Brasil Eletrodomésticos Ltda. - concebida após a cisão de sociedade com mais de 2 (anos) de atividade empresarial regular - pode integrar a recuperação judicial, considerando-se as diversas peculiaridades retratadas nos autos. 6. Recurso especial provido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017).

Além do atendimento individual dos requisitos acima, a doutrina sustenta ainda que todas as empresas devem apresentar de maneira separada os documentos exigidos na instrução da petição inicial pelo artigo 51 da citada lei (CEREZETTI, 2015).

Ante ao exposto, portanto, nota-se a plena possibilidade de empresas pertencentes ao mesmo grupo empresarial ou econômico ingressarem em conjunto com o pedido de recuperação judicial, haja vista que o instituto do litisconsórcio ativo previsto no Código de Processo Civil (o qual se aplica subsidiariamente à LRE) autoriza tal alternativa. Inobstante, para se valerem disso, os empreendimentos que almejam a recuperação devem apresentar em juízo, de maneira individual, todos os requisitos exigidos por lei.

2.3- CONSOLIDAÇÃO PROCESSUAL E CONSOLIDAÇÃO SUBSTANCIAL NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE GRUPOS EMPRESARIAIS

A opção pelo ajuizamento de processos perquirindo a recuperação judicial por várias empresas pertencentes ao mesmo grupo empresarial ou econômico tiveram como fundamento as vantagens que auxiliam o bom desenvolvimento desse instituto para venha a ter a máxima eficácia possível e conseqüentemente atinja sua finalidade de reestruturação da atividade econômica de determinado grupo.

Isto posto, é imperioso destacar que o ingresso em litisconsórcio ativo pelas componentes de grupo empresarial produzem alguns efeitos. A princípio há uma consolidação processual dos atos inerentes a recuperação judicial de todo o grupo, fato que confere a relação processual uma maior organização com a unicidade de atos processuais; medida esta que tem por alvo, conforme ensina Fontana (2016) a economia processual e a busca de evitar decisões conflitantes nos procedimentos de recuperação. Se assim não o fosse poder-se-ia ter decisões divergentes nos diferentes processos de recuperação judicial de cada empresa integrante do grupo, e assim afe-tar-se-ia a recuperação de todo conglomerado.

Além disso, com uma melhor organização do processo, há ainda a diminuição expressiva com os custos que teriam que arcar os empreendimentos no processo de recuperação, pois o processamento apartado faria com que aumentasse custas processuais, honorários de administradores judiciais, gastos com a remuneração dos integrantes dos diversos comitês de credores, e custas de publicações de editais na imprensa.

Neste ponto, é importante frisar que os benefícios acima destacados decorrem da mera consolidação processual. Essa medida conforme lições de Cerezetti (2015) assegura a processamento em conjunto da recuperação judicial das empresas que compõe o

conglomerado devedor. No entanto, representa uma forma apenas de conveniência administrativa e economia processual, não afetando os direitos de credores.

Isso ocorre, pois, mesmo que a condução processual da recuperação do grupo seja conjunta, as empresas devedoras preservarão suas personalidades jurídica distintas e não haverá junção de ativos e passivos entre as componentes do grupo; ou seja, todas as empresas permanecerão com dívidas próprias perante credores específicos de modo a não se confundir com as demais integrantes do grupo, apenas com- partilharão da condução processual única.

Sendo assim, com a individualidade de ativos, passivos e principalmente de quadro de credores, as deliberações de cada empresa resguardarão suas singularidades. Destarte, cada devedora deverá apresentar seu plano próprio de recuperação judicial e submeter à Assembleias específicas com os seus credores. Em razão disso, é plenamente possível que uma empresa venha a ter falência decretada enquanto outra integrante do grupo tenha a recuperação deferida.

Diante desse cenário, vislumbra-se uma grande incongruência que pode prejudicar a viabilidade da recuperação judicial pretendida pelo grupo, pois naqueles conglomerados empresariais que tenham forte interdependência entre seus empreendimentos, a falência de um deles pode comprometer a saúde de todo o conglomerado, impossibilitando sua recuperação econômica.

O principal argumento para que as recuperações judiciais de grupos econômicos fiquem adstrita a consolidação processual, de modo a preservar a autonomia de ativos e passivos de cada devedora bem como de seus quadros de credores, consiste no fundamento que caso ocorra a junção de todos os ativos e passivos os credores ficarão prejudicados; haja vista que com a "mistura" os créditos serão reclassificados e os credores podem perder poder de decisão mediante as alterações de quórum na assembleia geral. (SOARES, 2018)

Contudo, deve-se observar que para grupos empresariais que tenham suas empresas com personalidades jurídicas distintas, atividades econômicas divergentes e responsabilidades bem delineadas, o mais indicado é utilizar-se a consolidação processual. Isto porquê, dessa maneira, todos os credores se restringirão àquela empresa devedora e deliberarão da melhor forma possível para o reerguimento do empreendimento de modo que não tenham prejuízos em seus direitos creditícios decorrentes de reclassificação de créditos ou alteração de quóruns de votação.

Um exemplo claro para aplicação dessa teoria seria num grupo de empresas de transportes que possuísse um empreendimento de transportes terrestre de passageiros, outro de transporte terrestre de carga, e outro transporte aéreo de passageiros.

Como pode se perceber, as empresas mesmo sendo integrantes de um só grupo empresarial, detém atividades econômicas e responsabilidades precisas. Inclusive, pode-se dizer que caso uma das três venham a ter sua falência decretada, não prejudicar-se-á a existência de todo o grupo.

No entanto, há casos diferentes do acima explanado. São aqueles que as empresas que integram o grupo empresarial possuem uma interdependência entre si, ou seja, a existência de uma depende necessariamente da sobrevivência das outras integrantes do mesmo grupo. Assim, esses grupos ao se submeterem ao processo de recuperação judicial, não tem sentido que suas integrantes sejam observadas de forma independente e autônoma.

Destarte, a solução para tais casos se encontra na denominada consolidação substancial. Essa espécie, conforme definição de Cerezetti (2015) diz respeito na junção de passivos e ativos das sociedades que compõe o conglomerado empresarial, perfazendo um conjunto que responderá perante a todos os credores. Desse modo, não se leva em consideração o fato de cada devedora possuir credores e dívidas próprias, vez que estes integrarão todo o citado conjunto.

Em que pese severas críticas a essa modalidade em razão de parte da doutrina entender que em sua utilização estar-se-ia prejudicando os credores, vez que haveria alteração em seus créditos e nos poderes de deliberação conforme já explanado, deve ser aplicada tal medida naqueles casos que a interdependência seja tamanha que não tenha sentido processar e recuperar as integrantes do grupo de forma autônoma.

Nesse escopo, com a consolidação substancial haverá a apresentação de um só plano econômico para recuperar todo o grupo de modo que a reestruturação do grupo seja una, vez que nesses casos o conglomerado é praticamente indissociável. (CARPENTER e HENRICI, 2017)

Sobre esse tema, vale frisar que na doutrina há embates acerca dos fatores determinantes para a consolidação substancial se instalar. Na teoria de Cerezetti, (2015) tal medida só poderia ser implantada de maneira obrigatória – quando o Juízo verificar o abuso da personalidade jurídica com desvio de finalidade e confusão patrimonial – ou voluntária – quando os credores assim optassem em deliberação na Assembleia Geral.

Todavia, na teoria de Thomaz Bastos (2015) a consolidação citada poderia ser aplicada a luz do conjunto que envolve o grupo econômico, inclusive, considerando as

implicações contratuais que por vezes contém garantias cruzadas e apresentação nas relações negociais como um só empreendimento.

Nesse sentido, destaca o autor sobredito que:

a consolidação substancial e o litisconsórcio ativo são plenamente aplicáveis à recuperação judicial, ambos por opção do grupo econômico em recuperação, podendo ser utilizados sempre que se vislumbrarem vantagens à consecução do plano de recuperação judicial e à solução da crise econômico-financeira que o tenha atingido” (BASTOS, 2015, p. 217-218).

Pontua-se que não apenas na doutrina vem sendo admitida a consolidação substancial para aqueles casos que o emaranhado empresarial se apresente com uma conexão tão forte que implique no processamento em conjunto da recuperação judicial. Na jurisprudência também vem sendo aplicado, embora escasso, tal entendimento, a exemplo da recuperação judicial do Grupo OAS, conforme demonstra-se no julgado abaixo:

Admitido o litisconsórcio ativo entre as empresas recuperandas, por conta da comunhão de interesses e obrigações reconhecida, não há razão justificante para a apresentação de planos separados, porquanto a pluralidade ativa somente tem proveito acaso as massas sejam mantidas unidas. Tendo sido reconhecida a integração das agravadas em parte do grupo empresarial que enfrenta crise econômico financeira (incluindo suas causas) e reconhecida a interligação entre as empresas, configurando verdadeiro e intransponível entrelaçamento negocial, se mostra pouco proveitoso, e até inviável, a apresentação de planos separados ante a impossibilidade de se delimitar as responsabilidades individuais de cada devedora diante da pleora de credores. Nesse sentido recorreremos mais uma vez ao que consta no parecer de Fabio Ulhoa Coelho, apresentado em caso idêntico, já indicado, julgado pelo Tribunal: 'As atividades econômicas exploradas pelo Grupo R... integram, assim, uma única empresa. É esta empresa cuja recuperação se busca. Dispensar em vários processos de recuperação judicial o que, economicamente, está unido importaria apenas impossibilitar a efetivação de uma solução global e eficiente para a superação da crise'. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2015).

Igualmente a situação da OAS, foi deferida ainda a consolidação substancial na recuperação do Grupo Oi, conforme emente transcrita abaixo:

Como este Juízo já teve a oportunidade de salientar na decisão acerca da consolidação processual, existe, em primeiro lugar, uma ligação intrínseca - tanto do ponto de vista operacional quanto comercial das concessões e autorizações referentes aos serviços de telecomunicações prestados pelas Recuperandas, inclusive com compartilhamento das infraestruturas físicas indispensáveis para a distribuição de dados, telefonia fixa, móvel, internet e sinal de televisão. Este fato é notório e pode ser constatado com o oferecimento, para os usuários, de planos comerciais que englobam diversos serviços ('Oi Total'). Aliás, a par de todas as empresas Recuperandas terem objetos sociais similares ou complementares, voltados para o desenvolvimento das atividades do setor de telecomunicações, a marca 'Oi' é um guarda-chuva sob o qual são apresentados todos os serviços prestados pelo Grupo. Além disso, verifica-se, em segundo lugar, uma gestão centralizada, com a unificação e o processamento conjunto da folha de pagamento e a interligação de altos executivos do conglomerado empresarial, tudo a demonstrar a ausência de centros de interesses autônomos nas sociedades grupadas. Em terceiro lugar, também se observa no caso a outorga de inúmeras garantias recíprocas entre as sociedades nos mais variados contratos, o que, como já tinha sido registrado por esse juízo, concretiza o indubitável entrelaçamento de fins, atividades e participação nos lucros entre as integrantes do grupo. Com efeito, é evidente o entrelace de direitos e obrigações surgidas na formação dos contratos com terceiros (...) Portanto, verificam-se, na hipótese concreta, diversos aspectos que justificam a excepcional reunião de seus patrimônios para possibilitar o pagamento de todos os credores: interdependência creditícia, interdependência operacional, objetos sociais integrados e complementares, estratégia comercial conjunta, dificuldade na separação de ativos, compartilhamento de infraestrutura, e sobretudo ciência, por parte do mercado tanto externo como interno, de que as sociedades atuavam de forma única e entrelaçada. Nesse cenário, de nada adiantará o plano de recuperação judicial de algumas serem aprovados e de outras não, pois, como visto, a operação, a gestão e os ativos das Recuperandas estão interligados. Arrisca-se dizer que, pelas características de operação e gestão das Recuperandas, a elaboração de planos individuais poderia até colocar em risco o sucesso de todo o

processo. E cabe destacar que nesta recuperação judicial, que conta com mais de cinquenta mil credores, apenas cinco se insurgiram contra a consolidação substancial. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, 2017).

Por fim, é imprescindível pontuar que pode-se ser questionado a afetação ao direito de credores nesse tipo de consolidação. Entretanto, para os casos complexos que haja relação intrínseca de interdependência das empresas integrantes do mesmo grupo é mais acertado sua adoção pois viabilizará a recuperação das empresas como um todo, não sendo possível fazê-la em separado.

Ou seja, caso se procedesse a recuperação judicial com planos e deliberações autônomas entre as empresas, a recuperação de todo o grupo estaria em risco uma vez que a falência de um dos componentes, poderia acarretar a falência de todos. Destarte, com todo o grupo empresarial falido, os credores teriam muito mais prejuízos do que se concordassem com a medida da consolidação substancial numa recuperação judicial potencialmente exitosa.

2.4- AJUIZAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Verificada a possibilidade de grupo econômico e empresarial serem beneficiados pela recuperação judicial de todas as suas empresas em conjunto através do instituto do litisconsórcio ativo, é imperioso destacar que no ato do ajuizamento da ação as empresas devedoras além de cumprirem os requisitos do art. 48 LRE (Lei 11.101/2005), devem ainda apresentar todos os documentos instruindo a petição inicial conforme previsão do art. 51 desse mesmo diploma legal transcrito abaixo:

Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com:

- I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira;
- II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de:
 - a) balanço patrimonial;
 - b) demonstração de resultados acumulados;
 - c) demonstração do resultado desde o último exercício social;

- d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção;
- III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente;
- IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento;
- V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores;
- VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor;
- VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras;
- VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial;
- IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados. (BRASIL, 2005).

Somente com a apresentação desses documentos que o Juízo deferirá o processamento da recuperação judicial nos termos do art. 52 da LRE. Todavia, pode ocorrer que haja a ausência de algum desses itens elencados anteriormente. Ao ocorrer tal fato não deve o Juízo indeferir o pleito da recuperação judicial, mas sim determinar a emenda da petição inicial a luz dos princípios da instrumentalidade das formas, primazia do mérito, e do poder-dever do juiz sanear os vícios processuais, consoante determinação do art. 312 CPC (legislação subsidiária na matéria em questão).

Nesse diapasão disserta Coelho (2014) que caso não se tiver instruído o pedido de maneira adequada, deverá o magistrado ordenar a emenda da inicial obedecendo as

regras esboçadas no Código de Processo Civil. Assim, caso haja a necessidade de emenda ou complementação, o Juízo deverá ordenar à parte que em 15 (quinze) dias sane os vícios apresentados, segundo o art. 321 CPC/15.

Contudo, vale destacar que em que pese essa alternativa para aqueles que queiram protocolar a recuperação judicial mas não contém todas os documentos necessários para instrução da ação, sempre se recomenda a devida obediência ao cumprimentos das exigências legais, uma vez que tão logo estas sejam cumpridas, o Juízo deferirá o processamento da recuperação judicial e as recuperandas poderão gozar dos benefícios oferecidos por este instituto, a exemplo da suspensão de ações de execução contra as empresas em recuperação.

4- CONCLUSÃO

O instituto da recuperação judicial é uma alternativa na qual se valem muitas empresas para sobreviverem e manterem suas atividades empresariais ativas. Aqui, destaca-se, que esse instituto jurídico não foi criado apenas com destinação a socorrer os empresários, mas sim, a toda atividade empresarial, fato que gera implicações muito mais amplas em toda sociedade, uma vez que a empresa em crise pode significar prejuízos a postos de emprego, arrecadação tributária, política de comércio e influenciar negativamente todo um contexto social.

Esses efeitos da crise são proporcionais a importância e tamanho da empresa que se encontra em dificuldades. Posto isto, é imperioso destacar que os grupos empresariais e econômicos representam grande importância para aquelas sociedades em que estão inseridos, em virtude de seu porte econômico e impactos positivos gerados.

Todavia, mesmo com inequívoco conhecimento que esses conglomerados empresarias podem também sofrer crises, a legislação que regulamenta a recuperação de empresas não tratou de dispor disciplina jurídica para esses grupos. Com isso, mediante a lacuna legal, e a crescente ocorrência de situações práticas que exigiam (e exigem) soluções que autorizem os grupos empresariais se valerem do instituto da recuperação judicial, teve que ser construído na doutrina e na jurisprudência amparo jurídico para tal ato, valendo-se da função integrativa das fontes do direito.

À luz dessas situações, o presente artigo buscou, sem intenção de esgotar o tema e almejando uma discussão mais prática ante a toda complexidade do assunto, examinar as possibilidade para que um grupo econômico possa elaborar conjuntamente com todas as suas sociedades integrantes um pedido de recuperação judicial. Nesse prisma, ainda, perquiriu o presente estudo realizar uma análise de prejuízos dos credores de cada uma das sociedade frente a um plano de recuperação judicial conjunto. Por fim, intentou

averiguar a viabilidade do recuperação judicial considerando que as sociedades só poderão apresentar os documentos constantes do art. 51 da Lei nº 11.101/2005, no prazo de 30 dias após o pedido.

A princípio cabe frisar que se identificou a possibilidade do pedido de recuperação judicial elaborado conjuntamente por todas as sociedades do grupo empresarial, pois mesmo que a lei que discipline a matéria (Lei 11.101/2005) não tenha previsão específica para a matéria, tal diploma legal autoriza a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil de 2015, e este, por sua vez, em seu art. 113, permite o litisconsórcio ativo quando atendido os requisitos de comunhão de direitos e obrigações, afinidade das questões de fato e de direito, e conexão entre pedido e a causa de pedir. Sendo assim, conforme já discorrido no tópico anterior, as empresas que integram o mesmo grupo econômico assolado pela crise empresarial e buscam reerguimento conjunto, cumprem os requisitos exigidos por lei.

Procedendo desta forma, todo o conglomerado economizará pujantemente com as custas oriundas dos processos de recuperação judicial, garantirá decisões uníssonas e não conflitantes, além de potencializar a viabilização da recuperação judicial, pois todas as empresas estarão conjuntamente entrelaçadas a um mesmo destino.

Nesse prisma, como já visualizado na doutrina e jurisprudência destacada ao longo do artigo, há clara permissão da consolidação processual e substancial nos casos complexos e que as integrantes apresentem conexões entre si indissociáveis.

No que toca aos credores, em primeira análise, poder-se-ia pensar na afetação aos seus direitos creditícios em decorrências das várias implicações que seus créditos sofrem quando a recuperação judicial de um grupo econômico é processada com consolidação substancial. Porém, o que deve-se ser levado em consideração é que a recuperação da empresa e sua reestruturação econômica também é de interesses dos credores, pois caso as integrantes venham a falir e encerrem suas atividades empresariais, além do vasto prejuízo ao créditos já constituídos, os credores perderão várias empresas de suas relações negociais.

Ou seja, ao analisar a situações sob esta perspectiva, verifica-se que os credores podem ter muito mais prejuízos caso não haja a consolidação substancial e o processamento em conjunto do pedido de recuperação judicial das integrantes de um grupo econômico. Por fim, salienta-se que em toda crise empresarial, sobretudo aquelas que desaguam na recuperação judicial, os credores terão algum tipo de prejuízo, impossibilitando-os de saírem ilesos desse processo, porém cabe a eles decidirem quais as medidas que lhes serão menos prejudiciais.

Por último, o artigo em tela tratou de analisar a viabilidade do pedido de recuperação judicial na situação hipotética das sociedades só poderem apresentar a documentação exigida pelo art. 51 da Lei 11.101/2005, no prazo de 30 dias posterior ao pedido. Pois bem, em casos como esse, as devedoras poderão apresentar a documentação em data posterior, uma vez que o Juízo competente para processar e julgar a recuperação, não poderá extinguir de plano o processo em virtude da falta dos requisitos. No entanto, o magistrado ordenará a complementação ou emenda da exordial no prazo de 15 dias úteis, conforme determinação do art. 321 do CPC/15.

Sendo assim, considerando que o lapso temporal entre protocolo do pedido, despacho e intimação para emenda e complementação, bem como considerando a contagem do prazo em dias úteis, poderá ocorrer que nos trinta dias posteriores ao protocolo do pedido de recuperação ainda esteja no prazo para emenda.

Contudo, não se recomenda proceder dessa forma, já que a lei é expressamente clara em quais os documentos devem instruir a exordial. Portanto, caso as sociedades empresárias devedoras desejem ingressar com um pedido de recuperação judicial, devem fazê-lo de modo planejado, providenciando todos o cumprimento de todos os requisitos do art. 51 LRE para que tão logo seja deferido o processamento da recuperação e as empresas possam gozar dos efeitos benéficos deste instituto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.655.042 – RS (2017/0074227-5)**. Recorrente: Volpato Administração e Participações S/A e outras. Recorrido: Banco Bradesco. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Jurisprudência online do STJ. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1842480&num_registro=201700742275&data=20190701&formato=PDF>. Acesso em 21 de junho de 2020

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2094959-07.2015.8.26.0000**. Agravante: Deutsche Bank Trust Company Americas. Agravadas: OAS S.A (Em Recup Judicial) e outros. Relator: Carlos Alberto Garbi. São Paulo, 5 de outubro de 2015. Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em: < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/253733758/agravo-de-instrumento-ai2094959072015826000.0-sp-2094959-0720158260000/inteiro-teor-253733785?ref=juris-tabs>> . Acesso em 21 de junho de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Processo de Recuperação Judicial nº 0203711-65.2016.8.19.0001**. Autor: OI S.A. e outro(s). Juiz Fernando Viana. Decisão Proferida em 21 ago 2017. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/portalDeServi>

[cos/montarProcesso?txtNumero=2016.001.176528-1&codTipProc=1&codCnj=020371165.2016.8.19.0001&indExibCodProc=N](https://www.conteudojuridico.com.br/cos/montarProcesso?txtNumero=2016.001.176528-1&codTipProc=1&codCnj=020371165.2016.8.19.0001&indExibCodProc=N). Acesso em 30 maio de 2020.

CARPENTER, Marcelo Lamego; HENRICI, Ricardo Loretti. Pluralidade de Devedores e a Consolidação de Direitos e Obrigações no Plano de Recuperação Judicial: Breve Análise Da Jurisprudência Atual. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**. São Paulo, vol. 6/2017, out./dez. 2017.

CEREZETTI, Sheila C. Neder. Grupos de sociedade e Recuperação Judicial: O indispensável encontro entre Direitos Societário, Processual e Concursal. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Soteguti J. (Org.). **Processo Societário, v.II**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 735-789.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 3: direito de empresa**. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FONTANA, Maria Isabel Vergueiro de Almeida. **Recuperação Judicial de Grupos de Sociedades**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo/SP.

MITIDIERO, Daniel; FARO, Alexandre; DEORIO, Karina; LEITE, Cristiano. Consolidação substancial e convenções processuais na recuperação judicial. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**: RDB, São Paulo, v. 20, n.78, p. 219-228, out./dez. 2017.

SOARES, Ernani Pinheiro. **Limites e fundamentos para aplicação da teoria da consolidação substancial como instrumento de maior eficácia na recuperação judicial de grupos empresariais** 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.

THOMAZ BASTOS, Joel Luís. Litisconsórcio Ativo e Consolidação Substancial na Recuperação Judicial. *In*: ELIAS, Luís Vasco (Coord.). **10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Reflexões Sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 216.

VADE MECUM SARAIVA. 35^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

ANÁLISE JURÍDICA ACERCA DO DIREITO À MORADIA E DIREITO À PROPRIEDADE – UMA APROXIMAÇÃO POSSÍVEL

VICTOR MENEZES BARROS DE SA.

Analista Judiciário do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Christus – Unichristus. Pós-graduado (especialização) em Direito Constitucional pela Faculdade Única de Ipatinga²⁰.

RESUMO: O presente trabalho intersecciona os direitos à propriedade e direito à moradia. Num primeiro momento, analisam-se aspectos sobre o direito à propriedade, notadamente conceito, elementos e evolução histórica. Num segundo momento, são apresentados contornos jurídicos acerca do direito à moradia, demonstrando sua marca social, bem como previsão legislativa interna e normativo-internacional. Feitas essas duas abordagens, relacionam-se os institutos, trazendo a proposta de reconhecer o direito à moradia enquanto aspecto dinâmico do direito à propriedade, nos moldes definidos pela função social. Com uma pesquisa de matriz bibliográfica, adota-se mecanismo dedutivo, partindo-se de disposições gerais sobre o tema para, depois, alcançar pontos de confluência.

Palavras-chave: Direito à moradia. Direito à propriedade. Aspecto Dinâmico.

ABSTRACT: The present work intersects the rights to property and the right to housing. At first, aspects of the right to property are analyzed, notably the concept, elements and historical evolution. In a second moment, legal contours about the right to housing are presented, demonstrating its social mark, as well as internal legislative and normative-international forecast. Having made these two approaches, the institutes are related, bringing the proposal to recognize the right to housing as a dynamic aspect of the right to property, in the manner defined by the social function. With a bibliographic matrix research, a deductive mechanism is adopted, starting from general dispositions on the theme to, later, reach points of confluence.

Keywords: Human Right to adequate housing. Right to property. Dynamic Aspect.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Aspectos acerca do Direito à propriedade; 2 Disciplina jurídica do Direito à moradia; 3 Da possibilidade de aproximação dos institutos jurídicos; Considerações Finais; Referências.

²⁰ E-mail: victor_menezes_barros@hotmail.com

INTRODUÇÃO

De início, faz-se mister abordar toda uma disciplina jurídica do direito à propriedade no ordenamento jurídico brasileiro. Adotando-se inicialmente uma marca perpétua, exclusiva e individual, conferindo direitos absolutos de uso, gozo e reivindicação do bem, a propriedade passa por novos contornos, deslocando-se de uma visão lógico-legalista estrita para uma noção socializante.

Abordada a noção de propriedade, passa-se ao contexto do direito à moradia, reconhecido enquanto direito social de segunda dimensão e, como tal, apto a exigir do Ente Estatal uma postura positiva.

O ponto de comunhão entre os institutos reside no reconhecimento do aspecto dinâmico da propriedade que pode, em uma de suas várias facetas, materializar-se por meio da garantia de habitabilidade adequada.

Há, pois, a superação de um modelo estático-formal em que a relação se resume à coisa-proprietário para um modelo socializante, com fundamento na função social.

1 ASPECTOS ACERCA DO DIREITO À PROPRIEDADE

Em breve esboço histórico, o direito à propriedade moldou sua estrutura com a progressividade das sociedades. Washington de Barros, abordando os primórdios da civilização, indica a passagem de uma visão coletiva para assumir uma feição individual, notadamente a partir do Império Romano. Dessa feita, a Idade Antiga adota uma visão perpétua, absoluta e indivisível da propriedade.²¹

A título complementar, classicamente, o vocábulo propriedade vem do latim, derivado de *proprietas*, a saber, aquilo que é inseparável da coisa, num sentido de permanência.²² Carlos Roberto condensa esse conceito clássico, demonstrando traços evidentes na nossa ordem jurídica, ao definir a propriedade como “[...] o poder jurídico atribuído a uma pessoa de usar, gozar e dispor de um bem corpóreo ou incorpóreo, em sua plenitude e dentro dos limites estabelecidos na lei, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha”.²³

A Idade Média, por sua vez, adequando o instituto jurídico a ordem social marcadamente estamentária, compreende a propriedade num contexto fragmentário,

21 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. V. 3: Direito das coisas. 37 ed. rev. e atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003, p.80.

22 SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.1242.

23 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: direito das coisas. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 229-230.

concepção que possibilita novos moldes nos modelos de Estado Liberal (de tom marcadamente civilista) e Estado Social (de cunho comunitário-funcional).

É no Estado Democrático de Direito, no entanto, que uma visão contemporânea de propriedade se assenta. Fundado num tripé justiça social – igualdade – legalidade, sua natureza jurídica deixa de focar em atributos puramente exclusivos. Ivan Ramos ensina que:

No Estado social e democrático de Direito, opera-se uma completa mudança na concepção de propriedade, visando desvinculá-la do liberalismo individualista, que a orientava desde o nascimento do Estado liberal, da Revolução Francesa. O direito individual não pode ser exercido ou mesmo concebido em prejuízo da coletividade. O pluralismo suplanta o individualismo, considerado axiologicamente.²⁴

Nesses termos, há uma evidente desvinculação da noção exclusiva da propriedade, desnaturando uma visão irrestrita da propriedade, a qual passa a pontuar uma função social.

Por fim, calha citar uma série de diplomas legislativos que disciplinam o presente assunto em sede pátria.

A priori, destaca-se a Constituição Federal de 1988, marca de um processo de ruptura à ditadura militar, em amplo processo de abertura à democracia. Nesse contexto, o direito de propriedade comporta a intervenção na esfera privada, com o intento de alcançar valores sociais de forma plena. Gustavo Tepedino indica que: “A Constituição brasileira de 1988 introduziu profundas transformações na disciplina da propriedade, no âmbito de uma ampla reforma de ordem econômica e social, de tendência nitidamente intervencionista e solidária”.²⁵

O Estatuto das Cidades e Código Civil, ainda, vão apresentar contornos mais pontuais. O primeiro pauta-se na adoção de medidas estatais coercitivas para garantia de uma utilização funcional da propriedade por meio das exigências do Plano Diretor, ao passo que o segundo, em capítulo atinente ao Direito das Coisas, prescreve os atributos do instituto jurídico em liça (uso, gozo, fruição e reivindicação de quem injustamente o

24 CHEMERIS, Ivan Ramon. **A função social da propriedade**: o papel do Judiciário diante das invasões de terras. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 40.

25 TEPEDINO, Gustavo. **Temas do Direito Civil**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 268.

detém), permitindo um diálogo de fontes e adequando a propriedade a suas várias nuances.

2 DISCIPLINA JURÍDICA DO DIREITO À MORADIA

Ab initio, num contexto típico da Sociologia, a moradia guarda conexão como núcleo pessoal e íntimo do indivíduo/família/comunidade em que desenvolve sua vida particular e garante seu refúgio e sobrevivência. Alexandre Shimizu em trabalho publicado no CONPEDI indica que:

Moradia é o lugar íntimo de sobrevivência do ser humano, é o local privilegiado que o homem normalmente escolhe para alimentar-se, descansar e perpetuar a espécie. Constituiu o abrigo e a proteção para si e os seus; daí nasce o direito a sua inviolabilidade e à constitucionalidade de sua proteção.

Numa visão jurídica, a moradia é um direito marcadamente social. Dessa feita, por ser enquadrar na segunda dimensão dos direitos fundamentais (aqui compreendidos como o núcleo fundamental, fundante de uma ordem jurídica legitimamente soberana), exige uma postura ativo-prestacional do Estado. É, nesse sentido, um direito público subjetivo, podendo ser exigido quando violado ou patente de violação pelo particular ou até mesmo da autoridade estatal.

Conferir a moradia ao indivíduo sem a preocupação de que esta seja efetivamente digna não preenche as disposições relativas à tratativa jurídica. Ter uma moradia digna implica em disponibilizar uma ampla gama de mecanismos para o desenvolvimento efetivo da pessoa. Nélon Saule Júnior, destacando a normativa internacional quanto ao Comentário Geral n.º 4 do Cômite dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

Em primeiro lugar, o direito à moradia é vinculado integralmente a outros direitos humanos e os princípios fundamentais que servem de premissa ao Pacto. Assim, pois, 'a dignidade inerente à pessoa humana', da qual os direitos contidos no Pacto derivam, requer que o termo moradia seja interpretado levando em conta outras diversas considerações das quais o mais importante é que o direito à moradia deva ser assegurado a todas as pessoas, seja qual for sua renda ou seu acesso aos recursos econômicos. Em segundo lugar, a referência ao parágrafo 1º do artigo 11 deve ser entendida não apenas como direito à moradia, mas à moradia adequada.²⁶

²⁶ SAULE JÚNIOR, Nélon. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004, p. 102.

É impossível, nesse sentido, dissociar o direito à moradia em sua feição mais efetiva do princípio fundante da ordem jurídico-pátria vigente: a dignidade da pessoa humana. Ingo Sarlet dispõe acerca da relevância do núcleo habitacional para garantia de uma vida com saúde e bem-estar:

Com efeito, sem um lugar adequado para proteger-se a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem-estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, o seu direito à vida.²⁷

Há uma comunhão de entendimentos quando diante da prescrição da Constituição Federal de 1988. O artigo 23, inciso IX da Carta Magna aduz que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

Na seara internacional, os diplomas denominados de Agenda Habitat I (Declaração de Vancouver) e Agenda Habitat II definiu uma série de compromissos entre os países signatários, notadamente melhoraria da infraestrutura e gestão de política pública de assentamentos. Nesse sentido:

A melhoria da qualidade de vida dos seres humanos é o primeiro objetivo mais importante de cada política humana de assentamentos. Estas políticas devem facilitar a melhoria rápida e contínua na qualidade de vida de todos os povos, começando com a satisfação das necessidades básicas do alimento, o abrigo, água limpa [...] em um enquadramento da liberdade, da dignidade e da justiça social.²⁸

É patente, portanto, o caráter imprescindível e fundamental do direito à moradia, exigindo um corpo jurídico denso e uma série de medidas de políticas públicas para a sua materialização.

3 DA POSSIBILIDADE DE APROXIMAÇÃO DOS INSTITUTOS JURÍDICOS

27 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. Ed. Porto Alegre.: Livraria do Advogado, 2002, p. 232.

28 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Vancouver**. Disponível em: <<http://www.onu-brasil.org.br/documentos.php>>. Acesso em 6 maio 2023.

Numa proposta de confluência entre os institutos da propriedade e da moradia, Elaine Pagani aborda os aspectos estático e dinâmico do bem particularmente analisado.

O aspecto estático guarda relação direta com o detentor do bem (proprietário), residindo seu núcleo na propriedade em si mesma considerada. Seria, pois, a condição de resistência do detentor do bem ao menor sinal de violação, vale dizer:

O direito de propriedade considerado no seu caráter estático traduz-se na proteção do direito de propriedade daquele que já é proprietário de uma determinada coisa e, nesse sentido, o ordenamento jurídico dispõe de diversos dispositivos legais que protegem o direito de propriedade daquele que é proprietário.²⁹

Ultrapassada a barreira meramente estrita da propriedade, o aspecto dinâmico, por seu turno, representa um rompimento dos limites técnicos do uso, fruição e disposição de bem, baseando-se num novo tripé: ser detentor da propriedade; dar acesso efetivo à propriedade e dar acesso à moradia. Pagani assevera que: “[...] os imóveis urbanos, a exemplo de casas, apartamentos, apesar de não serem destinados à produção, também devem cumprir sua função social cuja essa função poderá ser a destinação para a moradia”.³⁰

Soma-se a essa compreensão, a premissa de que a função social encartada na Constituição Federal irradia suas prescrições a uma série de instituições jurídicas, nela inserida a propriedade e, por consequência, no direito à moradia. Nesse sentido, faz parte da própria configuração da propriedade a exigência constitucional de preenchimento de uma função que atinja a coletividade. Judith Martins-Costa preleciona que:

[...] o atributo da função social não é meramente ‘externo’ ao direito: constituindo, em caráter imediato, a função social do bem (objeto do direito), reflete-se no conjunto de situações jurídicas incidentes sobre o bem e assim, de forma mediata, ela, a função social, acaba por integrar o complexo de direitos e deveres subsumidos no conceito de ‘direito de propriedade’ [...].³¹

Dito isso, revisitar os conceitos clássicos implica na realização de um processo de filtragem constitucional: o instituto da propriedade (como de uma série de outros

²⁹ PAGANI, Elaine Adelina. **O direito de propriedade e o direito à moradia**: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2009, p. 90.

³⁰ Ibid., p.60.

³¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito**: o renascer do “venire contra factum proprium”. AJURIS, Porto Alegre, v. 32, p. 169, mar. 2005.

elementos jurídicos) alcança uma nova nuance perante a Constituição Federal, num procedimento de constitucionalização do direito privado, aqui inserido o Direito Civil. Rochele Jelinek, ao citar Tepedino, indica que: “novos parâmetros para a definição da ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais”.³²

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem do direito à moradia e do direito à propriedade em corpo normativo denso que se tangencia implica em sua série de repercussões jurídicas.

A priori, abordar o conteúdo jurídico da propriedade implica em reconhecer seu aspecto técnico (que ainda é uma marca na sociedade contemporânea), de conteúdo individualista e absoluto.

O decurso histórico aponta para uma mudança de concepção do direito em pauta, muito sob influência de um Estado Social que se pauta na consecução dos objetivos comuns da sociedade. Nessa esteira, o direito de propriedade passa a exigir uma função social.

O direito à moradia, a seu turno, disposto expressamente na Constituição Federal por meio de Emenda Constitucional nº 26/2000 representa a proposta do Constituinte Derivado em materializar a habitabilidade digna à sociedade brasileira, reconhecidamente deficitária.

Nesse sentido e como consequência do presente trabalho, é possível depreender que a moradia representa um novo aspecto do direito à propriedade, compreendida como uma feição dinâmica, fundada na Carta Magna, bem como em uma série de outros documentos jurídicos esparsos.

REFERÊNCIAS

CHEMERIS, Ivan Ramon. **A função social da propriedade**: o papel do Judiciário diante das invasões de terras. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

32 JELINEK, Rochelle. O princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil. MPRS. 2006. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/media/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>>. Acesso em 6 maio 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: direito das coisas. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JELINEK, Rochelle. O princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil. MPRS. 2006. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/media/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>>. Acesso em 6 maio 2023.

MARTINS-COSTA, Judith. **A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito**: o renascer do *venire contra factum proprium*. AJURIS<, Porto Alegre, v. 32, p. 169, mar. 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. V. 3: Direito das coisas. 37 ed. rev. e atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Vancouver**. Disponível em: <<http://www.onu-brasil.org.br/documentos.php>>. Acesso em 6 maio 2023.

PAGANI, Elaine Adelina. **O direito de propriedade e o direito à moradia**: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2009.

SAULE JÚNIOR, Nélon. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. Ed. Porto Alegre.: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas do Direito Civil**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO E DIREITO DO TRABALHO

KARYNE MAXIMIRO AZEVEDO:

Bacharelada em Direito pela
Universidade de Gurupi – UnirG³³.

LEONARDO GUIMARÃES TORRES³⁴

(orientador)

RESUMO: Os direitos e liberdades dos trabalhadores tem servido de palco para inúmeras discussões em décadas recentes. Isso decorre porque se costumou a estudar e dar atenção à ligação entre o texto constitucional e as leis trabalhistas, ao qual se busca enfatizar uma maior proteção aos direitos fundamentais aos trabalhadores. Por essa razão, o presente estudo buscou discorrer a respeito da verificação da incidência dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas estabelecidas entre trabalhadores e empregadores. Desse modo, abordou-se nessa pesquisa a eficiência prática dos direitos fundamentais em sede do Direito do Trabalho, apresentando situações cotidianas que fazem valer essa relação. Na metodologia, o estudo foi sustentado em pesquisa bibliográfica, buscando apontar caminhos que defendem a ideia de que a constitucionalização do Direito do Trabalho seja de fato uma realidade jurídica cada vez mais implantada na prática, ou seja, que o trabalhador tenha seus direitos e sua dignidade preservada no ambiente laboral. Nos resultados, ficou claro constatar que a constitucionalização do Direito do Trabalho deve ser discutida e evidenciada, porque traz para as relações trabalhistas um olhar mais humano e igualitário, o que certamente trará benefícios as partes. Um trabalhador que tem a segurança de ser protegido pela empresa que trabalha, com certeza irá implantar um esforço maior para desempenhar melhor a sua função. Por outro lado, o empregador causará a satisfação do empregado e a otimização dos serviços e crescimento no mercado.

Palavras-chave: Constitucionalização. Direito do Trabalho. Direitos Fundamentais.

THE CONSTITUTIONALIZATION OF THE PROCESS AND LABOR LAW

ABSTRACT: Workers' rights and freedoms have been the stage for numerous discussions in recent decades. This stems because it used to study and pay attention to the connection between the constitutional text and the labor laws, which seeks to emphasize greater protection to fundamental rights to workers. For this reason, the present study sought to

³³ E-mail: karynemaximiro@hotmail.com.

³⁴ Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: leonardo_torres@outlook.com.br.

discuss the verification of the incidence of fundamental rights in the context of legal relations established between workers and employers. Thus, this research addresses the practical efficiency of fundamental rights in labor law, presenting everyday situations that make this relationship worth. In the methodology, the study was sustained in bibliographic research, seeking to point out ways that advocate the idea that the constitutionalization of labor law is indeed an increasingly implanted legal reality in practice, that is, that the worker has his rights and his preserved dignity in the work environment. In the results, it is clear that the constitutionalization of labor law should be discussed and evidenced, because it brings to labor relations a more human and egalitarian look, which will certainly bring benefits to the parts. A worker who has the security of being protected by the company he works will surely implement a greater effort to better perform his job. On the other hand, the employer will cause employee satisfaction and optimization of services and growth in the market.

Keywords: Constitutionalization. Labor Law. Fundamental rights.

Sumário: 1. Introdução. 2. Direito Constitucional e Direito do Trabalho: aspectos gerais. 3. A Constitucionalização do Direito do Trabalho. 4. Dos exemplos práticos. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Todo indivíduo necessita de ter resguardado os seus direitos fundamentais, seja por meio de normas ou em situações cotidianas em sociedade. No ambiente laboral essa questão se torna ainda mais necessária, uma vez que se encontra no mercado de trabalho objetivos distintos, aos quais de um lado encontram-se os sistemas de produção, pelo qual as empresas buscam o lucro e o sucesso e do outro lado, os empregadores que tencionam se manter economicamente.

Esses objetivos diferentes fizeram com que surgisse no campo doutrinário e judicial o movimento chamado de constitucionalização do Direito do Trabalho, cujo foco é atribuir uma maior efetividade na proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Discutindo sobre a constitucionalização do Direito do Trabalho, é preciso entender se os direitos fundamentais se encontram devidamente consagrados dentre das relações trabalhistas. É necessário compreender que o trabalhador – e também o empregador – devem possuir uma relação com base nos direitos fundamentais e não somente na natureza intrínseca empregada ao mercado de trabalho.

Devido às mudanças ocorridas nas empresas e no mercado, advindo principalmente pela tecnologia e desenvolvimento social e econômico, as relações trabalhistas também foram impactadas, ao passo que pode surgir situações em que algumas das partes dessa

relação – nesse caso, na maioria é o trabalhador – sofra prejuízos que vão além da ordem laboral. Situações que afetam diretamente à dignidade desse indivíduo.

No decorrer da análise desse tema procurou-se responder a seguinte indagação: qual o impacto da ligação entre os preceitos constitucionais e as normas trabalhistas?

Portanto, o presente estudo teve como escopo verificar a forma pela qual poderá ocorrer a incidência dos direitos fundamentais nas relações de Direito do Trabalho. Para isso se fez necessário realizar uma análise de modo mais abrangente o conceito e entendimento acerca dos direitos fundamentais.

Dessa forma, buscou-se se realizar uma análise sobre a eficácia desses direitos sob a ótica de várias situações jurídicas (e pessoais) no ambiente de trabalho. Expôs-se de que forma os direitos fundamentais interferem na relação jurídico-públicas dos atores pertencentes ao âmbito laboral.

A metodologia empregada foi a de revisão da literatura, tendo como fonte de pesquisa a base de dados digitais como Google, Scielo, etc., e em livros, periódicos, artigos científicos e na legislação e jurisprudência brasileira.

2. DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DO TRABALHO: ASPECTOS GERAIS

Antes de se adentrar no tema proposto por esse estudo é necessário tecer algumas linhas gerais a respeito da constitucionalização do Direito e do Direito do Trabalho. Assim, inicialmente apresentam-se os principais aspectos do Direito Constitucional e Trabalhista.

Em termos conceituais, o Direito Constitucional é um ramo do direito público interno, que tem por finalidade “resguardar direitos coletivos e individuais, tratar acerca do pacto federativo, do sufrágio universal e secreto, a separação dos poderes, disciplina e trata acerca das instituições estatais” (LIMA, 2015, p. 01).

Miranda (1990, apud LIMA, 2015, p. 01) ao relatar sobre o nascedouro de uma constituição, afirmou que “a ilação do constitucionalismo com a proteção direitos fundamentais foi o que incrementou substancialmente o constitucionalismo como movimento em rumo de uma igualdade cada vez maior entre os homens”.

O surgimento da proteção aos direitos fundamentais tem caráter recente, apesar de que desde a Idade Antiga já havia preocupação em torno desses direitos já consagrados nos mais diversos sistemas constitucionais (LEITE, 2017).

O constitucionalismo possui a marca indelével que é a proteção dos direitos individuais contra a interferência do Estado. Leite (2017, p. 03) defende o posicionamento

de que a “gênese do constitucionalismo está atrelada ao ímpeto quanto a positivação dos direitos e garantias aptos a salvaguardar os indivíduos contra o arbítrio do Estado”.

Os princípios de justiça social consolidados a partir de Manifesto Comunista de 1848 de Karl Marx e Friedrich Engels que passou a propalar a ideia segundo a qual deveria o Estado buscar legitimação garantindo os direitos sociais, nem que fosse para remetê-los ao plano de promessa a ser descumprida após (LIMA, 2017).

O conceito de justiça social escolhe instrumentos para sua efetivação, quais sejam, o respeito à dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, a construção de uma sociedade livre, justa, solidária, a garantia do desenvolvimento nacional e a promoção do bem-estar de todos (BRASIL, 1988).

Como descreve Ferreira (2016, p. 28) “os direitos sociais são direitos públicos subjetivos dirigidos contra o Estado, a determinar a exigibilidade de prestação no que se refere à educação, saúde, trabalho, lazer, segurança e previdência social”.

No entendimento de Miranda (1990, p. 45) a constituição é “resultado dialético do processo formador do Estado. O constitucionalismo social, como integrante da maioria das constituições contemporâneas, não poderia, em absoluto, se postar indiferente a esta constatação”.

No Brasil, o Direito Constitucional está pautado na Constituição Federal de 1988, que tem por égide a proteção dos direitos individuais e coletivos. De acordo com Araújo (2018, p. 28) “uma Constituição codificada, rígida (pois exige um quórum qualificado para proposição de emendas à Constituição e ao processo legislativo em geral), popular e prolixa”.

De todo modo, a atual Constituição Federal de 1988 pretende garantir os direitos sociais, econômicos, políticos e culturais que desde o período anterior haviam sido suspensos pelos governos no período da ditadura. Ela possui 245 artigos que se divide em nove títulos. Esses títulos se dividem consoante as atribuições de seus artigos. Cada título traz aqueles artigos referentes a determinada área, ou princípio, para ser mais fácil subdividir todas as características que regimentariam a sociedade brasileira a partir daquele momento (ALBUQUERQUE, 2017).

Um dos temas mais importantes que foram encontrados no novo texto constitucional diz respeito ao Trabalho. Assuntos relacionados ao trabalho sempre são bastantes discutidos, uma vez que todo cidadão em alguma fase da vida sempre se depara com a busca de emprego/trabalho, visto que o mesmo é maior fonte de renda lícita existente, desde a Antiguidade.

Antes de se adentrar no Direito do Trabalho, necessário conceituar o trabalho. Em termos conceituais, de forma geral, o trabalho é “objetivamente correlativo do impulso, isto é, a aplicação da força impulsiva a qualquer produção ou realização de um fim humano” (FERRAZ, 2018, p. 02). Ou então qualquer atividade humana que modifica a natureza a partir de determinada matéria.

No conceito jurídico, o trabalho deve, sobretudo, ser lícito, valoráveis e socialmente proveitoso, não precisando ser obrigatoriamente produtivo. Nesse sentido jurídico, trabalho “é toda atividade humana lícita que, sob dependência de outrem, é realizada com intuito de ganho” (FERRAZ, 2018, p. 02). E prossegue:

O Direito do Trabalho, pode ser entendido como “o conjunto de princípios e de normas que regulam as relações jurídicas oriundas da prestação de serviço subordinado e outros aspectos deste último, como consequência da situação econômico-social das pessoas que o exercem” (FERRAZ, 2018, p. 03).

Cabe mencionar a OIT (Organização Internacional do Trabalho) previsto no Tratado de Versalhes (1919) que regulamenta a respeito das regras gerais a respeito do trabalho e a Declaração dos Direitos Humanos, de 1948, que também regulamenta diversos direitos trabalhistas (férias remuneradas, limitações de jornada, entre outros).

Em âmbito pátrio, o Direito do Trabalho teve diversas influências. No campo externo sua maior influência foi o ingresso na OIT onde propunha observar normas trabalhistas. No campo interno, com o advento da Constituição Federal de 1988, as regras referentes ao trabalho tiveram uma interpretação mais humana e social. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana, base para todos os outros princípios e normas, reflete a importância do indivíduo e da sua integridade frente a todas as questões jurídicas.

A constituição atual consolidou diversas conquistas aos trabalhadores e também no campo dos direitos humanos, conforme se expõe no quadro 1:

QUADRO 1 – PRINCIPAIS CONQUISTAS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

DIREITOS TRABALHISTAS	DIREITOS HUMANOS
O abono de indenização de 40% do FGTS na demissão e o seguro-desemprego;	Fim da censura dos meios de comunicação;

<ul style="list-style-type: none"> O abono de férias e o 13º salário para aposentados; 	<p>Liberdade de expressão;</p>
<ul style="list-style-type: none"> Jornada semanal de 44 horas, quando antes era de 48 horas; 	<p>Direito das crianças e adolescentes;</p>
<ul style="list-style-type: none"> Licença maternidade de 120 dias e licença paternidade de 5 dias; 	<p>Eleições diretas e universais com dois turnos;</p>
<ul style="list-style-type: none"> Direito à greve e a liberdade sindical. 	<p>A prática do racismo passou a ser crime inafiançável;</p>
	<p>Proibição da tortura;</p>
	<p>Igualdade de gêneros;</p>
	<p>Fomento ao trabalho feminino.</p>

Fonte: BEZERRA (2017)

Frente ao exposto, o Direito do Trabalho no Brasil, com base no humanismo do texto constitucional, traz em seu bojo a necessidade de garantir não apenas o trabalho/emprego, mas, sobretudo, estabelecer condições mínimas de trabalho aos empregados, que são o núcleo movimentador da economia do país.

3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

Nas décadas recentes, a luta por igualdade, respeito e demais garantias fizeram com que a sociedade implantasse de forma direta e orgânica a sua aplicabilidade em todas as esferas sociais. No cenário trabalhista essa questão também não ficara ausente. O que se observa, atualmente, é uma atenção voltada aos direitos e liberdades públicas dos cidadãos, e principalmente, dos cidadãos-trabalhadores.

A explicação para essa nova realidade é decorrente pelo fato de que o mercado de trabalho atual se encontra em franca transformação, tanto na área tecnológica quanto no pessoal. Isso faz com que os administradores e “patrões” tenham que se adaptar as novas mudanças, principalmente em relação à sua postura diante dos empregadores.

Em razão disso, surgiu o movimento jurídico denominado de *constitucionalização do Direito do Trabalho*, que busca incidir uma maior efetividade na proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Por meio desse movimento fica claro que há possibilidade de haver uma colisão entre direitos dos trabalhadores e dos empregadores (ROCHA, 2016).

Para melhor entendimento desse tema, necessário se faz delimitar alguns pontos. Primeiramente é preciso entender o que seja os direitos fundamentais. Para Abrantes (2019, p. 77) o termo *direitos fundamentais* serve para estabelecer os direitos normatizados no ordenamento jurídico, onde pode ser visto na dignidade, na liberdade e na igualdade do cidadão, mesmo quando não estão no texto normativo”.

É notório observar que a doutrina jurídica tem encontrado no âmbito das relações trabalhistas diversas situações que vão em desacordo ao propagado pelos direitos fundamentais: que basicamente seria o respeito máximo ao indivíduo em sua totalidade. Nesse ponto, Teresa Moreira (2017, p. 58), acentua que “uma organização, ao qual já se pressupõe que emana poder, tendo assim diversas faculdades de atuação, motivo pelo qual possui uma enorme oportunidade de desrespeitar os direitos fundamentais pertencentes aos empregados”.

Desse modo, fica claro que os direitos fundamentais estão enraizados nas relações de trabalho, haja vista que nesse ambiente – que também é social, portanto, passível de regulamentação – deve-se empreender todo e qualquer atributo ao respeito à dignidade física e moral dos trabalhadores. Ao discorrer sobre essa questão, Escribano Gutiérrez (2005 apud AMARAL, 2017, p. 07) afirma que “o texto constitucional não poderia ficar à mercê do que ocorre dentro e fora do ambiente trabalhista, ao contrário, deve estar presente nas relações entre os empregadores e demandados”. É por meio desse entendimento, que se iniciou uma tomada de decisões jurídicas que traziam em seu bojo essa linha de pensamento.

Continuando, também na doutrina e na jurisprudência, entende-se que os direitos fundamentais ainda se encontra como base para as normas e demais aspectos do Direito do Trabalho, uma vez que mesmo nas relações de trabalho privadas, há uma dinâmica de poder ao qual o empregador está abaixo do patrão, o que pode levar a situações de desrespeito e de excessos, não deixando de ser um poder social com relevância jurídica (RICCIO, 2017).

Importante mencionar ainda quem no desenvolvimento do contrato de trabalho há também uma demonstração do uso dos direitos fundamentais. *In casu*, “na formalização do contrato de trabalho, o funcionário concede permissão ao empregador o uso da sua força (física e mental) na realização de determinada função, ocasionando assim, uma

relação de dependência” (MOREIRA, 2018, p. 59). Esse ‘pacto’ feito por meio do contrato de trabalho já mostra, inicialmente, “uma espécie de limitação à liberdade pessoal do trabalhador” (AMARAL, 2017, p. 07).

Há também que se mencionar o impacto que as tecnologias (principalmente as redes sociais) e os novos modelos de organização da empresa, que vieram trazer mais concorrência e maior zelo de competitividade, expandem muitas prerrogativas do empregador, ocasionado um aumento de sua autoridade na relação de trabalho, principalmente no que se refere à proteção aos direitos da pessoa do trabalhador, representados no geral pelos direitos de liberdade, privacidade e dignidade (ABRANTES, 2019).

O que vem ocorrendo em tempos recentes é uma nova roupagem sobre as relações trabalhistas, principalmente quando se configura um flagrante de excesso de poder por parte do empregador. A crescente onda da constitucionalização do Direito do Trabalho, nesse aspecto, veio estabelecer o entendimento de que o trabalhador deixou de ser visto somente como um indivíduo que apenas realiza um serviço à ordem de alguém. Agora ele é visto também como um indivíduo-cidadão, que deve ser reconhecido todos os seus direitos constitucionais, dentre os quais se destacam a dignidade da pessoa humana (AMARAL, 2017).

Em síntese, o que a constitucionalização do Direito do Trabalho traz em seu conteúdo é “prevenir que o trabalhador possa ser visto apenas como uma mercadoria ou como alguém que obedece a ordens, mas sim, um trabalhador que possui direitos e respeito a sua totalidade, ou seja, um cidadão” (MOREIRA, 2018, p. 08).

Nesse sentido, cabe citar:

Assim como ocorre com os direitos inerentes ao meio laboral, como a greve e a liberdade sindical, alguns direitos encontrados na Carta Magna também podem se enquadrar nesse seio, ao qual chamamos de “direitos fundamentais da pessoa do trabalhador”. Nesse sentido, ainda que tais direitos constitucionais sejam objetivados para um contexto geral, eles também podem ser aplicados ao Direito do Trabalho. São direitos que protegem o indivíduo e garante a ele o respeito a sua dignidade tanto quanto cidadão quanto um funcionário (VALDÉS, 2018, p. 08).

Ainda sobre essa temática, acrescenta-se:

Dento de um Estado Social de Direito, a observância dos direitos fundamentais deve ser pautadas sobretudo na garantia da liberdade,

assim como o poder de decisão e autodeterminação em todos os aspectos da vida pública e social. Terá de ser analisado tanto no contexto interno – meio social ao qual está inserido – para considerá-lo in concreto, ou seja, no externo, na sua vida pública, ao qual adentra nesse sentido, nas relações de trabalho (BERLIN, 2010 apud AMARAL, 2016, p. 09).

Ao discorrer sobre esse tema, José João Abrantes (2019, p. 58) afirma que ao ligar os direitos fundamentais à figura do trabalhador, não se pode analisar essa ligação apenas no campo contratual, mas sobretudo, no aspecto pessoal e íntimo do indivíduo, que também é um “ser humano (com todos os seus aspectos); a ponto de que a formalização de um contrato de trabalho não afasta de modo algum os direitos dos trabalhadores assegurados na Constituição”.

Percebe-se que dentro da seara das relações laborais, é possível notar uma proximidade entre os indivíduos, abrindo caminho para haver todo tipo de afronte aos direitos fundamentais. Aqui, esse fato é ainda mais verificado ao ter uma desigualdade de “poderes” entre os empregadores e empregados, ao qual esse último é a parte mais vulnerável.

Essa situação é inerente ao ambiente de trabalho, principalmente quando há previsão de salário e demais direitos, uma vez que o trabalhador emerge dentro de si esforços para a efetivação de crescimento de outrem. Essa relação jurídica, ao qual não se questiona, diante do cenário de sujeição de uma das partes em relação à outra, pode ensejar maiores riscos que em outras relações jurídicas (AMARAL, 2016).

Cabe salientar, que com base na constitucionalização do Direito do Trabalho, o agente particular não pode desrespeitar ou excluir os direitos fundamentais, uma vez que a liberdade e a dignidade dos indivíduos são bens intangíveis. Sendo assim, o trabalhador possui o direito de ter seus direitos preservados e respeitados em todas as situações emergentes do ambiente de trabalho.

Ainda que esteja consagrada e amparada juridicamente no Brasil, é preciso analisar de que modo poderá surgir a prática dos direitos fundamentais no âmbito laboral, se ela se dará de modo indireto ou mediato, ou ainda de modo direto, ou imediato. Soma-se a isso, a verificação de quais as causas que justifiquem a sua aplicabilidade.

Ao discorrer sobre a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, a jurisprudência brasileira já tem se posicionado no sentido de que a igualdade seja sempre considerada ao analisar casos de natureza trabalhista. Como exemplo, tem-se a decisão do Supremo Tribunal Federal que ao julgar o Recurso Extraordinário nº 161.243/DF, de 29 de

dezembro de 1996, entendeu pela incidência do princípio da igualdade nas relações trabalhistas.

Neste julgado, a Corte máxima do país se deparou com a seguinte situação: um trabalhador brasileiro –empregado numa companhia aérea em território francês – buscava seus direitos trabalhistas previstos em regulamentos da empresa. Ocorre que esse regulamento previa esses direitos apenas aos franceses. Nesse sentido, nota-se que há uma diferenciação de tratamento e garantias entre os trabalhadores de diferentes nacionalidades, ainda que eles pudessem exercer a mesma função.

Diante dessa situação, o então Ministro relator do referido processo – Recurso Extraordinário nº 161.243/DF –, reconheceu a visão diferenciada e elitista entre os trabalhadores, o que no presente caso ainda não trouxe aos autos uma razão razoável e legítima para tal espécie de tratamento.

No entanto, é majoritário o entendimento doutrinário de que se deva aplicar direta ou imediatamente os direitos fundamentais no Direito do Trabalho. Isso decorre pelo fato de que é somente por meio dessa via que deve ser possível efetivar de modo vantajoso a proteção dos direitos e liberdades públicas dos trabalhadores, dentro da relação trabalhista (ABRANTES, 2019).

Segundo Moreira (2018), a aplicação imediata da presente tese se justifica pela observância da desigualdade encontrada entre os trabalhadores e seus empregadores, caracterizando uma relação de vulnerabilidade por parte dos empregados. Por essa razão, há de se ter uma aplicabilidade imediata da constitucionalização nesses ambientes.

Ainda que haja entendimentos doutrinários diferentes sobre esse posicionamento, é imperioso aduzir que não se pode excluir o fenômeno dos poderes privados, ao contrário, tem-se que prevenir que essa realidade se torne ainda presente (ROCHA, 2016).

A respeito desse tema, importante mencionar:

A relação existente entre os trabalhadores e empregadores é uma situação que mostra claramente a diferenciação entre poderes, pois concede a um sujeito influência e poder de mudança sobre a vida de outrem. E por conta dessa situação, as decisões das empresas prevalece sobre a autonomia privada. Desse modo, não se pode permitir que os poderes inerentes aos empregadores estejam distantes aos preceitos constitucionais (MOREIRA, 2017, p. 69).

Insta salientar que mesmo no entendimento da aplicação mediata ou indireta dos direitos fundamentais sobre as empresas, é imperioso entender que, reconhecida a relação diferenciada entre o empregador e o empregador, é preciso haver uma exceção, ou seja,

deve-se promover a aplicação de forma imediata ou direta dos direitos, liberdades e garantias previstas na Constituição (ABRANTES, 2019).

De outro modo, também é preciso dizer que dentre das relações laborais, a relação de igualdade e respeito à liberdade não deve ser vista apenas sobre o olhar do empregado. Nesses casos, há o vice-versa, ou seja, os empregados devem agir de modo igualitário e de responsabilidade sobre a empresa e o empregador. Desse modo, os empregadores não podem afrontar os direitos fundamentais de outros, uma vez que esses direitos são garantidos a todos os indivíduos.

Por fim, Amaral (2016, p. 04) explica que a eficácia dos direitos fundamentais, só caberá no contexto jurídico quando “aptidão do seu conteúdo normativo para atingir a finalidade do seu objeto, consubstanciando-se este na garantia de um determinado campo de liberdade pessoal do indivíduo sem interferências indevidas do Estado ou de sujeitos particulares”.

4. DOS EXEMPLOS PRÁTICOS

Uma vez estabelecida a consagração da constitucionalização do direito do trabalho e dos direitos fundamentais dos trabalhadores, existe dentro do ambiente de trabalho e na relação trabalhista, situações que afrontam à liberdade, privacidade e dignidade dos trabalhadores.

São situações que ferem os princípios basilares da Constituição Federal de 1988, em especial o da dignidade humana, e que vão contra toda a defesa imposta pela lei e pela doutrina em relação à proteção ao indivíduo/trabalhador. Assim, nesse tópico apresentam-se situações inerentes às relações trabalhistas que podem ensejar a não observância dos preceitos constitucionais no âmbito do Direito do Trabalho.

Entre as várias situações, Anastacio (2016, p. 03) cita o “tratamento vexatório em ambiente público ou restrito, divulgação de lista com informações desabonadoras sobre trabalhadores que ajuizaram ação trabalhista, discriminação injustificada para a contratação, etc.”.

Campos Machado (2017, p. 18) também cita a “discriminação por motivos de gravidez, raça, cor, estado civil, além de outras formas de discriminação chamadas de *listas de restrições*”, entre outros, como causas que ferem os direitos fundamentais do trabalhador. Márcio Belloni apresenta um exemplo:

Pensemos num momento, um exemplo onde o empregado é obrigado a refazer uma peça que possui um defeito. De um lado, ele

deverá refazer por ser a subordinação um dever do próprio empregado. Por outro, o empregador poderá ordenar a remanufatura da referida peça defeituosa, pelo seu Poder de Direção, pois não é saudável que esta peça vá às prateleiras das lojas. Mas, se essa prática demonstrar que não existe defeito, e ainda, ocorre que a verdadeira intenção é o assédio moral, psicológico ou mobbing, teremos ultrapassada a referida linha limítrofe da subordinação e do poder diretivo, e caracterizado a violação de direito fundamental do trabalhador (BELLONI, 2018, p. 01).

É consenso que numa relação trabalhista, existem o empregador e o empregado, que formam os dois sujeitos do contrato de trabalho. É pelo contrato que se estabelece a dinâmica da relação trabalhista, aonde cada parte deve cumprir com os seus deveres e com as suas obrigações, já expostos anteriormente. Quando se passa do limite dessa relação já estabelecida, surge a afronta aos direitos fundamentais (RICCIO, 2017).

Outro exemplo claro que fere a dignidade do trabalhador é a revista pessoal. Conforme estabelecido em lei, o empregador motivado pela segurança da empresa e com a prevenção de sofrer os riscos da sua atividade econômica, além de proteger o seu patrimônio, possui o poder de fiscalização do empregado. Assim, o empregador pode promover revistas pessoais em seus empregados, o que não significa que pode usar dessa prerrogativa para cometer abusos.

Nesses casos a revista pessoal deve ter caráter geral e impessoal, ou seja, "destinada a todos os empregados, sem rodízios ou escolhas deliberadas, para evitar parcialidade e perseguições" (BELLONI, 2016, p. 02).

Outro exemplo é a discriminação aos portadores do vírus HIV. A Constituição Federal de 1988 em seu art. 3º, inciso IV afirma que um dos principais focos da República Federativa do Brasil é "promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (BRASIL, 1988). Para isso, qualquer discriminação fundamentada nessas condições é ato inconstitucional.

Adaptando essa normativa ao ambiente de trabalho, a dispensa do empregado, baseada unicamente por ser portador do vírus HIV, fere as garantias e os princípios constitucionais, como o da igualdade e da não-discriminação.

Assim:

Uma prática bastante comum é rescindir o contrato de trabalho do empregado soropositivo (portador do vírus HIV) movido unicamente pelo preconceito. A dispensa de empregado pelo fato de ser

portador do vírus HIV viola as garantias constitucionais da não discriminação e da igualdade. Não se discute o poder potestativo do empregador de dispensar trabalhadores sem motivação alguma, arcando com as indenizações contempladas pela lei. A dispensa de um empregado sem motivo é uma coisa, a dispensa em face de causa juridicamente inaceitável ou expressamente recusada pela lei é outra. Não há dúvida de que, na dispensa arbitrária e discriminatória, em sendo a sua real causa a condição de soropositivo do trabalhador, caracteriza-se um desrespeito aos direitos fundamentais do trabalhador (MARQUES, 2016, p. 06).

O que é proibido nesse caso é que “na dispensa arbitrária e discriminatória, em sendo a sua real causa a condição de soropositivo do trabalhador” (MARQUES, 2016, p. 29). A jurisprudência já pacificou esse entendimento, conforme os seguintes julgados:

ESTABILIDADE. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. PORTADOR DE HIV. O ordenamento jurídico pátrio não contempla estabilidade ao empregado com síndrome da imunodeficiência adquirida. Não restando comprovada a dispensa arbitrária ou discriminatória, insere-se no poder potestativo do empregador - que desconhecia a enfermidade - a dispensa imotivada de trabalhador portador do vírus HIV. Recurso a que se nega provimento. (TRT – 2º. Região – RO 02216.2017.015.02.00-0– Acórdão 20071007010 – Rel.Juiza Sonia Maria de Barros – J. em 22.11.2017 – DJSP – 30.11.2017).

Segundo o supracitado julgado, caso provado a dispensa pelo fato de o empregado ser portador do vírus HIV, a sua reintegração ao emprego deve ser imediata, além do recebimento das remunerações durante o afastamento e a compensação pecuniária pelo dano sofrido.

Outro exemplo pode ser conferido às transferências abusivas. O art. 468 da CLT prevê o princípio da imutabilidade contratual, onde só podendo haver qualquer alteração somente com a concordância do empregado e empregador. Cabe também observar que essa alteração não deve ocasionar prejuízos ao empregado, onde pode ocorrer a nulidade da cláusula infringente desta garantia. O art. 469, também da CLT prevê a proibição dessa alteração sem anuência das partes; a saber:

Art. 469. Ao empregador é vedado transferir o empregado, sem a sua anuência, para localidade diversa da que resultar do contrato, não se considerando transferência a que não acarretar necessariamente a mudança do seu domicílio.

(BRASIL, 1943)

O que ocorre nesse caso, é que vem sendo cometidos abusos de toda ordem no exercício desse direito. Como relata Marques (2016, p. 30) “as transferências abusivas, por exemplo, que em muitos casos não é a necessidade real de mudança serviço, mas tão somente visar uma perseguição por motivos fúteis e diversos ao contrato de trabalho”.

Por conta disso, essas transferências fogem do seu objetivo principal, caracterizando uma ofensa aos direitos do empregado, que se vê muitas vezes obrigado a mudar para não perder o emprego, ou até mesmo pedir demissão, dando margem para a aplicação da reparação dos danos ocorridos por essa situação, em especial aos direitos da personalidade.

Cita-se também a situação trabalhista referente às anotações desabonadoras na CTPS do empregado. Para ilustrar essas situações, cita-se o seguinte julgado:

DANO MORAL – ANOTAÇÕES DESABONADORAS NA CARTEIRA DE TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL – PREJUÍZO NA VIDA SOCIAL E PROFISSIONAL DO TRABALHADOR CARACTERIZADO – INTELIGÊNCIA DO § 4º., DO ARTIGO 29 DA CLT. A conduta desonrosa tomada pelo empregador, no sentido de anotar na CTPS que o contrato estava sendo rescindido em razão de improbidade, falta mais grave prevista na legislação trabalhista, representa um ato ilícito, uma vez que extremamente odiosa. Essa atitude gerou manifesto prejuízo, enquanto a carteira de trabalho constituiu em um registro profissional público do trabalhador, além de uma forma de identificação do cidadão. (TRT 12ª. R. – 3ª. T. – RO n. 3249/2018.016.12.00-7 – Rel. Gilmar Cavalheri – DJSC 08.03.18 – p.147).

O que o presente julgado afirma é que as anotações desabonadoras na carteira de trabalho do empregado é ato ilícito, uma vez que a CTPS do empregado é o seu cartão de visitas e é também o principal documento para a sua contratação. O art. 29, § 4º da CLT veda expressamente esse tipo de atitude do empregador, “pois lhe dificulta, ou praticamente impossibilita, conseguir nova colocação no mercado, além de atentar contra a imagem do trabalhador” (MARQUES, 2016, p. 28).

Outro exemplo de violação aos direitos constitucionais do trabalhador é a dispensa fundada em falsa justa causa. Um dos atos mais arbitrários que ocorrem na relação de trabalho é a dispensa por falsa justa causa. Ocorre quando o empregador dispensa o empregado sob a acusação de falsas ações ou omissões. Tal ação traz consequências sérias ao empregado, principalmente pelo abalo emocional e pelo sentimento de injustiça.

Além do dano moral, o empregado pode sofrer prejuízo material, pois tal ação pode coibir as chances de se obter novo emprego. Entretanto, o fato de ser acusado de algo que não fez é ainda mais destruidor, ferindo diretamente a sua integridade e causando danos quase irreparáveis.

Além dos exemplos apresentados acima, encontra-se também o assédio moral e sexual. No Direito do Trabalho, o assédio moral “pode ocorrer na relação de emprego por meio de alguns procedimentos do empregador, como, por exemplo, rigor excessivo, confiar tarefas inúteis ou degradantes, críticas em público, etc.” (ALKIMIN, 2018, p. 108).

Nessas inúmeras situações, surge ao empregado o direito de ter ressarcido o dano moral causado por essas humilhações. Cabe também o direito de ressarcimento aos danos materiais sofridos, como a perda do emprego e os eventuais gastos com tratamentos médicos e psicológicos.

Em decorrência da existência do dano moral afeta-se também “o ambiente de trabalho, violando assim a garantia constitucional de ter um meio ambiente de trabalho sadio e equilibrado” (ALKIMIN, 2018, p. 37).

Já o assédio sexual é considerado uma das ações mais corriqueiras no ambiente de trabalho. De acordo com Belloni (2018, p. 03) “assédio sexual é a solicitação de favores sexuais, a prática inoportuna, ou comportamentos similares, por via de manifestações verbais ou físicas”.

Em relação aos requisitos para a configuração do assédio sexual no trabalho, tem-se:

- a) Sujeitos (assediante e assediado);
- b) Posição de ascendência do assediante em relação ao assediado;
- c) Conduta coercitiva através de chantagem ou intimidação, implícita, visando à inequívoca obtenção de favores sexuais.

(BELMONTE, 2017, p. 157)

A par dessas condições, o assédio sexual acarreta consequências bastantes nocivas à vítima, “pois ocorre muitas vezes como sendo condição para obtenção ou manutenção do emprego, e havendo resistência por parte do trabalhador traz um clima de hostilidade e inquietude” (PAROSKI, 20018, p. 103).

Desse modo, fica evidente constatar que são várias as situações que ensejam a violação dos direitos fundamentais no Direito do Trabalho. Nos casos apresentados aqui, é cabível se ter a busca por justiça através do dano moral.

Ademais, verifica-se, portanto, que o empregado, numa relação de emprego, busca não apenas a ocupação de tempo, mas também o seu próprio desenvolvimento humano e social, além do próprio sustento. Quando ocorre algum dano ou prejuízo causado pelo empregador, esse condão resulta quebrado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer desse estudo, ficou claro observar inicialmente que a discussão sobre a aplicação dos direitos e liberdades de cada um, são tema de inúmeros debates. No entanto, pouco se discute sobre a previsão desses preceitos constitucionais no ambiente laboral, ou seja, no ordenamento jurídico do Trabalho.

Discutindo sobre a constitucionalização do Direito do Trabalho, ficou evidenciado que os direitos fundamentais se encontram devidamente consagrados dentre das relações trabalhistas. É majoritário o entendimento de que o trabalhador – e o empregador – devem possuir uma relação com base nos direitos fundamentais e não somente na natureza intrínseca empregada ao mercado de trabalho.

Atualmente, as normas constitucionais do Direito comparado já vêm reconhecendo a aplicabilidade das garantias e meios de tutela dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Com os avanços da tecnologia e o impacto que essas mudanças trazem ao mercado de trabalho, é plenamente importante discorrer sobre os garantismos dos direitos fundamentais aplicado ao trabalhador, uma vez que é ele quem está numa posição vulnerável na relação trabalhista.

Devido às mudanças ocorridas nas empresas e no mercado, advindo principalmente pela tecnologia e desenvolvimento social e econômico, as relações trabalhistas também foram impactadas, ao passo que pode surgir situações em que algumas das partes dessa relação – nesse caso, na maioria é o trabalhador – sofra prejuízos que vão além da ordem laboral. Situações que afetam diretamente à dignidade desse indivíduo.

Frente a importância dos assuntos discutidos nessa pesquisa, verifica-se que a doutrina e a jurisprudência têm tratado de forma imediata a importância de se observar os direitos fundamentais nas relações de trabalho, principalmente quando se verifica que em determinadas situações, como mostradas no decorrer desse estudo, o trabalhador não respeita a sua liberdade ou dignidade.

É por essa razão que se defende nessa pesquisa que a constitucionalização do Direito do Trabalho deve ser discutida e evidenciada, porque traz para as relações

trabalhistas um olhar mais humano e igualitário, o que certamente trará benefícios as partes. Um trabalhador, com a segurança de ser protegido pela empresa que trabalha, com certeza irá implantar um esforço maior para desempenhar melhor a sua função. Por outro lado, o empregador causará a satisfação do empregado e a otimização dos serviços e crescimento no mercado.

A consagração da constitucionalização do Direito do Trabalho é decorrente do esclarecimento de que é preciso efetivar os direitos fundamentais nesse ambiente, trazendo benefícios para todos, uma vez que será implantada a ordem de respeito a todos os envolvidos.

Para melhor efetivação desses direitos, ficou entendido que ele deve ser aplicado de forma imediata e direta, porque somente dessa forma poderá os trabalhadores e empregadores terem seus direitos fundamentais respeitados e aplicados frente a situações de conflito.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANTES, João José. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2019.

ALBUQUERQUE, Alex Albuquerque. **Constituição de 1988**. 2017. Disponível em: <<https://www.estudopratico.com.br/constituicao-de-1988-sua-historia-e-caracteristicas/>>. Acesso em: 27 fev. 2023.

ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio Moral na Relação de Trabalho**. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2018.

ALMEIDA, Cléber Lúcio de. **Direito processual do trabalho**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

AMARAL, Julio Ricardo de Paula. **Os direitos fundamentais e a constitucionalização do direito do trabalho**. 2017. Disponível em: <<https://www.diritto.it/os-direitos-fundamentais-e-a-constitucionalizacao-do-direito-do-trabalho/>>. Acesso em: 06 mar. 2023.

ANASTACIO, Monica Cilene. **Dano moral nas relações de trabalho**. 2016. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8003/Dano-moral-nas-relacoes-de-trabalho>>. Acesso em: 02 mar. 2023.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**. 11^o ed., São Paulo, Saraiva, 2018.

BELLONI, Márcio. **O Dano Moral no Direito do Trabalho**. 2018. Disponível em: <http://www.endividado.com.br/faq_det-7,27,417,dano-moral-dano-moral-no-direito-do-trabalho.html>. Acesso em: 28. fev. 2023.

BELMONTE, Alexandre Agra. **Danos Morais no Direito do Trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.

BEZERRA, Juliana. **Constituição de 1988**. 2017. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/constituicao-de-1988/>>. Acesso em: 05 mar. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesos em: 28 fev. 2023.

CAMPOS MACHADO, Leandro. **O dano moral na relação de trabalho: uma abordagem jurisprudencial**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 87, abr. 2017. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9393>. Acesso em: 05 mar. 2023.

FERRAZ, Fábio. **História do Direito do Trabalho**. 2018. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/estudantesdireito/anhembimorumbi/fabioferraz/evolucao_historica.htm>. Acesso em: 02 mar. 2023.

FERREIRA, Manuel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38 ed., São Paulo, Saraiva, 2016.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2018.

KOLLER, Silvia H. DE PAULA COUTO, Maria Clara P. HOHENDORFF, Jean Von. **Manual de produção científica**. Porto Alegre: Editora Penso, 2014.

LEITE, Gisele. **Constitucionalismo e sua história**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 94, nov. 2017. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=10611&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 05 jul. 2023.

LIMA, Darlison Gomes de. **Breve história do Direito Constitucional brasileiro**. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/43909/breve-historia-do-direito-constitucional-brasileiro>>. Acesso em: 05 mar. 2023.

MARQUES, Norma Jeane Fontenelle. **O dano moral e o Direito do Trabalho**. 2016. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=10574>. Acesso em: 06 mar. 2023.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 5.ed., Coimbra, Ed. Coimbra, t. 1, 1990.

MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. **Da esfera privada do trabalhador e o controle do empregador**. Coimbra: Coimbra Editora, 2017.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Dano Moral e sua Reparação no Direito do Trabalho**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2018.

RICCIO, Dayse, May. **Análise dos instrumentos de democracia participativa elencados na Constituição Federal de 1988**. 2017. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2050/A-democraciaparticipativanoBrasil>>. Acesso em: 06 mar. 2023.

ROCHA, Antônio Sérgio. **Genealogia da constituinte: do autoritarismo à democratização**. Lua Nova, São Paulo, n. 88, 2016.

A RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CASOS DE OMISSÃO ESPECÍFICA DO ESTADO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

LUCAS SAPHA SILVEIRA DE ALMEIDA LEITÃO:
Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense.³⁵

INTRODUÇÃO

O presente trabalho está dividido em três partes.

A primeira traz uma abordagem histórica sobre a responsabilidade civil do Estado, desde a fase da irresponsabilidade dos Estados Absolutistas até os dias atuais.

Posteriormente, será feito um recorte para tratar especificamente da responsabilidade civil do Estado nos casos de omissão, apontando a divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema.

Por último, serão apresentados os recentes julgados dos tribunais superiores a respeito de casos em que houve conduta omissiva por parte do Estado, com o objetivo de apontar qual o entendimento que vem prevalecendo no direito brasileiro.

EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A evolução da responsabilidade civil do Estado significa o dever de reparação dos danos provocados por sua conduta e guarda relação direta com a própria organização do Estado e a forma de governo.

A doutrina aponta que a primeira fase a ser mencionada é a da irresponsabilidade civil, que remete aos Estados Absolutistas, nos quais a figura do rei se confundia com a do próprio Estado e predominava a ideia de que o rei não errava, afinal, o poder do monarca era tratado como um poder divino.

Essa fase perdurou até o início das revoluções liberais e com o surgimento do Estado de Direito, e, frise-se, jamais vigorou no Brasil. Posteriormente, surge a fase da responsabilidade civil subjetiva, com base na culpa do agente, sendo possível mencionar duas teorias, a teoria da culpa individual e a teoria da culpa anônima.

Na teoria da culpa individual, fazia-se uma diferenciação entre os atos de império e os atos de gestão para, a partir daí, analisar a responsabilidade. Os atos de império seriam praticados pelo Estado em posição de soberania, não sendo possível falar em

³⁵ E-mail: saphalucas@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5492012127454842>

responsabilidade. Por outro lado, nos atos de gestão, a atuação do Estado se daria de forma horizontal com o particular, em igualdade. Nesse caso, haveria uma aproximação com os fundamentos do Direito Civil, sendo possível falar em responsabilidade.

Apesar desse avanço em relação à fase da irresponsabilidade, havia grande dificuldade em responsabilizar o Estado porque era necessária a identificação do agente público que praticou o ato e a demonstração da sua culpa.

Paralelamente à teoria da culpa individual, nesse mesmo período era possível mencionar a teoria da culpa anônima, na qual não era necessária a identificação do agente. Para essa teoria, bastava que a vítima comprovasse que o serviço público não funcionou de forma adequada. Assim, a responsabilidade por culpa do serviço podia ser caracterizada quando o serviço não funcionava, funcionava mal ou funcionou com atraso. Essa teoria tem origem no Direito Francês, especialmente no julgamento dos casos “Blanco” e Pelletier”, em 1873.

Atualmente, a responsabilidade civil do Estado é, em regra, objetiva, assim, não há necessidade de a vítima comprovar a culpa para que possa receber a reparação.

Considerando a teoria adotada na atualidade, é importante ainda fazer distinção entre a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral. Ambas são de natureza objetiva, ou seja, o lesado não precisa comprovar a culpa do Estado. A diferença consiste no fato de que na primeira, o Estado pode alegar excludentes de responsabilidade, afastando o dever de indenizar. Enquanto isso, na segunda, mesmo que o Estado prove essas excludentes (caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima ou de terceiros), não afastará a responsabilidade e o dever de indenizar.

Dito isto, a teoria do risco administrativo é adotada como regra geral, enquanto a teoria do risco integral é adotada em hipóteses excepcionais, como por exemplo, nos casos de dano ambiental.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO BRASILEIRO E OS CASOS DE OMISSÃO

No direito brasileiro, as Constituições de 1934 e 1937 previam a responsabilidade subjetiva e solidária entre Estado e agente, também prevista no artigo 15 do Código Civil de 1916:

“Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito

ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.”

Em seguida, as Constituições de 1946, 1967 e de 1969, por sua vez, trouxeram a responsabilidade civil do Estado como objetiva, dependendo de três elementos: conduta (comissiva ou omissiva), nexa causal e dano.

Por último, a responsabilidade civil objetiva do Estado foi reforçada e ampliada pelo artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

O dispositivo supracitado trouxe que o agente público responderia pessoal e subjetivamente.

Cabe mencionar que, recentemente, o Plenário do STF pacificou discussão a respeito da teoria da dupla garantia do agente público, entendendo que a vítima deve mover a ação em face do Estado, que terá direito de regresso contra o agente, não sendo possível que a ação seja ajuizada em face do agente³⁶:

“A teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal (CF), a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Assim, considerando que a responsabilidade civil do Estado resta configurada nas hipóteses em que há conduta (comissiva ou omissiva), nexa causal e dano, surge discussão a respeito de qual conduta omissiva do Estado seria apta a ensejar a responsabilidade civil,

³⁶ <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo947.htm> Acesso em: 05/05/2023

sob pena de tratá-lo como segurador universal, respondendo diante de qualquer omissão, ainda que extremamente genérica, ocorrida em seu território.

Rafael Oliveira (2019, p. 804) aponta a existência de três correntes tratando sobre o tema.

A primeira, encabeçada por Hely Lopes Meirelles, afirma que a responsabilidade nos casos de omissão também seria objetiva, uma vez que o art. 37, parágrafo 6º da Constituição Federal não fez qualquer distinção entre as condutas comissiva e omissiva, não havendo, portanto, razão para dar um tratamento diferente.

A segunda corrente afirma que a responsabilidade nesses casos seria subjetiva com presunção de culpa do Poder Público. Também se sustenta no art. 37, parágrafo 6º da Constituição, mas afirma que ao mencionar danos causados a terceiros, estaria se referindo a condutas comissivas, e completa o raciocínio afirmando que as condutas omissivas não seriam a causa do dano, mas a condição. Assim, haveria uma atuação ilícita do Estado quando descumprisse o dever legal de evitar o dano.

Defendendo essa perspectiva estariam Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Celso Antônio Bandeira de Mello e Mari Sylvia Zanella Di Pietro.

A terceira corrente, da qual faz parte Sergio Cavalieri Filho, afirma que nos casos de omissão genérica a responsabilidade seria subjetiva, ao passo que, nos casos de omissão específica a responsabilidade seria objetiva.

Rafael Oliveira afirma que é necessário fazer uma distinção entre a omissão natural, que seria a ausência de comportamento físico, que não produziria nenhum resultado, e a omissão normativa, que seria o descumprimento de um dever jurídico de impedir a ocorrência de danos. Assim, conclui que apenas seria possível de responsabilizar o Estado nos casos de omissão específica, quando demonstrada a previsibilidade e a evitabilidade do dano.

Esclarece que o artigo 37, §6º consagrou a teoria do risco administrativo e que, nas omissões genéricas, existe uma limitação natural que é a impossibilidade de estar em todos os lugares, bem como não haveria nexo de causalidade.

Por essas razões, não seria possível falar em responsabilidade, caso contrário, estaríamos adotando, não a teoria do risco administrativo (na qual o Estado pode invocar excludentes), mas a teoria do risco integral, afeta ao direito ambiental e nos casos de acidentes nucleares, contextos que demandam um regramento mais severo quanto à responsabilização e que não é possível perquirir tais excludentes.

Os tribunais superiores não têm se limitado a apontar de forma abstrata se a responsabilidade é objetiva ou subjetiva, sendo sempre necessário adentrar no caso concreto para pautar suas decisões.

JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A jurisprudência dos tribunais superiores é vasta quando o assunto é a responsabilidade civil do Estado e, no que tange aos casos de omissão, um dos principais exemplos é ligado às condições carcerárias e da situação degradante vivida pelos presos em razão da ausência de prestações materiais por parte da Administração Pública.

O Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados, vem entendendo pela responsabilização do Estado, que do indivíduo tudo retira, e depois não lhe garante condições mínimas de vida no cárcere.

Entendeu também que o argumento da reserva do possível, alegado pela Administração, não merece prosperar quando diz respeito a direitos ligados diretamente à dignidade da pessoa humana. Assim, entende que, se a Constituição e a lei preveem esses direitos, a não implementação deles configuraria “omissão normativa”, apta a ensejar a responsabilidade do Estado.

Nesse sentido, é possível mencionar o RE 580252/MS, julgado em repercussão geral pelo Plenário do STF:

“Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.”³⁷

Em decisão disponível no informativo 819, O Plenário do STF, em decisão de relatoria do Ministro Luiz Fux, também em repercussão geral, entendeu que, inclusive em hipóteses de morte do detento, caso fosse comprovada a inobservância do dever específico de proteção, seria possível caracterizar a omissão do Estado, apta a ensejar sua responsabilidade civil objetiva:

³⁷<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo854.htm#Responsabilidade%20civil%20do%20Estado:%20superpopula%C3%A7%C3%A3o%20carcer%C3%A1ria%20e%20dever%20de%20indenizar%20-%204>

“Em caso de inobservância de seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da CF/88, o Estado é responsável pela morte de detento.”³⁸

Neste julgado, o STF tratou da morte por doença, em razão da ausência de tratamento e precariedade das condições dos presídios. Apesar disso, o entendimento acima é aplicável até mesmo às hipóteses de suicídio, quando possível comprovar a omissão específica do Estado, por exemplo, quando o preso já demonstrava indícios de que poderia agir assim.

Pautando-se pelo julgado do STF, o Superior Tribunal de Justiça possui julgado afastando a responsabilidade civil do Estado na hipótese em que o preso cometeu suicídio, entendendo que, no caso concreto, era não houve omissão específica o Estado, rompendo-se o nexo de causalidade. Veja-se:

“5. Tendo o acórdão recorrido consignado expressamente que ficou comprovada causa impeditiva da atuação estatal protetiva do detento, rompeu-se o nexo de causalidade entre a suposta omissão do Poder Público e o resultado danoso. Com efeito, o Tribunal de origem assentou que ocorreu a comprovação de suicídio do detento, ficando escorreita a decisão que afastou a responsabilidade civil do Estado de Santa Catarina.”³⁹

Assim, fica claro que, adotada a teoria do risco administrativo, ainda que a responsabilidade civil seja objetiva, é possível afastá-la por meio do rompimento do nexo de causalidade.

Outro exemplo no qual é afastada a responsabilidade civil do Estado é nas hipóteses de crime praticado por indivíduo que evadiu do cárcere, sem que se comprove o nexo causal direto entre a fuga e a conduta praticada:

Nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, não se caracteriza a responsabilidade civil objetiva do Estado por danos decorrentes de crime praticado por pessoa foragida do sistema

38

<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo819.htm#Morte%20de%20detento%20%20responsabilidade%20civil%20do%20Estado>

39 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Qual é a responsabilidade civil do Estado em caso de suicídio do preso?. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/950a4152c2b4aa3ad78bdd6b366cc179>>.

prisional, quando não demonstrado o nexos causal direto entre o momento da fuga e a conduta praticada.

STF. Plenário. RE 608880, Rel. Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão Alexandre de Moraes, julgado em 08/09/2020 (Repercussão Geral – Tema 362) (Info 993).40

Cabe ressaltar que a decisão supracitada, datada de 2020, apenas reforça entendimento emblemático consolidado anos atrás:

A responsabilidade do Estado, embora objetiva, não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexos de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros.

Em nosso sistema jurídico, a teoria adotada quanto ao nexos de causalidade e a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexos causal.

O dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão.

STF. 1ª Turma. RE 130764, Rel. Moreira Alves, julgado em 12/05/1992.

Tais julgados acertam ao afastar a responsabilidade do Estado pois, caso contrário, seria como tratá-lo como segurador universal, responsável por todos os crimes, infrações e danos provocados em seu território sobre ao argumento de que não realizou a segurança ou vigilância de forma devida, na rua, no trânsito, nos presídios, etc.

A ausência da prestação de serviço de segurança, de forma específica, foi tema que chegou ao Superior Tribunal de Justiça em 2022, em caso⁴¹ que tratava de homicídio

40 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Em regra, o Estado não tem responsabilidade civil por atos praticados por presos foragidos; exceção: quando demonstrado nexos causal direto. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:
<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/0e16366727185813f59d4a9467878901>>. Acesso em: 07/05/2023

41

<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=0740.cod>.

ocorrido dentro de hospital público. O Estado alegou a excludente do fato de terceiro, com vias a romper o nexo de causalidade e afastar a responsabilidade civil objetiva.

Apesar disso, o STJ entendeu que havia um dever específico de garantir proteção e segurança nas dependências do hospital público e que este teria sido descumprido, devendo ensejar indenização:

“Responsabilidade civil do Estado por omissão. Morte em decorrência de disparo de arma de fogo no interior de hospital público. Ausência de vigilância. Falha específica no dever de agir. Excludente de ilicitude. Fato de terceiro. Não ocorrência.

(...) Logo, é de se concluir que a conduta do hospital que deixa de fornecer o mínimo serviço de segurança e, por conseguinte, despreza o dever de zelar pela incolumidade física dos seus pacientes contribuiu de forma determinante e específica para o homicídio praticado em suas dependências, afastando-se a alegação da excludente de ilicitude, qual seja, fato de terceiro.”

Nos casos mencionados, resta cristalina a diferenciação existente entre a omissão genérica, incapaz de caracterizar o nexo de causalidade apto a ensejar a responsabilidade civil e a omissão específica, muitas vezes decorrente de um dever previsto em lei ou de uma posição de garantidor por parte do Estado, esta sim geradora do dever de indenizar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se observa a partir da pesquisa realizada é que, ao longo dos anos, houve uma grande evolução no que tange à responsabilidade civil do Estado.

Desde os Estados Absolutistas até o Estado Democrático de Direito, o caminho percorrido tem sido no sentido de maior responsabilização do Estado por seus atos, ensejando a indenização em razão das condutas causadoras de dano a terceiros.

Tal responsabilidade passou a ser objetiva, ou seja, independente da caracterização de culpa do agente público, e, além disso, abarca, atualmente, condutas comissivas e omissivas.

Apesar disso, o que se observa é que o Constituinte optou por tratar de forma extremamente genérica no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição, sem pormenorizar os aspectos da responsabilidade do Estado.

Em razão disso, doutrina e jurisprudência se veem na árdua missão de balizar o tema, determinando os limites da responsabilidade do Estado, especialmente nos casos de omissão, uma vez que o legislador não trouxe qualquer diferenciação.

Especificamente no que tange a condutas omissivas, há um esforço para compatibilizar a responsabilidade civil objetiva prevista pelo Constituinte, sem que transforme o Estado um garantidor universal, situação que o obrigaria a indenizar todo e qualquer dano ou lesão ocorrido em seu território, pela simples ausência de fiscalização, vigilância, policiamento, segurança etc.

Assim, doutrina e jurisprudência, a partir da diferenciação entre omissão genérica e omissão específica, vem criando as balizas sobre o tema.

Rafael Oliveira (2019, p. 805) afirma que “a responsabilidade restará configurada nas hipóteses em que o Estado tem a possibilidade de prever e evitar o dano, mas permanece omissor”.

Os casos apresentados envolvendo detentos exemplificam perfeitamente a dicotomia entre a omissão genérica e a omissão específica apresentados no presente trabalho. Além disso, traduzem bem uma hipótese em que muitas vezes ocorre a previsibilidade e evitabilidade do dano.

Isso se dá especialmente em razão de abarcarem situação envolvendo omissão normativa, uma vez que é dever do Estado garantir a saúde, a segurança e o bem-estar do preso, bem como todos os demais direitos previstos no ordenamento jurídico.

Não resta dúvidas que em um Estado Democrático de Direito o Estado deve, sim, ser responsável por suas condutas omissivas quando é incapaz de cumprir todos os mandamentos constitucionais.

ANÁLISE JURÍDICA DO FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS

JADE JAMES OLIVEIRA SILVA.

Bacharelada em Direito pela
Universidade de Gurupi – UnirG⁴².

FLÁVIA GONÇALVES BARROS DANTAS⁴³

(orientadora)

RESUMO: O processo eleitoral brasileiro é complexo e cheio de normas que tentam a todo custo trazer maior transparência e eficiência nos procedimentos eleitorais. Por conta disso, a discussão sobre qualquer assunto relacionado ao processo eleitoral deve ser feita com cautela. No caso presente, escolheu-se debater sobre as formas de financiamento de campanhas eleitorais. É importante discorrer sobre esse tema, pois se deve observar quais as consequências dessas mudanças na sociedade e no eleitorado brasileiro. Assim, a abordagem dessa temática se faz necessária, pois trará um norte teórico mais amplo sobre como as campanhas eleitorais são realizadas, principalmente no seu aspecto financeiro. Diante disso, este estudo teve como finalidade discutir as formas de financiamento de campanhas eleitorais e as mudanças trazidas pelas Leis nº 13.165/15 e a Lei nº 13.488/17. Os materiais utilizados na sua elaboração foram unicamente bibliográficos e teóricos retirados de livros, periódicos e decisões jurisprudenciais dos tribunais brasileiros. Nos resultados, evidenciou-se que as novas formas de financiamento de campanhas eleitorais visam dar maior transparência e eficiência no processo eleitoral em razão dos inúmeros gastos ocorridos em eleições anteriores e a crescente prática da corrupção.

Palavras-chave: Financiamento. Campanha Eleitoral. Consequências jurídicas. Fundos partidários.

LEGAL ANALYSIS OF THE FINANCING OF ELECTORAL CAMPAIGNS

ABSTRACT: The Brazilian electoral process is complex and full of norms that try at all costs to bring greater transparency and efficiency in electoral procedures. Because of this, the discussion on any issue related to the electoral process must be made with caution. In the present case, it was chosen to debate the forms of financing election campaigns. It is important to discuss this theme, as it should be observed what are the consequences of these changes in society and the Brazilian electorate. Thus, the approach of this theme is

⁴² E-mail: jadejosilva@unirg.edu.br.

⁴³ Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: flaviabarros@unirg.edu.br.

necessary, as it will bring a broader theorist north about how electoral campaigns are performed, especially in its financial aspect. Given this, this study aimed to discuss the forms of financing electoral campaigns and the changes brought by laws 13.165/15 and Law No. 13,488/17. The materials used in their elaboration were only bibliographic and theoretical taken from books, periodicals and jurisprudential decisions of the Brazilian courts. In the results, it was evident that the new forms of financing election campaigns aim to give greater transparency and efficiency in the electoral process due to the numerous spending that occurred in previous elections and the growing practice of corruption.

Keywords: Financing. Election campaign. Legal consequences. Party funds.

Sumário: 1. Introdução. 2. Aspectos jurídicos eleitorais. 3. Do novo modelo de financiamento de campanha eleitoral. 3.1 Das novas regras de financiamento de campanhas eleitorais. 4. Das consequências jurídicas e sociais. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O tema central desse estudo diz respeito às campanhas eleitorais, mais especificamente sobre o seu financiamento. Entende-se por financiamento de campanha toda a arrecadação de recursos para que os partidos e os candidatos possam utilizar durante as suas campanhas (TEODORO, 2014).

Com esse financiamento, os candidatos podem 'gastar' o dinheiro disponível para gerenciar a sua campanha seja pela publicidade e/ou outras formas de uso. É antes de tudo, um direito constitucional, portanto, é legítimo e lícito.

Ocorre que durante os últimos anos as formas de financiamentos têm sofreram importantes mudanças, devido em grande parte pelo apelo popular e pelas inúmeras denúncias de corrupção e desvio de verba. Esses fatores aliados a outros, fizeram com o Supremo Tribunal Federal começasse as mudanças prevendo a decisão de proibir o financiamento privado das campanhas eleitorais, o que fora ratificado pela Lei da Reforma Eleitoral (Lei nº 13.165/15).

Além dessas mudanças, foi aprovada, com a reforma política (Lei nº 13.488/17), a instituição do Fundo Especial de Financiamento de Campanha – FEFC, estimado em R\$ 1,7 bilhão. Cabe mencionar que o fundo público de auxílio para as campanhas eleitorais é diferente do fundo partidário. Este último é um repasse mensal feito aos partidos políticos, enquanto o FEFC é constituído por dotações orçamentárias da União somente em ano eleitoral (ALCKMIN, 2018).

É dentro desse contexto que se enquadrou a discussão desse tema, que buscou analisar, além disso, o impacto que as mudanças nas formas de financiamento de

campanhas eleitorais possuem não apenas para os candidatos e partidos políticos, mas também para a sociedade.

Em razão disso, este estudo discutiu as formas de financiamento de campanhas eleitorais e suas consequências jurídicas e sociais.

2. ASPECTOS JURÍDICOS ELEITORAIS

Antes de se adentrar no tema específico desse estudo, se faz pertinente discorrer sobre o processo eleitoral brasileiro. Para melhor entender como funciona o sistema eleitoral deve-se compreender as formas de financiamento e seus efeitos no cenário político, social e jurídico.

O Direito Eleitoral Brasileiro não poderia estar vigente sem antes ser amparado pela Lei Maior, que vem a ser a Constituição Federal. Dessa forma, várias Constituições abordaram em seus textos artigos que regulam questões envolvendo o Direito Eleitoral.

Em termos históricos, a princípio destaca-se a Constituição Federal de 1946, editada em 18 de setembro de 1946 e com inspiração na Carta Magna de 1934, que além de reeditar os princípios lecionados na retro Constituição, ainda trouxe novos elementos, que se tornaram importantíssimos para o processo eleitoral.

Entre esses avanços, tem-se o nascimento de novos partidos políticos e a eleição para Presidente da República que voltou a ocorrer de maneira direta através do sufrágio universal (ALMEIDA, 2020).

Pela Constituição de 1946, adentram nesse cenário os Juízes e Tribunais Eleitorais que amplia a competência da Justiça Eleitoral. Em decorrência disso, entre outras competências, a Justiça Eleitoral pôde processar e julgar os crimes eleitorais e dos comuns que lhe forem conexos. Nesse mesmo conjunto, incluiu-se o *Habeas Corpus* e Mandado de Segurança em matéria eleitoral (ALMEIDA, 2020).

Em 24 de janeiro de 1967 promulga-se outra Constituição Federal que veio através do Regime Militar e que ficou marcada economicamente pelo enorme endividamento que dali surgiu. Consagra-se bipartidarismo, acabando com todos os partidos políticos existentes até então e criando dois novos: a ARENA (Aliança Renovadora Nacional) e o MDB (Movimento Democrático Brasileiro). Sobre esse período, explana-se:

Em 15 de março de 1979, toma posse o último presidente do regime militar, João Baptista de Oliveira Figueiredo, candidato da ARENA eleito pelo Colégio Eleitoral com 355 votos, contra 226 do seu adversário, Euler Bentes, do MDB. Em 1984, já com o regime militar

enfraquecido, o povo vai às ruas exigindo eleições diretas para presidente, no movimento político que ficou conhecido como “diretas-já”, originado a partir da apresentação, por parte do deputado mato-grossense Dante de Oliveira, de proposta de emenda constitucional que restituiria aquele fundamental direito que houvera sido suprimido do povo desde o golpe de 1964. (...) com a derrota da emenda das “diretas-já”, a oposição ao regime militar se articula para vencer as eleições presidenciais no Colégio Eleitoral. É escolhido, assim, o nome do governador mineiro Tancredo Neves como candidato à presidência da República, tendo como adversário o candidato do PDS, representante do regime militar, Paulo Salim Maluf (NETO, 2019, p.07).

O então candidato à presidência Tancredo Neves é eleito em 15 de janeiro de 1985, em Colégio Eleitoral, se tornando no primeiro presidente civil brasileiro em 21 anos. Entretanto, o mesmo não pode assumir o cargo máximo do Poder Público, pois, anterior a sua posse, Tancredo Neves morreu em decorrência de diverticulite. Com a sua morte, José Sarney assume como novo Presidente. Com a entrada de Sarney, começa a fase da Nova República que culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Essa nova Constituição, hoje vigente, representou um grande avanço para o Direito Eleitoral, uma vez que foi inteiramente baseada nos princípios constitucionais. Entre esses princípios, encontra-se o da cidadania, da soberania popular, da igualdade, da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político (NETO, 2012).

Com a Constituição de 1988, além da seriedade no processo eleitoral, o seu texto trouxe uma maior transparência para os procedimentos eleitorais. Como resultado dessas medidas, a população começou a ter uma maior participação, principalmente no processo eleitoral, estando mais presente nas resoluções das ações que são feitas.

Atualmente a Constituição Federal de 1988 é quem dá as diretrizes básicas do processo eleitoral. A sua extensão fica por conta do Código Eleitoral. Esse Código serve para trazer todo o agrupamento de regras e condutas que compõe o processo eleitoral. Nesse sentido:

[...] o processo eleitoral é o liame que une a eficácia social da República à eficácia legal da Constituição que lhe dá forma jurídica. A soberania popular é a pedra angular da República. [...] o papel da Justiça e do processo eleitoral e, diante da República, este: o de assegurar aos titulares da soberania, que o processo institucional se realizou legítima e validamente, que seus representantes eleitos

foram escolhidos legítima e validamente. A ausência desta certeza fere de morte a República (JARDIM, 2016, p. 45-46).

De todo modo, o sistema eleitoral vigente em solo brasileiro se baseia no voto *direto*, onde a comunidade (no caso, o eleitor) concede o seu voto para aquele candidato que quer que o represente dando a eles os cargos do Poder Executivo e Senador. Além disso, tem-se o voto *indireto*, com base no sistema proporcional, elege os candidatos para os cargos da Câmara Municipal e Assembleias Legislativas (JARDIM, 2016).

Sob esse aspecto, explica-se:

Com o sistema vigente, o eleitor brasileiro, ao votar em determinado candidato nas eleições proporcionais, na verdade dá à Justiça Eleitoral, em suma, a mensagem de que deseja ser representado pelo partido ou coligação escolhidos, mais precisamente pelo candidato que indicou; acaso o mesmo não consiga ser eleito ou mesmo já tenha obtido votos suficientes para tanto, fica a Justiça Eleitoral autorizada a transferir seu voto para o candidato do mesmo partido ou coligação que esteja mais próximo de obter a vitória (BAPTISTA, 2019, p. 178).

Frente a um Código Eleitoral severo e ultrapassado, foi promulgada a Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97) que vem regulando todos os âmbitos eletivos, possuindo abordagens administrativas, processuais e penais, sem deixar de descaracterizar o Código Eleitoral vigente e nem o revogando por inteiro.

No entanto, outras normas eleitorais foram surgindo nas últimas décadas, ampliando o mecanismo de funcionamento desse tema, em especial no que se refere ao período eleitoral. Sem adentrar nesse contexto, limita-se a sua análise apenas no que se refere ao tema por ora proposto, o que será analisado nos tópicos seguintes.

3. DO NOVO MODELO DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHA ELEITORAL

Como explica Pardo (2013, p. 02) “os partidos são considerados pessoas jurídicas de direito privado que exercem uma atividade que é de interesse público”. Sendo assim, os partidos possuem as seguintes funções: assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal.

Importante mencionar que os partidos desempenham um papel de excelência na manutenção do sistema democrático representativo e por isso convencionou-se que o

Estado deve assegurar os meios de sua manutenção e de seu fortalecimento (PARDO, 2013).

Diante dessa importância, é sempre destacada a discussão em torno sobre qual o tipo de financiamento deve ser adotado para os partidos, uma vez que é constitucionalmente assegurado esse financiamento, conforme exposto no parágrafo anterior.

Antes de se adentrar no tema proposto necessário tecer linhas gerais sobre a definição do que seria financiar campanhas eleitorais. Em síntese, seria os custos materiais alocados pelos candidatos para convencer o eleitor. Em outras palavras, tem-se:

Por financiamento de campanhas eleitorais entendem-se os recursos materiais empregados pelos competidores em eleições populares (partidos e candidatos) para organizar a campanha e convencer os cidadãos a lhes conferirem o voto. Não compreende os custos da organização do processo eleitoral, como o registro de eleitores, a instalação das urnas, os profissionais e voluntários recrutados para servir no dia da eleição, a adjudicação de processo, etc. que correm por conta do Estado (RUBIO, 2020, p. 30).

Feito essa conceituação, é preciso analisar as causas que levaram as mudanças nas formas de financiamento de campanha eleitoral. Dentro os vários motivos, um certamente é o mais nítido: as constantes denúncias e provas de corrupção e lavagem de dinheiro. O dinheiro destinado ao financiamento de campanha eleitoral já vinha sendo desviado de sua finalidade a pelo menos uns 10 anos (ANDRADE, 2018).

De acordo com Alckmin (2018, p. 04) "a questão do financiamento público das campanhas eleitorais sempre desafiou a discussão se isso viria em prejuízo do atendimento de outras necessidades públicas".

Segundo dados publicados pela ONG Transparência Internacional sobre a percepção da corrupção no mundo, ano base de 2017, mostrou que o Brasil caiu dezessete posições em comparação ao ano anterior. Isso demonstra, que o Brasil "ainda está longe da imagem de uma democracia ética e transparente e ocupa a 96ª posição, juntamente com a Colômbia, Indonésia, Panamá, Peru, Tailândia e Zâmbia" (ANDRADE, 2018, p. 02).

Outro fator para além da corrupção foi o fato de que o modelo anterior de financiamento de campanha não vinha se tornando efetiva e nem cumprindo com os seus objetivos. Não tendo uma fixação de limites no total arrecadado, resultou na promoção de "algumas das campanhas eleitorais menos transparentes e mais caras do mundo,

deteriorando o tecido social e aumentando o descrédito da classe política junto à sociedade” (ANDRADE, 2018, p. 02).

A corrupção decorrente do financiamento de campanhas pode acontecer de várias formas, que em síntese podem ser:

Um inventário das principais manifestações vinculadas à relação financiamento político e corrupção na América Latina permite identificar as seguintes: Recepção de contribuições que infringem as regulamentações existentes; o uso para fins partidários ou eleitorais de dinheiro derivado de atividades corruptas; o uso indevido de recursos do Estado com fins políticos partidários ou proselitismo, inclusive o desvio de serviços e tempo dos funcionários públicos; suborno antecipado; suborno; a aceitação de contribuições de fontes questionáveis; participação e favorecimento de negócios ilícitos (tóxicos, armas, jogo de prostituição etc.); utilização de dinheiro proibido com fins proibidos, como por exemplo a compra de votos (ZOVATO, 2019, p. 08).

Com essas manifestações verifica-se que as raízes da corrupção no âmbito eleitoral são diversos, não tendo uma causa única para a sua ocorrência. É possível encontrar desvio de finalidade dos partidos políticos, o uso indevido de recursos do Estado para fins políticos partidário, o suborno, dentre outros. Todos esses exemplos correspondem à corrupção que está emaranhada na cultura política do país.

Para além desses problemas, no Brasil para alguém ser eleito é preciso muito dinheiro, o qual procede de poucas fontes e esses financiadores com certeza irão querer cobrar esse investimento. Em poucas palavras, apresenta-se a seguinte conclusão:

Os debates públicos atuais sobre financiamento de campanhas indicam que os políticos “sabem” que há algo errado com o sistema atual. A maioria deles, mesmo os que mais se beneficiam das regras atuais, não gosta de correr atrás de dinheiro. Mas eles continuam a fazê-lo, pois, caso o contrário, sua carreira estará prejudicada. O problema é criar condições políticas para que o sistema seja reformado (SAMUELS, 2017, p. 147).

De tanto haver prejuízos e desvios, além de outros inúmeros problemas advindos do modelo antigo de financiamento, que a partir de 2015 começou um processo jurídico e com apelo social, de mudanças nas formas de se financiar campanhas eleitorais, o que será conferido no tópico seguinte.

3.1 DAS NOVAS REGRAS DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS

As mudanças ocorridas no âmbito de financiamento de campanha eleitoral se iniciaram com a Reforma Eleitoral (Lei nº 13.165/2015) que juntamente com o Supremo Tribunal Federal (STF), por meio da análise da ADIn 4650, proibiu o financiamento privado das campanhas eleitorais (SILVA, 2018).

Antes dessa decisão, o financiamento de campanha eleitoral poderia ser oriundo de fundos de pessoas físicas e jurídicas, mas ainda assim alguns limites eram estabelecidos um teto para as concessões (SILVA, 2018).

Empresas poderiam fazer doações que correspondessem até 2% de seu faturamento bruto anual. Já as pessoas físicas poderiam fornecer recursos que equivalessem a até 10% de seu faturamento bruto no ano anterior.

Porém, com o advento da Lei nº 13.165/2015, houve várias mudanças no processo eleitoral, abarcando pontos como a filiação aos partidos, domicílio eleitoral, convenções partidárias, registro de candidaturas, propagando eleitoral, etc. Focando mais especificamente ao financiamento de campanha eleitoral – tema central desse estudo – além da proibição de doações de recursos vindos de empresas privadas, os candidatos também não podem receber recursos originados das seguintes entidades: entidade ou governo estrangeiro, entidades esportivas, empresa que tem concessão para realizar serviço público, organizações não governamentais que recebem recursos públicos, pessoa jurídica sem fins lucrativos que receba recurso do exterior, entidade de classe ou sindical, dentre outros.

Em relação à doação de pessoas físicas, a principal mudança foi em relação aos bens pessoais, onde o valor desses bens anteriormente tinha o limite de até 50 mil reais e agora elevou o valor para 80 mil reais (BRASIL, 2015).

Soma-se a isso, o fato de que o candidato também pode ser o próprio financiador da sua campanha. Assim, “eles podem fazer doações para si mesmos, sempre de acordo com o limite de gastos estabelecidos” (SILVA, 2018, p. 02).

Sobre as doações ocultas, estas são proibidas pelo STF (Superior Tribunal Eleitoral). Dito isto, “na prestação de contas dos recursos utilizados para o financiamento de campanha eleitoral o candidato e sua equipe precisam inserir o valor de cada doação e o nome do doador” (SILVA, 2018, p. 03).

Quando um recurso para um candidato ou partido não tiver o número do CPF identificado é aconselhado que esse dinheiro seja devolvido a quem destinou. Se essa ação não for possível a Justiça Eleitoral orienta que essa verba seja transferida para o Tesouro Nacional.

Também ficou assentado que as doações somadas aos recursos do fundo eleitoral deverão levar em consideração os limites de gastos para as campanhas que são:

Presidente: limite de R\$ 70 milhões. E metade desse valor será o teto do 2º turno, se houver.

Governador: valores variam de R\$ 2,8 milhões até R\$ 21 milhões, de acordo com o número de eleitores do estado. O teto para 2º turno será a metade desses valores.

Senador: de R\$ 2,5 milhões a R\$ 5,6 milhões, de acordo com o número de eleitores do estado.

Deputado federal: R\$ 2,5 milhões, independentemente do estado.

Deputado estadual: R\$ 1 milhão, independentemente do estado.

(GARCIA, 2017, p. 01)

Em 2017, por meio da Lei nº 13.488/17 foi aprovado a instituição do Fundo Especial de Financiamento de Campanha – FEFC, estimado em R\$ 1,7 bilhão. Explica Alckmin (2018) que diferentemente do fundo partidário, o FEFC é feito pelas doações orçamentárias da União apenas no período eleitoral.

O FEFC é constituído pelos valores de compensação fiscal oriundos da propaganda partidária + 30% de emendas de bancada estadual de execução obrigatória. Salienta-se ainda que os recursos que não utilizados terão de serem devolvidos integralmente ao Tesouro Nacional (ALCKMIN, 2018).

Para melhor entendimento sobre esse fundo público, apresenta-se o Infográfico 1 abaixo, que mostra como é distribuído o dinheiro público com base no ano de 2017 e com previsão para o ano de 2018 – ano que foi de campanha eleitoral:



Infográfico 1 – Fundo eleitoral

Fonte: Congresso Nacional (2017) apud ALCKIMIN (2018)

Com estas alterações, as formas de financiamento para as campanhas eleitorais ficam delimitadas em: fundo partidário, FEFC, doação de pessoa física e o autofinanciamento do candidato.

A par dos dados apresentados, Pardo (2013) levanta a discussão sobre o papel dos partidos políticos no Brasil. Para esse autor, o tema sobre o financiamento de campanha teve a sua mudança em grande parte pelo “reflexo da imagem ruim que a política e os políticos têm perante a sociedade” (PARDO, 2013, p. 03).

Como o próprio autor cita: “é certo que o financiamento dos partidos e das campanhas não é uma atividade corrupta em sua essência, porém, a história da política brasileira mostra que esse tema está sempre vinculado” (PARDO, 2013, p. 03).

De todo modo, as alterações feitas no modo de se financiar as campanhas eleitorais trouxe para o cenário jurídico, político, econômico e social efeitos de toda ordem, o que será melhor analisado no tópico seguinte.

4. DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

Estabelecido quais as mudanças ocorridas nos últimos anos em relação ao processo eleitoral no que se refere ao financiamento de campanhas é importante mensurar o seu reflexo na sociedade e no próprio período eleitoral.

No âmbito jurídico, primeiramente discute-se como efeito das novas normas de financiamento de campanha eleitoral a crítica em relação à não permissão de pessoa

jurídica no processo de financiamento. Entendendo as razões que levaram a sua vedação, é possível encontrar uma base sólida, que vai ao caminho a que se entende nesse estudo que defende a sua volta. Nesse ponto, destacam-se as seguintes palavras:

A proibição de que as pessoas jurídicas façam doações para as campanhas eleitorais criou um paradoxo. O fundamento para a vedação do financiamento de campanha pelas empresas era o de combater o predomínio do poder econômico, mas sem ele o campo ficou aberto para os candidatos ricos ou beneficiados por meios de comunicação. O Fundo Especial é, na verdade, a concretização da ideia defendida por alguns de dar uma maior preponderância ao financiamento público das campanhas, que enseja, ao menos em tese, maior igualdade na disputa (ALCKMIN, 2018, p. 05).

O que o supracitado autor entende é que o Fundo Especial só veio existir como forma de tampar um buraco diante da proibição de pessoas jurídicas em fazer doações para campanhas eleitorais. Foi uma forma que o Poder Público encontrou diante dos inúmeros casos de corrupção advindos do dinheiro de pessoas jurídicas, para dar maior senso de igualdade à disputa eleitoral.

Essa linha de pensamento também se baseia no montante que é gasto em uma campanha eleitoral. Em qualquer país esses gastos são altos, devido ao forte apelo que a ocupação de um cargo público ocupa, além de que existem sempre muitos candidatos. Porém, no Brasil, os gastos são ainda maiores que em outras nações.

A título de exemplo no ano de 1994 os gastos em campanhas eleitorais no Brasil foram entre US\$ 3,5 bilhões e US\$ 4,5 bilhões. Nos Estados Unidos, que é considerada a maior economia do mundo, a eleição de 1996 teve gastos inferiores, de US\$ 3 bilhões (ANDRADE, 2018).

O dado acima mostra, principalmente, o quanto que no Brasil se gasta em campanhas eleitorais. Muito desse dinheiro, conforme investigações policiais e de denúncias, nem sempre chega ao seu destino final. Ou seja, no caminho é desviado para outros fins (ANDRADE, 2018).

Isso se explica pelo fato de em campanhas eleitorais anteriores onde era permitido o financiamento privado, através das apurações feitas pelas operações desencadeadas pela Polícia Federal e Ministério Público Federal que “as grandes corporações realizaram doações milionárias e demonstraram inequívoco interesse em influir no cenário político, legislativo e econômico do país, com adoção de regras que fossem favoráveis aos seus negócios” (ANDRADE, 2018, p. 01).

Devido ao desvio de finalidade, a relação acima exposta que pode ser resumida em “toma lá, dá cá” resultou na quebra de confiança da lisura e probidade administrativa de inúmeros governantes.

Ainda assim é possível verificar no material coletado para essa pesquisa que existem autores que defendem a volta do financiamento privado em campanhas eleitorais, conforme mostrado anteriormente.

O tipo de financiamento FEFC ocasiona outro problema. Como bem salienta Alckmin (2018) haverá perda de alguma capacidade do Poder Público de fazer investimentos em setores de grande importância.

Ou seja, o dinheiro que é implantado em campanhas eleitorais por meio do FEFC poderia ser aplicado em investimentos em outras áreas de grande precisão, como a educação, a saúde e a segurança pública. Justamente por esse motivo é que muitos não corroboram com esse novo tipo de financiamento.

Com base nisso, defende-se a volta do financiamento privado das campanhas. De acordo com o já comentado autor acima, adota-se a limitação de gastos. Com isso, a igualdade almejada recairia nas despesas, ficando a receita franqueada à ampla participação do setor privado, reservando os recursos públicos para um destino mais urgente (ALCKMIN, 2018).

Essas consequências na seara jurídica e no campo eleitoral acaba por respingar também na sociedade, principalmente no que se refere à corrupção e no financiamento de pessoa física.

Se a intenção da legislação é trazer a sociedade para mais perto do processo eleitoral, uma vez que os candidatos irão ocupar cargos públicos e que deverão defender os interesses da população, é mais que natural entender algumas críticas das pessoas em relação ao que de fato acontece na prática.

Nesse caso, estar-se falando a respeito da corrupção. É latente a descrença de grande parte da sociedade em relação à corrupção. Diga-se ‘em parte’ porque não são todos os eleitores que de fato se preocupam com o que ocorre nas esferas políticas (ANDRADE, 2018).

Desse modo, é fato que a corrupção está enraizada na política e na forma de criar e instituir normas. Com isso, é compreensível que parte dos eleitores não confie plenamente nas formas que as campanhas eleitorais são financiadas. Desvio de verba pública para fins eleitorais, compra de votos, caixa dois, dentre outros crimes, são algumas das ações praticadas durante o período eleitoral por parte dos candidatos – e, diga-se de passagem, também do eleitorado – que acabam gerando a incerteza de um plebiscito honesto e legal.

Talvez por isso, muito se nota que a maciça parte da população que ajuda a financiar as campanhas eleitorais é de pessoas físicas ligadas diretamente aos candidatos. Ou seja, a sociedade como um todo não participa diretamente no processo de financiamento de campanha.

Quando se fala em sociedade nesse caso, está se falando a respeito do cidadão comum, daqueles que não estão ligados ou envolvidos diretamente com um candidato ou partido e que com isso não sofrem interferência deles. Esse perfil é o que representa a maioria do eleitorado brasileiro (ALCKIMIN, 2018).

Em vista disso, a intuição da legislação brasileira em fazer com que a sociedade seja mais ativa no processo eleitoral não tem dado resultados significativos. E muito disso pode ser explicado pela falta de confiança do eleitor com a transparência do processo eleitoral, o que volta novamente ao tema da corrupção, que se encontra nesse cenário.

Em decorrência desse fato, os candidatos ficam prejudicados diante do descrédito do eleitor em ajudar a financiar sua campanha. Mesmo tendo o limite de gastos normatizados pela lei para aplicar em uma campanha, os eleitores ainda não se sentem seguros para poder realizar esse 'depósito', que inclusive pode ser feito por meio de "vaquinhas online" na internet (*crowdfunding*).

Diante do exposto fica evidente constatar que o eleitorado brasileiro se encontra anestesiado frente aos casos de corrupção e de gastos exacerbados de campanha. Nas palavras de Andrade (2018, p. 01) ao qual esse estudo também se baseia, é pertinente afirmar que "um dos fatores fundamentais do combate à corrupção no Brasil passa pela percepção que o eleitor terá sobre a eficiência do novo modelo público de financiamento de campanha eleitoral, que pode ou não indicar que as regras foram seguidas, sem burla, pelos candidatos".

Para isso, se faz necessário ter um olhar cada vez mais próximo a respeito de como a campanha de determinado (ou todos) candidato fora realizada e como isso impactou no resultado da eleição.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de um cenário alarmante no sentido político no Brasil, medidas têm que serem tomadas para que os problemas existentes sejam sanados. Ações de ordem governamental e social devem ser planejadas e implantadas para o país possa evoluir de uma maneira democrática, limpa e que todos os seus integrantes sejam beneficiados.

Os assuntos relacionados à política brasileira sempre estão em destaque. Nos últimos anos, esse tema se tornou corriqueiro no cotidiano do cidadão brasileiro. Seja pela corrupção, pelos avanços políticos, os jogos de poder, as mudanças de lideranças nos três Poderes (Legislativo, Judiciário e Executivo) ou o período eleitoral, os temas oriundos de política são amplamente debatidos.

Dentro desse contexto, encontram-se aqueles assuntos relacionados ao período eleitoral. É nesse período que o cidadão se depara com as mudanças do poder político e do próprio país. Dessa forma, discutir sobre o período eleitoral é de grande valia.

Limitando ainda mais o assunto ligado ao período eleitoral, encontram-se as formas de financiamento de campanhas eleitorais. Nesse sentido, com o objetivo de analisar essas formas e o seu impacto no cenário político, jurídico e social, o presente trabalho discorreu sobre as novas maneiras de se financiar uma campanha eleitoral.

No âmbito legislativo, as mudanças ocorridas no cenário eleitoral se iniciaram com a Reforma Eleitoral (Lei nº 13.165/2015) que juntamente com o Supremo Tribunal Federal (STF), por meio da análise da ADIn 4650, proibiu o financiamento privado das campanhas eleitorais.

Além disso, tem-se a Lei nº 13.488/17 que instituiu o Fundo Especial de Financiamento de Campanha – FEFC, estimado em R\$ 1,7 bilhão, ao qual há doações orçamentárias da União apenas em período de eleição. Com isso, as formas de financiamento para as campanhas eleitorais se formalizam da seguinte maneira: fundo partidário, FEFC, doação de pessoa física e o autofinanciamento do candidato.

Estabelecidas essas novas regras para financiamento de campanha eleitoral, doutrinadores entendem que a medida de vedação de participação de pessoas jurídicas nesse processo não encontra respaldo positivo.

Corroborando com esse posicionamento, esse estudo entende que a política é uma atividade que envolve a participação de todos, ainda que alguns não desejem dela participar, o que também é uma maneira de participar. Isto é o que constitui uma democracia. Determinados indivíduos entendem que empresas não deveriam doar porque não votam. De fato, é verdade, no entanto, dependem dos que votam e daí o interesse de que posições políticas sejam bem entendidas.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCKMIN, José Eduardo Rangel de. **Migalhas nas eleições: como funciona o financiamento de campanhas?** 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI273391,71043Migalhas+nas+eleicoes+como+funciona+o+financiamento+de+campanhas>. Acesso em: 12 abr. 2023.

ALMEIDA, Ricardo Kowalecki. **A Lei da Ficha Limpa, o Princípio da Presunção da Inocência e sua Retroatividade**. Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Tuiti do Paraná. Curitiba – PR, 2020.

ANDRADE, Gilda Figueiredo Ferraz de. **Impactos do novo modelo de financiamento de campanha**. 2018. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/impactos-do-novo-modelo-de-financiamento-de-campanha/>. Acesso em: 15 abr. 2023.

BAPTISTA, Antonio Peres Neves. **Inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) e o Direcionamento para um Estado de exceções**. Monografia apresentada à Universidade de Pernambuco. Recife-PE, 2019.

JARDIM, Torquato. **Direito Eleitoral Positivo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2016.

NETO, Jaime Barreiros. **Histórico do processo eleitoral brasileiro e retrospectiva das eleições**. 2019. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/hist%C3%B3ricodoprocessoeleitoralbrasileiro-e-retrospectiva-das-elei%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em: 09 abr. 2023.

PARDO, Roselha Gondim dos Santos. **Financiamento dos partidos e campanhas eleitorais**. Escola Judiciária Eleitoral. Publicações. Revistas da EJE. Revista Eletrônica EJE nº 4, ano 3, 2013.

RÚBIO, Delia Ferreira. **Financiamento de Partidos e Campanhas**. 2020. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/nec/n73/a01n73.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2023.

SAMUELS, David. **O Financiamento de Campanhas no Brasil e Propostas de Reforma**. In: SOARES, Gláucio Ary Dillo; RENNÓ, Lucio (org.). Reforma Política Lições da História Recente. São Paulo: FGV, 2017.

SILVA, Mariana. **Guia prático sobre financiamento de campanha eleitoral**. 2018. Disponível em: <https://neritpolitica.com.br/blog/financiamento-de-campanha-eleitoral>. Acesso em: 03 abr. 2023.

TEODORO, Fernanda; et al. **Financiamento de campanha eleitoral**. 2014. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/node/83322>. Acesso em: 14 abr. 2023.

ZOVATO, Daniel. **Financiamento dos Partidos e Campanhas eleitorais na América Latina**. 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielophp?pid=S010462762005000200002&script=sci_abstract&tlng=n. Acesso em: 12 abr. 2023.

RELAÇÃO ENTRE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E VIDA FINANCEIRA: ENTENDENDO POR QUE MUITOS PERFIS DE MULHERES SE CALAM DIANTE DE CASOS DE AGRESSÃO EM SEUS LARES

JANAINA MARTINS LOPES:
graduanda em direito pela
Universidade de Gurupi-TO⁴⁴

JOSSANNER NERY NOGUEIRA LUNA
(orientador)

RESUMO: A violência contra as mulheres nas relações pessoais é uma das coisas mais difíceis de prevenir e evitar. Mulheres que foram abusadas por seus parceiros em relacionamentos românticos de longo prazo. O objetivo deste estudo foi examinar os motivos pelos quais essas mulheres estavam em relacionamentos abusivos e verificar por meio de pesquisas que o que as mantinham neles eram: medo, dependência econômica (em cada quatro mulheres, que haviam sido espancadas, culpavam o agressor porque dependiam financeiramente dele; superar esses obstáculos é uma das maiores dificuldades.) e submissão até o momento em que decidem realizar a denúncia, passando por cima do sentimento de pena do marido, do tempo de vida juntos e da anulação durante o relacionamento.

Palavras-chave: Violência. Doméstica. Dependência. Financeira.

Abstract: Violence against women in personal relationships is one of the most difficult things to prevent and avoid. Women who have been abused by their partners in long-term romantic relationships. The aim of this study was to examine the reasons why these women were in abusive relationships and to verify through research that what kept them in them were: fear, economic dependence (out of four women, who had been beaten, blamed the aggressor because they depended on financially from him; overcoming these obstacles is one of the greatest difficulties.) and submission until the moment they decide to make the complaint, going over the feeling of pity for the husband, the time of life together and the annulment during the relationship.

Keywords: Violence. Domestic. Dependency. Financial.

OBJETIVO

O presente artigo busca analisar a relação entre violência doméstica e a vida financeira e seus possíveis desdobramentos na vida de mulheres que sofreram algum tipo

44 E-mail: janainamlopes@unirg.edu.br

de agressão.

Dados coletados por pesquisas bibliográficas, de debates, reportagens e pesquisas feitas sobre este tema.

Os objetivos específicos, por seu turno, são os seguintes:

- Identificar e analisar o porquê muitos perfis de mulheres se calam diante de casos de agressão em seus lares;
- Analisar a interferência da Mídia na procura de atendimento das mulheres que sofreram algum tipo de Violência;
- Identificar e analisar as possíveis mudanças ocorridas na vida das mulheres depois da denúncia de agressão;
- Identificar e analisar se a Mídia ajuda a esclarecer as mulheres de seus direitos e da necessidade de lutar por eles.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

O combate à violência doméstica requer diferentes intervenções, especialistas e departamentos. A violência doméstica não é só da polícia, até porque envolve uma relação interna da família. E embora a polícia também deva ser vista como parte de uma rede de combate à violência doméstica, elas são complexas, no Brasil as o primeiro fruto da advocacia feminista foi estabelecimento do Comitê de Direitos da mulher do Conselho de Estado (1982 e 1983), defendendo a delegacia da mulher e a primeira casa abrigo mulheres. Esses movimentos criam um espaço para condenação e condenação Políticas públicas de redução da violência doméstica, e mais especificamente, de redução da violência conjugal contra a mulher. Existem algumas dificuldades em quantificar a violência muitas vezes, são relatadas quedas acidentais, o que mascara a violência doméstica.

E é aí que entra o papel do direito onde a implantação da Lei Maria da Penha foi um marco histórico e prevê um importante conjunto de mecanismos necessários ao empoderamento feminino de mulheres que são ou foram vítimas de violência de qualquer natureza, confirmando que a independência e autonomia financeira é um fator que interfere drasticamente no desfecho do quadro de violência, porém somente esta lei não é suficiente é necessário que os órgãos fiscais dessa lei tenham um olhar mais minucioso e preciso para casos de violência, é necessário ainda que exista um local de apoio onde elas não pensem que dependem totalmente dos seus agressores financeiramente.

Considero sim que a Lei Maria da Penha é uma ferramenta eficaz no combate a esse tipo de violência. Especialmente quando analisamos o número de pedidos de medidas protetivas urgentes; medidas protetivas concedidas pelo judiciário; políticas de proteção legalmente aplicadas e o número de casos de feminicídio consumados continua alto e impopular, mas não em linha com a violência doméstica contra a mulher o total é relativamente pequeno.

Mas ainda assim não tem sido o suficiente para que mulheres vítimas de agressão consigam sair dessa relação, portanto se é necessário que busque outras formas que deem mais assistência para nessas situações.

A violência (física, psicológica ou sexual) está associada a situações de relacionamento relacionadas à desigualdade de gênero. À medida que a violência aumenta, também aumenta o risco de doenças e enfermidades. A violência de todos os tipos é considerada "assassinatos cotidianos" contra as mulheres, e a violência no âmbito dos relacionamentos é uma das mais difíceis de prevenir e evitar. Além dos problemas de saúde física e mental, os relacionamentos violentos reduzem a qualidade de vida, a produtividade, o trabalho, a educação e a autoestima das mulheres.

ENTENDENDO DESDE O COMEÇO

Desde o início da evolução humana, o papel da mulher na sociedade limitou-se a atividades reprodutivas e de cuidado (partir, cuidar dos filhos, cuidar da casa), que não são economicamente importantes. Já os homens realizam atividades remuneradas porque recebem um salário e o utilizam para pagar as contas da casa, como alimentação, vestuário, luz, moradia, saúde e educação.

Nessa perspectiva, o trabalho que as mulheres realizam em casa é ignorado e desvalorizado, mesmo sabendo que sem esse papel tão importante, os homens não poderão sair para trabalhar porque ninguém cuidará dos filhos e da casa. No entanto, sob o capitalismo, essa atividade desenvolvida pelas mulheres denominada "trabalho de reprodução social" não é considerada lucrativa ou geradora de renda, mas sim um "não-trabalho".

Dessa forma, os estereótipos de gênero feminino se desenvolvem a partir dos papéis que as mulheres desempenham, nos espaços privados, quase socialmente impostos: não estão fora do mercado de trabalho e não têm direitos e oportunidades de exercer atividades remuneradas. São considerados secundários.

Por outro lado, ficando em casa, sem renda própria e longe da satisfação pessoal, tornam-se dependentes não só financeiramente, mas também psicologicamente: essas mulheres têm que seguir ordens. Seus parceiros não têm nenhum tipo de

autodeterminação. Assim como a autonomia para gerir suas famílias e vidas, pois são considerados "inativos economicamente".

As principais razões para a legitimidade dos altos índices de violência contra a mulher, intimamente relacionada aos estereótipos de gênero, também decorre desse contexto: a dependência econômica. Se as mulheres não cumprem seus papéis de "bonita, recatada e dona de casa" e não têm renda própria, são abusadas, humilhadas, controladas e repetidamente submetidas a agressões físicas, morais, psicológicas e sexuais. Infelizmente, o quadro ainda é muito visível hoje, com fortes ligações entre estereótipos de gênero, violência doméstica e mercado de trabalho.

Há mais de 100 anos, algumas pessoas começaram a debater o tema como um fenômeno social, e se opuseram a esse modelo patriarcal de construção da sociedade.

Os movimentos sociais da época e o próprio movimento feminista exigiam uma abordagem concreta do tema, coletando um grande volume de dados e aprimorando a pesquisa de campo para detalhar a situação em termos de realidade. O início desse debate foi importante sob duas perspectivas na época: coletar, analisar, distribuir e divulgar os índices até então tratados superficialmente no Brasil, e ser uma porta de entrada para os estudos sobre mulheres na academia brasileira.

A principal direção do debate teórico sobre o trabalho doméstico feminino no Brasil se concentrou inicialmente na "inclusão ou expulsão do trabalho feminino do mercado por influência do capital". No entanto, a agenda abriu espaço para grandes mudanças que são alvos da luta feminista, e agora somam-se espaços iguais para encontrar posições de liderança no mercado de trabalho, assédio no ambiente de trabalho, igualdade salarial e melhor distribuição do trabalho. a quase todas as mulheres em trabalho produtivo remunerado.

As taxas de violência familiar, física, moral, psicológica, sexual, simbólica, hereditária e intelectual contra as mulheres continuam altas apesar do trabalho do movimento feminista e do sistema de justiça que busca continuamente a justiça e a igualdade em todos os espaços, bem como econômica e socialmente.

A implementação da lei Maria da Penha foi um marco histórico e fornece um importante conjunto de mecanismos necessários para o empoderamento feminino de meninas que são ou foram vítimas de violência de qualquer natureza, confirmando que a independência e autonomia econômica são um fator que interfere drasticamente com o resultado do quadro de violência.

De fato, sem liberdade financeira as vítimas continuam o relacionamento embora

existam sinais claros de que romper um relacionamento com um agressor é o único e melhor caminho. No entanto, erradicar o "cíclico da violência" requer pouco poder econômico e estabilidade financeira.

Em levantamento realizado pelo Núcleo de Violência Doméstica do Ministério Público Taboão da serra (SP) entre 2012 e 2016, cerca de 30 % das meninas sofreram violência e não relataram estar em situação de risco. que são economicamente dependentes de seus cônjuges sem oportunidades de trabalho ou deveres ou auto-respeito e coragem para abandonar uma vida marcada por abusos físicos, mentais, morais e sexuais.

E não apenas isso: também foi constatado que meninas vítimas de violência acabam perdendo o emprego ou sendo demitidas, apesar da existência do artigo 9º, § 2º, inciso 2º, da lei Maria da Penha, que garante estabilidade ao trabalho. vítimas de violência. Mas muito pouco se fala sobre isso.

Dezoito dias por ano são as faltas atribuídas às meninas vítimas de violência, o que causa um prejuízo anual de R\$ 1 trilhão para a economia brasileira (Universidade Federal do Ceará, 2017 – Relatório sobre violência doméstica e seu impacto no mercado de trabalho e na produtividade das meninas. Além disso essas meninas têm vergonha de admitir que sofreram assédio por causa de seus empregadores. E acabam não dando desculpas para o absenteísmo, os baixos lucros e a falta de concentração, que reduzem a produtividade em 50 %: por isso são resignados ou resignados no retorno ao trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como instrumento de apaziguamento e resolução de conflitos sociais, a lei visa solucionar o problema da violência contra a mulher de forma mais direta e efetiva. As formas de violência contra as mulheres incluem a violência doméstica, que se reflete em altas taxas de homicídio, danos físicos e abuso psicológico e moral por parte de maridos, parceiros, noivos e/ou amantes.

Dentre as formas de agressão praticadas contra a mulher, podemos citar a violência doméstica, refletida nos altos índices de homicídios, lesões corporais, agressões psicológicas e morais, que têm como autores maridos, companheiros, noivos e/ou namorados; além de outras formas de violência, que apesar de mais sutis e silenciosas aos olhos da sociedade, provocam graves danos tanto à estrutura física como psicoafetiva da mulher, quais sejam o assédio sexual e o assédio moral.

Nesse contexto, foram editadas leis específicas sobre o assunto, quais sejam: a Lei nº 10.445/02, que acrescentou ao parágrafo único do art. 69 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (L. 9.099/95) a previsão de afastamento do agressor do lar conjugal na

hipótese de violência doméstica.

No entanto, nenhuma dessas medidas legais foram suficientes para reduzir a violência doméstica, uma vez que aos olhos do agressor sai 'muito barato', após uma audiência, voltar a agredir, pois a doação de algumas cestas básicas a uma instituição de caridade ou a prestação de serviço comunitário liberam-no a reincidir na violência. O que resulta para a vítima "mulher" são marcas indeléveis, traumas e reminiscências doloridas, ensejando feridas abertas em suas almas.

Nessa esteira, visando eliminar ou, ao menos, diminuir casos da espécie, entrou em vigor, no ano passado, a Lei nº 11.340/2006, chamada Lei Maria da Penha, criando mecanismos rígidos de punição, programas de recuperação e educação do agressor. Não há dúvida de que a lei Maria da Penha sozinha não é suficiente para reduzir significativamente a quantidade de violência contra as mulheres de todos os tipos, incluindo a violência doméstica.

Apesar do sofrimento da mulher, seu silêncio sobre o abuso a que foi submetida diante da dependência emocional e financeira do agressor a impediu de buscar meios legais para acabar com seu sofrimento. Por outro lado, deve-se conscientizar o agressor sobre sua origem patológica por meio de psicoterapia, dinâmicas de grupo e prestação de serviços comunitários, bem como acompanhamento jurídico. Apesar dos avanços conquistados no campo jurídico, o mundo da mulher ainda carece de mecanismos que possam eliminar completamente todas as formas de violência, e acabar com o histórico de agressões que impede a mulher de realizar plenamente sua essência e realizar todo o seu potencial.

O Ministério Público do Estado de São Paulo em cooperação com o Tribunal de Justiça, a Defensoria Pública dos Direitos, a OAB, o Secretário Municipal do Trabalho e Negócios, Sr. São Paulo e a ONU Mulheres, em colaboração com a iniciativa privada, desenvolveram o projeto tem de sair, que visa integrar preferencialmente as vítimas de violência doméstica ao mercado de trabalho e encaminhá-las para empresas previamente capacitadas e comprometidas com a prevenção e combate à violência contra mulheres.

Os esforços conjuntos de entidades públicas, do setor privado e da Rede dos Direitos da Mulher permitiram que muitas vítimas realizassem seu potencial e talento, ingressassem no mercado de trabalho, conquistassem a independência econômica e vivessem livres de qualquer forma de violência. A mulher e o compromisso com o Estado Democrático de Direito.

A possibilidade de trabalhar para as vítimas é outra forma eficaz de prevenir e

combater a violência contra a mulher: sim, há uma saída.

REFERÊNCIAS

BERTOLIN, P.T.M. "Mulheres na Advocacia: Padrões Masculinos de Carreira ou o Teto de Vidro". Lumen Juris. São Paulo. 2017.

BRUSCHINI, C. Trabalho doméstico: inatividade econômica ou trabalho não remunerado? São Paulo, 2006.

Butler, J. Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity. New York and London, 2007.

LINS, C.F.B. Mulheres no ministério público: o conflito entre a realização profissional e realização familiar visto a partir de dados demográficos. Editora APMP, São Paulo. 2008.

H SOUZA, M.; BARACHO, L. A Lei Maria da Penha: Égide, Evolução e Jurisprudência no Brasil. Minas Gerais: PUC Minas Serro, 2015.

BRUSCHINI, C. Trabalho feminino: Trajetória de um tema, perspectivas para o futuro. Rio de Janeiro, 19

ESCRavidÃO CONTEMPORÂNEA E O TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS

ANA BEATRIZ DA SILVA OLIVEIRA:

Bacharelanda em Direito pela
Universidade de Gurupi – Unirg⁴⁵.

ADRIANO DE OLIVEIRA RESENDE⁴⁶

(orientador)

RESUMO: Este artigo explora os conceitos de tráfico de pessoas e trabalho escravo em tratados e protocolos internacionais que o Brasil ratificou, bem como no direito interno. Os debates sobre essas questões continuam por décadas, revelando uma repressão infrutífera à atividade criminosa que requer uma melhor compreensão dos julgamentos normativos, consistente com as mudanças legais voltadas para as questões sociais. O objetivo é aprofundar a compreensão da relação entre o conteúdo jurídico e a ocorrência de problemas sociais. Apresenta análise específica do Protocolo de Palermo, das Convenções 29 e 105 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e dos artigos 231, 231-A e 19 do Código Penal Brasileiro. Embora o tráfico de pessoas seja um ato criminoso consagrado no sistema penal brasileiro, o conceito permanece circunscrito ao aspecto de promover a prostituição e outros crimes comuns no país, como trabalho escravo e adoção ilegal, no que tange ao trabalho escravo, assevera-se que, ao ser aprovada a Emenda Constitucional 81/2014, concedeu-se ao Estado meios modernos e maior severidade para proteção dos direitos humanos, na medida em que existe a previsibilidade de expropriação das propriedades que forem autuadas praticando crime de trabalho análogo a escravidão.

Palavras-chave: Tráfico de Pessoas. Escravidão Contemporânea. Legislação Pertinente. Papel do Estado. Protocolo de Palermo.

CONTEMPORARY SLAVERY AND INTERNATIONAL TRAFFIC IN PEOPLE

ABSTRACT: This article explores the concepts of human trafficking and slave labor in international treaties and protocols that Brazil has ratified, as well as in domestic law. Debates on these issues continue for decades, revealing an unsuccessful repression of criminal activity that requires a better understanding of normative judgments, consistent with legal changes focused on social issues. The goal is to deepen the understanding of the relationship between legal content and the occurrence of social problems. It presents a specific analysis of the Palermo Protocol, of Conventions 29 and 105 of the International

⁴⁵ E-mail: anabeatriz14g@gmail.com

⁴⁶ docente do curso de direito da UnirG. E-mail: adrianoresende.adv@gmail.com

Labor Organization (ILO), and of articles 231, 231-A, and 19 of the Brazilian Penal Code. Although trafficking in persons is an act enshrined in the Brazilian penal system, the concept remains circumscribed to the aspect of promoting prostitution and other common crimes in the country, such as slave labor and illegal adoption, denying the existence of trafficking in persons for the purpose of The act of "placing someone in a situation analogous to that of a slave", described in article 19 of the current Brazilian Penal Code, is a way to advance the understanding of the social problem, it reflects, but has been harshly criticized. This is due to the upcoming approval of a Constitutional Amendment (PEC) that foresees the confiscation of property if a person is caught in a situation of slavery. Thus, the Palermo Protocol, when incorporated into Brazilian law, gave the State a more modern means of protecting human rights, directly affecting the treatment of all workers in situations of risk, especially those most at risk.

1 INTRODUÇÃO

A construção da sociedade brasileira tem íntima ligação com a mancha do trabalho escravo, que começou com a exploração da mão de obra indígena e se consolidou com a exploração de negros africanos e seus descendentes, ação que moldou a situação econômica e social do país por mais de três séculos. A verdade é que o trabalho escravo nunca deixou de existir no Brasil, persistiu mesmo após a abolição formal da escravatura em 1888, assumindo novas formas ao longo dos anos, assinala-se ainda que esse não pode ser considerado um problema que afeta tão somente o Brasil, na medida em que outros países apresentam índices por vezes alarmantes deste mesmo problema social.

Evidentemente, que muito tem sido feito para minimizar a exploração de trabalhadores brasileiros, ao passo que ainda precisamos galgar bastante rumo a possibilidades que nos levem a erradicação dessa doença consideravelmente relevante, perigosa, desumana e devastadora, sabe-se que a pessoa que foi escravizada levará sequelas *ad aeternum*, traumas, frustrações, inferioridade, conflitos internos, dificuldade de relacionar-se, dentre tantos males, que alguém com algum poder superior, pelo menos em seu entender, o atingiu diretamente.

Conforme Aristóteles:

“O trabalho era como atividade servil demandada de homens que necessitavam dele para sobreviver. A sobrevivência de natureza animal não conversava com a condição de sujeito dos homens livres. O escravo, por isso, era considerado um *não-cidadão*, cujo trabalho se fazia necessário para excluir essa realidade servil da vida do homem livre, da vida honrada feita da política e da contemplação”.

Corroborando com pensamento do filósofo citado, verifica-se a presença de uma sociedade baseada em desigualdade e que estava atrelada ao interesse em aumentar o lucro à custa do trabalhador, outrora a prática de explorar pessoas era totalmente lícita, o que se difere da atualidade, visto que a escravidão contemporânea é ilegal e ocorre na marginalidade, portanto, se antes o argumento para escravizar era a cor da pele, hoje é a pobreza que distingue os “senhores” de seus subordinados. A falta de oportunidades faz com que trabalhadores sejam atraídos por falsas promessas de emprego e melhores condições de vida, que os levam para situações que se assemelham àquelas vividas pelos escravos nos primórdios desta nação.

2. DESENVOLVIMENTO

Averigua-se por meio dos registros que a prática do trabalho escravo era perfeitamente aceita na Idade Clássica, Moderna e até o início da Contemporânea. Em nosso país, é cediço que esse hábito começou com a chegada dos portugueses em 1500, e as anotações não deixam dúvidas que um dos maiores objetivos dos colonizadores era lucrar e para isso, aproveitaram a mão de obra dos nativos, escravizando-os. Contudo, restou fracassada a escravidão dos ameríndios por inúmeros problemas, e como os portugueses tinham sede em explorar a terra recém-descoberta passaram a importar negros da África para trabalhar nos canaviais, estes escravizados, em um país totalmente desconhecido, não tinham como fugir porque não conheciam o território.

Esta nação escravista, como era então chamada, vivia sem o mínimo de dignidade humana, carecia de praticamente tudo, habitação, alimentação, educação e sobretudo respeito pela pessoa humana, era torturada quando não obedeciam os seus senhores, ou quando tentavam evadir-se, eram incessantemente submetidos a todo tipo de violência, pois, eram considerados propriedade de seus senhores, todas essas atitudes estavam balizadas em poderio da época, na qual inexistia práticas igualitárias, esse tipo de tratamento ofertado aos trabalhadores escravos perdurou séculos, até ser promulgada a lei Áurea em 1888.

Não obstante, a declaração da Lei Áurea, a qual abolia a escravidão, este ato desumano perdurou por muito tempo, tendo em vista que os “LIBERTADOS”, não sabiam como se readaptar e tão pouco o Estado havia pensado nesta possibilidade, então, tínhamos um grande número de pessoas negras livres, porém inexistia lugar para eles na sociedade, noutras palavras, estavam livres, mas não possuíam emprego, local para morar, alimento para si e suas famílias e muitos acabaram por continuar na mesma situação que viviam.

Segundo Esterici e Figueira:

“Não havia na época, entretanto, uma organização na sociedade civil capaz de computar os casos nem espaço político para repercutir as informações. O governo comportava-se como se fosse impermeável a esse tipo de pressão. Quando as denúncias de práticas escravistas vinham a público, as autoridades as relegaram a segundo plano, como infrações trabalhistas”.

Analisando o pensamento dos autores citados, observa-se que sempre existiu uma negação por parte dos governantes a esse tipo de exercício ilícito, em que pese, na atualidade haver diversas formas de combate e uma política pública voltada para erradicação do trabalho escravo, ainda carecemos de muitos incentivos, conscientização, valorização da pessoa humana, respeito, sem exceção de qualquer classe, para assim, conseguirmos suprir essa resignação de uma pessoa sobre a outra.

Como se pode notar, ocorreram diversas modificações no que diz respeito às ações humanas, visto que o que era considerado legal anteriormente, na atualidade é severamente combatido, não obstante, certificando-se de que a exploração do trabalho as acompanhou, possibilitando identificar novas formas de exploração, práticas estão presentes em diferentes setores e são executadas mundialmente.

2.1 DEFINIÇÃO E TIPOS DE TRABALHO ANÁLOGO AO ESCRAVO NO BRASIL

Delineia-se oportuno lembrar que diversas são as maneiras de definição dadas ao termo trabalho escravo contemporâneo, haja vista que tudo depende da ótica e dos fundamentos explicitados por cada indivíduo. Desta feita, certifica-se que a descrição e concepção concedida ao assunto encontram variados aportes teóricos, de autores e instituições. Senão vejamos alguns pensamentos:

Consoante Mascarenhas, Dias e Baptista (2015):

“A escravidão contemporânea pressupõe o aparecimento de três elementos para sua caracterização: o controle de um indivíduo sobre o outro, a apropriação da força de trabalho e o uso de força violenta ou ameaça para concretização do controle do trabalho. Entre os mecanismos que permitem o controle estão o uso da força física e a opressão psíquica, ambos materializados pela presença de jagunços e vigilância armada, restrição de locomoção, ou pela já conhecida prisão por dívida – na qual o empregado tende a sentir-se responsabilizado pelo “prejuízo” que dá a seu patrão/senhor”.

É irrefutável pois, que em relação aos requisitos supracitados, nenhum soa com estranheza, ao contrário, são velhos conhecidos da sociedade, dado que, os noticiários

televisados, as reportagens postas em redes sociais, as políticas públicas que tem por finalidade extinguir esse tipo de crime, são extremamente competentes ao repassarem as informações, citando por exemplo, o proprietário da terra, o empresário envolvido em caso de tráfico de pessoas, assim como, o posicionamento do sistema judiciário brasileiro, reafirmam a importância de fazer as denúncias, de não se subordinar a tais situações, tudo isso com objetivo de contribuir para exclusão deste exercício que fere todos os princípios basilares que deve ter um ser humano.

Convém ressaltar que o Código Penal Brasileiro trouxe um conceito simples ao tema em comento:

“Art. 149. Reduzir alguém à condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência”.

Da dicção do dispositivo mencionado, infere-se que reduzir uma pessoa a condição análoga a escravo, significa transformar a vítima em um objeto, na qual perde sua vontade e personalidade, neste mesmo sentido, afirma-se que, a servidão por dívida certamente é a efetivação de algum trabalho por parte do trabalhador, o qual por acreditar encontrar-se inadimplente perante seu patrão, compromete-se a fornecer seus serviços pessoais ou de outrem que lhe detenha autoridade, como garantia de uma dívida.

Conforme Rogério Grecco:

Não só trabalhar forçosamente, mas também impor a um trabalhador jornada exaustiva de trabalho, isto é, aquela que culmina por esgotar completamente suas forças, minando sua saúde física e mental, se configura no delito tipificado no Código Penal.

Comungando deste mesmo pensamento, o Autor Damásio de Jesus afirma que:

O consentimento do ofendido é irrelevante, uma vez que a situação de liberdade do homem constitui interesse preponderante do Estado,

os trabalhadores têm uma jornada abusiva que contrariam até mesmo sua segurança, colocando-os a um limite excessivo e humilhante. O crime pode ser praticado por meio de ameaça ou violência, uso de fraude, retenção de salários, e por meio disso, tornam-se escravos e vivem condições que são inferiores para um ser humano, sendo prisioneiros, pois só podem ser liberados quando quitarem a "dívida".

Cumpra consignar que a restrição não é unicamente do direito de ir e vir da pessoa humana, mas qualquer meio de interagir com outra pessoa, seja através de correspondências, telefone ou outras maneiras que precisem da vontade do trabalhador. Ressalta-se que a forma mais eficiente para impedir que a vítima saia do local de trabalho escravo é tirando seus documentos e proibindo o uso de transporte, infere-se que a jornada exaustiva é uma técnica cruel, bárbara, porque atinge o trabalhador tanto em seu aspecto físico quanto psicológico.

Salta aos olhos, de forma clara e inconteste que as condições degradantes, podem ser conceituadas como aquelas aviltantes ao trabalhador, as quais ofendem a sua dignidade e honra, a propósito este tem sido o entendimento jurisprudencial a respeito:

Recurso da Reclamada. Dano Moral. Condição degradante de trabalho. Configuração.

O dano moral encontra-se positivado nos incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal, traduzindo-se em lesão sofrida por alguém no seu patrimônio com valores ideais, como a vida privada, intimidade, honra e a imagem pessoal e pública. No caso traduzindo-se com inobservância de regras básicas e higiene do trabalho, resta configurada a lesão imaterial ao patrimônio do trabalhador, razão pela a Empregadora deverá reparar o dano causado. Recurso da Reclamada a que se nega provimento. (TRT 23º. Recurso Ordinário Trabalhista. ROT: 17.2020.5.23.0002- MT).

A par disso, acrescenta-se que o trabalho degradante possui diversas formas de expressão, sendo a mais comum delas a subtração dos mais básicos direitos à segurança e à saúde no trabalhador, verifica-se ademais que não é o cerceamento da liberdade o elemento configurador dessa modalidade de trabalho análogo ao de escravo, mas a supressão dos direitos mais essenciais do empregado, de seu livre arbítrio, de sua liberdade de escolha, mesmo de sua condição de ser humano.

2.2 O TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS

Como bem definido pela Organização das Nações Unidas (ONU), no Protocolo de Palermo (2003), o tráfico de pessoas pode ser compreendido como:

“O ato de recrutamento, transporte, transferência, abrigo ou recebimento de pessoas, por meio de ameaça ou uso da força ou outras formas de coerção, de rapto, de fraude, de engano, do abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade ou de dar ou receber pagamentos ou benefícios para obter o consentimento para uma pessoa sobressair aos demais, tendo por escopo o propósito de exploração. De maneira geral, o tráfico de pessoas consiste no ato de comercializar, escravizar, explorar e privar vidas, caracterizando-se como uma forma de violação dos direitos humanos por ter impacto diretamente na vida dos indivíduos”.

Importante salientar que caso ocorra transporte, exploração ou cassação de direitos, o crime pode ser classificado como tráfico de pessoas, sendo irrelevante o suposto consentimento por parte da vítima, os aliciadores são figuras importantes neste cenário, visto que jogam a isca para suas presas, a priori, são pessoas confiáveis, de boa índole, bem vistos pela a sociedade, por fim, são verdadeiros algozes em busca de suas vítimas. Ademais, o comércio de seres humanos sempre se pautou em uma onerosidade significativa para os negociadores, ao passo que se tornou em todo o mundo, o terceiro negócio ilícito mais rentável, logo depois das drogas e das armas.

Acrescenta-se ainda que, existe um elevado índice de tráfico de pessoas e exploração sexual em países marcados pela pobreza, instabilidades políticas, desigualdades econômicas, por assim dizer, Estados os quais não oferecem possibilidade de trabalho, educação e perspectivas de futuro para os jovens. Consoante pesquisas feitas pela OMT (Organização Mundial do Trabalho) o tráfico humano movimenta cerca de 32 bilhões de dólares por ano, em que 79% das vítimas são destinadas à prostituição, em seguida ao comércio de órgãos e à exploração de trabalho escravo em latifúndios, na pecuária, oficinas de costura e na construção civil.

Salutar enaltecer que a análise realizada pelo órgão, trouxe dados ainda mais alarmantes, enfatizou-se que as mulheres têm sido a maior parte das vítimas, frequentemente destinadas à exploração sexual, o percentual de homens traficados para trabalho forçado aumentou e lamentavelmente as crianças permanecem como o segundo grupo mais afetado pelo crime, representando 25% a 30% das vítimas.

2.3 TRABALHO ILEGAL DOS IMIGRANTES, EMIGRANTES, MIGRANTES E REFUGIADOS.

Antes de nos aprofundarmos no tema, é de extrema importância entender as definições legais dadas a cada um dos tipos de pessoas mencionadas no subtítulo. Assim, prevalece a regra estampada na lei 13.445/2017, a qual trata sobre a Migração:

“Art. 1º Esta Lei dispõe sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante. § 1º Para os fins desta Lei, considera-se: II - imigrante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil; III - emigrante: brasileiro que se estabelece temporária ou definitivamente no exterior”

Depreende-se a partir do dispositivo supramencionado um entendimento cristalino a despeito das significações dos tipos de pessoas mencionadas na citada lei, permanecemos com objetivo de esclarecer as diversas maneiras de exploração desse grupo de pessoas, que por vezes deixam seu país de origem em busca de melhores condições de vida, e quando chegam ao destino planejado são sorrateiramente surpreendidos por problemáticas antes não vivenciadas, logo, como forma de sobrevivência, são submetidos a situações vexatórias e a usurpação de direitos básicos da pessoa humana, vivem a pior forma de vitimização e revitimização humanidade.

Quando o assunto são os emigrantes, abre-se um leque de possibilidades, dando maior importância aos brasileiros, voltando nossos olhos para as mulheres, encontramos a principal forma de exploração, qual a seja, a prostituição, esse grupo de vulneráveis são ludibriadas por aliciadores/coites, que trazem em seus argumentos, a falsa promessa de uma transformação de vida rápida, como se fosse um salto de classe, enquanto que na verdade serão escravizadas sexualmente, podem sofrer violência institucional, trabalhos forçados, recolhimento de documentos quando existentes, abuso sexual, por vezes seguidos de gravidez, agregando-se ainda o risco de morte em um país distante. .

Dando sequência, traz-se à baila, figura do Refugiado, está amplamente exposta nos últimos anos, pois o que se tem visto são nações inteiras sendo destruídas, suprimidas dos mais diversos modos.

Segundo SALERT:

“Dignidade humana é: Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma

vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos de sua própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.

Potencializando e concordando com o autor mencionado, assevera-se que direitos à igualdade de oportunidades estão sendo suprimido dos refugiados, tal tratamento discriminatório fere também a liberdade, visto que, ao obstar sua ascensão social, são restringidas suas possibilidades de acesso a elementos de uma vida digna. Ademais, esse grupo de pessoas têm sua integridade física e moral, sujeita às situações indignas, pois são vitimizadas frequentemente pelo exercício ilícito de trabalho escravo e de subemprego, sobrecarregando-os de sentimentos de menor valia e de sofrimento.

2.4 FORMAS DE COMBATE A ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA.

Sabendo-se que a Segunda Guerra Mundial deixou marcas irreparáveis em toda a humanidade, oportuno se fez o momento para criação de alguns mecanismos que amenizasse aqueles horrores vividos, por esta razão em 1948, o Brasil ratificou a Declaração dos Direitos Humanos, um dos mais importantes dispositivos de combate a toda forma de tratamento desigual, sendo enfático ao assegurar claramente que: ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.

Posteriormente, em 1957, ratificou a Convenção n. 29 da OIT (Organização Internacional do Trabalho), que trata sobre o trabalho forçado, nomeando-o como todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de uma sanção e para o qual a pessoa não se ofereceu espontaneamente. Sua exploração pode ser feita por autoridades do Estado, pela economia privada ou por pessoas físicas. O conceito é amplo e, portanto, abrange um vasto leque de práticas coercitivas de trabalho, que ocorrem em todos os tipos de atividades econômicas e em todas as partes do mundo.

Nesta mesma esteira, a Constituição Federal de 1988, veda todo tipo de trabalho forçado, degradante e desumano, seja por disposição expressa, seja pelos conjuntos de princípios que a norteiam, quando em seu artigo 1º traz como fundamento a dignidade da pessoa humana, já o 5º dispositivo é categórico ao afirmar que constitui garantia fundamental a liberdade do ser humano, neste mesmo dispositivo preconiza-se que ninguém será submetido à tortura e nem a tratamento desumano ou degradante. Assim, todo texto constitucional tem como ideologia precípua a igualdade dos seres humanos, sua dignidade, seu crescimento intelectual e evolução pessoal, tudo isso calcado no princípio da liberdade.

Tecidas essas considerações necessárias, bem é de ver, outrossim, que o assunto requer medidas urgentes e eficazes, as quais sejam capazes de ofertar o mínimo que uma pessoa precisa para viver de maneira digna, por isso, a Justiça do Trabalho vem assumindo importante papel no combate à utilização do trabalhador em condição análoga à de escravo, através de fixação, em ações civis públicas ou coletivas ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho, de severas condenações de ordem pecuniária (multas e indenizações pelos danos causados ao trabalhador e à sociedade).

É de bom alvitre lembrar que, desde 2020, passou a existir o Sistema Ipê, no ficam centralizadas as denúncias de trabalho escravo, por meio desta ferramenta qualquer pessoa pode denunciar respeitando o anonimato, com praticidade e segurança frisando que as informações quando repassadas de maneira clara e detalhada aumentam as chances dos casos se desdobrarem numa em uma operação de fiscalização. Além do Sistema Ipê, existem outros canais de denúncia, podemos citar como exemplo: O aplicativo Pardal, o próprio Ministério Público, disque 100 e também por meios dos aplicativos BR

Conveniente é ressaltar que o Estado tem a obrigação de garantir que o labor seja pleno, não só na forma de satisfação pessoal, mas como relevante interesse coletivo, posto que é fonte de renda, fato gerador de tributos, movimentação da economia e fator contribuinte para a plenitude da ordem econômica, portanto, não há que se falar em orgulho econômico, quando todo montante estiver debaixo de um guarda-chuvas gigantesco chamado: Escravidão Contemporânea.

3. CONCLUSÃO

Considerando todas as informações expostas, malgrado anos de conversas sobre o assunto exploração de pessoas, tráfico de seres humanos e exploração do trabalho os números sinalizam a necessidade de pesquisas contínuas devido à exploração do trabalho humano e ações que reprimem direitos fundamentais e condições de trabalho persistem na sociedade global.

Portanto, cabe ressaltar que o trabalho escravo, utilizado com respaldo legal há mais de três séculos no Brasil, não pode ser considerado um sistema hermeticamente fechado, estanque e ultrapassado, pois a concretude da realidade social atual aponta para a prática de atividades que reduzem as pessoas a um estado semelhante ao de escravos.

Ademais, a coerção que obriga as pessoas a trabalhar como escravos não é necessariamente física e podem incluir também aspectos psicológicos e/ou preconceitos morais. Destarte, se constata que o presente representa um grande contraste: apesar do progresso fomentado pelo uso da mais moderna tecnologia, é caracterizado por obras que atentam contra direitos elementares à própria existência humana, em total contraste com o valor societário do trabalho.

Por conseguinte, a fim de ressaltar a importância de coibir os abusos que continuam a ser cometidos contra trabalhadores, mostrou-se o diversificado aparato legal de proteção aos direitos destes grupos e de proibição à prática de atividades aos moldes escravista de um passado não tão longínquo, bem como se destacou a relevância da fiscalização e da devida punição para prevenir tais retrocessos e estabelecer uma sanção àqueles que insistirem em ter sob seu domínio pessoas trabalhando em condições completamente indignas.

Assim, complementamos também que nenhuma das ferramentas de combate apresentada tem significado maior que a “EDUCAÇÃO”, a qual possui a capacidade de trazer luz a uma multidão de pessoas, que se encontram de certa forma alienadas ao sistema que lhes é imposto, o conhecimento pode ultrapassar fronteiras, encorajar, impulsionar, reestruturar vidas às quais foram abruptamente invadidas.

4. REFERÊNCIAS

BIRNIE, Arthur. An economic history of Europe, 1760 - 1939 - História econômica da Europa. Tradução de Christiano Monteiro Oiticica. Zahar Editores: RJ, 1964.

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do trabalho. 5. ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2011.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992

DECRETO-LEI Nº 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943

DE MASI, Domenico. O Futuro do Trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. 9. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006

GRECO, Rogério. Código penal: comentado – 5ª Ed- Niterói, RJ; Impetus, 2011

JESUS, Damásio de - Direito Penal, Parte Especial

Lei nº 10.803, de 11 de dezembro de 2003.

PISTORI, Gerson Lacerda. História do direito do trabalho: um breve olhar sobre a Idade Média. São Paulo: 2007.

SAKAMOTO, Leonardo. Trabalho Escravo no Brasil do Século XXI. Brasília: OIT. 2007

<https://www.dmtmdebate.com.br/artigo-4-ninguem-sera-mantido-em-escravidao-ou-servidao/>. Acesso dia 6 de agosto 2022

<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/123456789/2051/2/20561819.pdf>, acesso dia 10 de julho de 2022

<https://multivix.edu.br/wp-content/uploads/2018/12/trabalho-escravo-contemporaneo.pdf> acesso dia 05 de maio de 2022

Revista: REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Edição Especial. Trabalho Escravo. (Ministério Público da União). Brasília: Procuradoria Geral do Trabalho, ano XIII, n.26, set. 200

ASPECTOS JURÍDICOS DA INCAPACIDADE LABORAL

LUANA ALVES DA SILVA:
Acadêmica de Direito na
Universidade de Gurupi- UNIRG⁴⁷.

ADRIANO DE OLIVEIRA RESENDE⁴⁸

(orientador)

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 apresentou a definição de seguridade social sendo um conjunto de ações que buscam garantir a proteção social da sociedade, tendo como tripé: a previdência social, assistência social e a saúde. Os benefícios da previdência social por invalidez decorrem da chamada incapacidade laboral, sendo assim é sempre necessário um suporte médico, social e científico para a aferição dessa incapacidade. Ao requerer o benefício administrativamente junto ao Instituto Nacional de Seguro Social, em caso de indeferimento, o segurado tem a oportunidade de requerer o benefício por vias judiciais. No Poder Judiciário, o segurado busca um processo justo e que seja garantido o seu direito. Assim, o presente artigo tem como objetivo examinar por meio de uma análise descritiva mediante método qualitativo de pesquisa da incapacidade laboral juntamente com um conjunto ótico de elementos necessários na vida humana como por exemplo fatores sociais e pessoais, para que assim ocorra a concessão do benefício previdenciário para saciar a quem é detentor de incapacidade, aferindo sempre de forma correta e coerente.

Palavras-chave: Benefícios previdenciários, incapacidade laboral, concessão, perícia médica.

LEGAL ASPECTS OF WORK DISABILITY

ABSTRACT: The Federal Constitution of 1988 presented the definition of social security as a set of actions that seek to guarantee the social protection of society, having as a tripod: social security, social assistance and health. The benefits of social security for disability result from the so-called labor incapacity, therefore, medical, social and scientific support is always necessary to measure this incapacity. When applying for the benefit administratively with the National Institute of Social Security, in case of rejection, the insured person has the opportunity to apply for the benefit through judicial channels. In

47 E-mail: Luana.alvessilva1@hotmail.com.

48 Docente do curso de Direito na Universidade de Gurupi/TO – UnirG. E-mail: adrianoresende.adv@gmail.com

the Judiciary, the insured person seeks a fair process and that his right is guaranteed. Thus, this article aims to examine, through a descriptive analysis through a qualitative research method of labor incapacity, together with an optical set of necessary elements in human life, such as social and personal factors, so that the granting of the benefit occurs. social security to satiate those who have a disability, always measuring correctly and coherently.

Keywords: Social security benefits, labor incapacity, concession, medical expertise.

1.INTRODUÇÃO

As prestações de invalidez concedidas no âmbito do sistema geral de segurança social constituem um reforço para muitos beneficiários que se encontram incapacitados para o trabalho e não dispõem de meios para se sustentarem a si próprios e às suas famílias temporária ou permanentemente, a lei nº 13.846/2019 teve grande influência sobre esses benefícios. Existem casos em que a incapacidade para o trabalho pode desaparecer devido a uma condição de saúde individual, mas também há casos em que a incapacidade para o trabalho é permanente de tal forma que o indivíduo já não pode ser reintroduzido no mercado de trabalho.

Com as medidas aplicadas pelo INSS na chamada operação pente-fino, que representam uma investigação realizada em lotes a qualquer indício de irregularidade ou confirmação do restabelecimento da capacidade laboral antes inexistente, o risco que ficou demonstrado pela aplicação da referida lei é que muitos beneficiários que permanecem impossibilitados de trabalhar, e portanto, ainda elegíveis ao benefício, têm que retomar a vida laboral sem reunir as condições necessárias, o que causa enormes prejuízos na manutenção da vida digna desses beneficiários e seus familiares. É, portanto, um importante passo para corrigir as irregularidades existentes no sistema previdenciário, mas, por outro lado, caracteriza-se por uma enorme injustiça para com aqueles que ainda mantêm o direito aos benefícios.

2.BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE

O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS é uma Autarquia Federal, com sede em Brasília - Distrito Federal, vinculada ao Ministério da Previdência Social, instituída com fundamento no art. 17 da Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990, que tem por finalidade promover o reconhecimento, pela Previdência Social, de direito ao recebimento de benefícios por ela administrados, assegurando agilidade, comodidade aos seus usuários e ampliação do controle social. (Art. 1º da PORTARIA MPS Nº 296, DE 09 DE NOVEMBRO DE 2009 - DOU DE 10/11/2009)

LEITÃO ainda discorre acerca do assunto:

A seguridade social, parte integrante da ordem social, compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (art. 194 da CF/88). Portanto, conclui-se que a seguridade social é um sistema de proteção social composto por três subsistemas: previdência, assistência social e saúde (LEITÃO, 2012).

Para conseguir o benefício do INSS, o trabalhador tem que estar incapacitado para o trabalho por um determinado período, que para os empregados deve ser superior a 15 (quinze) dias, estando incapaz de exercer o seu trabalho por mais de 15 (quinze) dias, o trabalhador pode ter direito ao:

- Ao auxílio-doença (atual benefício por incapacidade temporária)
- À aposentadoria por invalidez (atual benefício por incapacidade permanente)

Contudo há outro benefício por incapacidade pago pelo INSS ao empregado que, em decorrência de um acidente ou de uma doença ocupacional, teve a sua capacidade de trabalho reduzida:

- Auxílio-acidente

Esse benefício, é indenizatório, ou seja, o trabalhador pode retornar ao exercício de sua atividade e receber valor agregado do INSS como compensação pela redução de sua capacidade de trabalho.

As prestações por invalidez são devidas pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS aos segurados inscritos no Regime Geral de Previdência Social e que, em determinada fase de suas vidas, sejam afetados por incapacidade física, mental, psíquica ou social, impossibilitando de realizar a atividade laboral habitual que assegura o próprio sustento e o sustento da família.

Um segurado em estado de invalidez não pode mais exercer seu trabalho habitual e, conseqüentemente, não recebe o salário correspondente, que é a fonte de sua renda mensal. Nesse estado, ele tem, portanto, direito a receber benefícios para cobrir um eventual imprevisto que ocorra, de modo que ele consiga sustentar a si e sua família.

Estar segurado significa que você contribui para o INSS e, portanto, está segurado pela previdência social. Para ter direito a qualquer um dos benefícios por incapacidade, cabe ao beneficiário comprovar a causa de sua incapacidade mediante a apresentação de

documentos médicos como exames, atestados, laudos e prontuários emitidos por médicos que acompanham a saúde do segurado, também sendo submetido a uma perícia médica que é realizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social onde o médico constata se há ou não incapacidade laboral.

Para ter a qualidade de segurado o indivíduo deve estar contribuindo regulamente para o INSS, existem casos em que a lei considera como segurado uma pessoa que não está contribuindo, ou seja, são hipóteses de manutenção da qualidade de segurado, o que é conhecido como período de graça (art. 15, incisos II a VI, da Lei n. 8.213/1991 e art. 13 do Decreto n. 3.048/1999). O segurado mesmo não contribuindo, manterá os direitos como se estivesse, por isso é extremamente importante que o advogado saiba calcular esse período. Veja-se:

A Lei 8.213/91. Art. 15. Dispõe de medidas que mantêm a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

- I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício, exceto do auxílio-acidente; (Redação dada pela Lei nº 13.846, de 2019)
- II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;
- III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;
- IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;
- V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;
- VI - até 6 (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo

A incapacidade para o trabalho pode ser classificada de acordo com a extensão e a possibilidade de realizar ou não alguma atividade laboral em incapacidade parcial ou total para o trabalho. A incapacidade parcial pode ser definida como aquela que impossibilita o indivíduo de realizar determinado trabalho e possibilita o desempenho de outra atividade que não esteja relacionada à referida situação de incapacidade, uma incapacidade total é aquela que impede um indivíduo de fazer qualquer tipo de trabalho.

Quanto à duração da incapacidade, esta pode ser classificada como temporária se for verificada no diagnóstico médico a possibilidade da sua cessação no futuro. A invalidez será definitiva quando não for provável o restabelecimento da capacidade para o exercício da atividade habitual, perdurando a inaptidão para o trabalho por tempo indeterminado.

3. DA PERÍCIA MÉDICA PARA CONSTATAÇÃO DE INCAPACIDADE

Todo esse processo de análise e constatação da incapacidade laborativa deve ser realizado pelo INSS. O Perito Médico Previdenciário emite pareceres técnicos por solicitação, de fato quem concede o benefício é o INSS e a Lei, o perito apenas analisa se o pedido do segurado goza de veracidade e se está enquadrado na previsão legal. O principal objetivo da perícia realizada pelo perito é confirmar o laudo e a análise do médico escolhido pelo empregado, até porque o número de pedidos de benefícios é alto diariamente.

O empregado deverá comparecer na data marcada para exame, que será avaliado por perito, que poderá ou não concordar com o pedido de auxílio-doença ou invalidez. Portanto, antes de solicitar, informa-se sobre todos os documentos necessários para requerer o benefício por incapacidade para o trabalho, vale ressaltar que é possível solicitar a revisão da decisão do perito, porém, recomenda-se estar preparado na primeira avaliação, esse recurso pode ser feito administrativamente no próprio INSS ou judicialmente por meio de advogado iniciando o processo previdenciário.

Salienta Leitão, a perícia médica é pressuposta para a concessão do auxílio-doença.

Assim, enquanto estiver recebendo o benefício, o segurado é obrigado a se submeter a exame médico periódico, em que o INSS estabelece, mediante avaliação de perícia médica, o prazo que entende ser devido para a recuperação da capacidade para o trabalho. A concessão do auxílio-doença, evidentemente, pressupõe que a perícia médica conclua pela existência de incapacidade para o trabalho ou para a atividade habitual por mais de 15 dias consecutivos. O benefício será mantido ativo enquanto o segurado permanecer nesta condição. Portanto, não há prazo máximo para o pagamento do auxílio-doença. Enquanto o segurado permanecer nesta condição de incapacidade para o trabalho ou atividade habitual, o benefício continuará sendo devido (LEITÃO, 2012, p.151).

No dia da perícia médica, o segurado precisa levar os seguintes documentos:

- RG e CPF;
- carteira de trabalho;
- laudos médicos e receituários;

- comprovante de endereço;
- comprovante do agendamento da perícia;
- comunicado de Acidente de Trabalho, CAT (Caso se tratar de acidente do trabalho ou doença ocupacional);
- declaração de último dia trabalhado — DUT (para segurados empregados.)

4. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ

A pensão por invalidez é concedida em caso de incapacidade total e permanente para o trabalho, o contribuinte deve solicitar uma avaliação do afastamento médico no INSS e o especialista decidirá o que é melhor para o trabalhador.

Embora a pensão por invalidez seja permanente, o beneficiário pode ser convocado a cada dois anos para reavaliar a incapacidade para o trabalho, caso seja verificada a possibilidade de retorno as atividades, existem prazos determinados para adequação ao retorno desses afazeres.

Caso o profissional decida pela suspensão do benefício antes de cinco anos após o primeiro pagamento, o beneficiário poderá retornar imediatamente ao exercício de suas funções, desde que possa retornar a mesma empresa onde trabalhou, estando a pensão por invalidez suspensa no momento.

Caso o contribuinte não consiga retornar ao antigo emprego, terá direito a um período em que continuará recebendo o benefício até que encontre uma nova oportunidade de trabalho, este período deve corresponder aos anos de recebimento da pensão. Por exemplo, se um trabalhador estiver com pensão por invalidez por dois anos, após o término dela, ele receberá por mais dois meses até ingressar em uma nova empresa.

Além da comprovação da incapacidade definitiva para qualquer trabalho, é necessário que o trabalhador tenha qualidade de segurado e que tenha contribuído por pelo menos 12 (doze) meses, sendo este o período denominado como carência.

O Artigo 42 da Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991 dispõe:

Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

5. AUXÍLIO-DOENÇA

Com a Reforma da Previdência em 2019 (EC nº 103/2019), os benefícios de aposentadoria por invalidez e de auxílio-doença mudaram de nome. Agora, são aposentadoria por incapacidade permanente e auxílio por incapacidade temporária, respectivamente. O Auxílio-Doença é um benefício previdenciário pago pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS às pessoas que ficarem incapacitadas para o trabalho ou atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos e que devem cumprir 3 requisitos:

- Incapacidade para o trabalho ou atividade habitual
- Cumprimento da carência
- Ter qualidade de segurado

Não há exigência de que o segurado esteja incapacitado para qualquer atividade, mas o beneficiário esteja incapaz para desempenhar suas atividades habituais. Essas reivindicações devem ser feitas no momento do evento gerador do benefício, ou seja, na data em que ocorreu a incapacidade, o valor do benefício depende das contribuições anteriores do segurado.

O auxílio-doença é calculado a partir do décimo sexto dia de afastamento por doença incapacitante, no caso de outros segurados, conta-se a partir da incapacidade, se o segurado se ausentar do trabalho por mais de 30 (trinta) dias, os benefícios serão calculados a partir da data de entrada do requerimento administrativo, a empresa pagará a você o salário integral pelos primeiros 15 (quinze) dias de ausência.

A carência do auxílio-doença é de 12 (doze) meses de contribuições, estão isentos da carência os segurados incapacitados por acidente ou doença ocupacional ou relacionada ao trabalho de qualquer natureza.

O auxílio-doença deve ser revisto periodicamente, conforme determinação do INSS, para determinar se o beneficiário ainda tem direito à manutenção do benefício, sob pena de multa e de suspensão. Os beneficiários também devem passar por um processo de reabilitação profissional recomendado e financiado pela Administração da Previdência Social, as prestações de doença cessam após a recuperação ou prova de incapacidade permanente para o trabalho. No segundo caso, o auxílio-doença é extinto e convertido em pensão por invalidez ou auxílio-acidente, conforme o caso.

Nos termos do artigo 59, § 1º, da Lei 8.213/91, o auxílio-doença não é concedido se o segurado já estiver inscrito em seu regime de previdência social por motivo de doença

ou lesão que o tenha incapacitado. Os benefícios são concedidos apenas se a doença ou lesão tiver progredido ao longo do tempo a ponto de o segurado ficar incapacitado de realizar atividades por mais de 15 (quinze) dias.

§ 1º Não será devido o auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, exceto quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento da doença ou da lesão.

IBRAHIM, ainda discorre acerca do assunto (2019, p.637):

Se concedido novo benefício decorrente da mesma doença, dentro de 60 (sessenta) dias, contados da cessação do benefício anterior, a empresa fica desobrigada do pagamento relativo aos primeiros dias de afastamento, prorrogando-se o benefício anterior. Por exemplo: segurado empregado afasta-se por seis meses, recebendo os 15 primeiros dias pela empresa e o restante pelo INSS, após este período, a perícia médica libera-o para retornar ao trabalho. Todavia, na semana seguinte, o segurado é obrigado afastar-se pelo mesmo motivo anterior a empresa não tem qualquer obrigação referente ao pagamento, já que o INSS prorrogará o benefício anteriormente concedido, observe que deve ser a mesma doença. Caso o segurado venha a afastar-se em virtude de outra doença ou até acidente, não se aplica esta regra, sendo a empresa responsável pelos 15 (quinze) primeiros dias.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notório o grande desenvolvimento dos direitos previdenciários adquiridos ao longo do tempo, o que trouxe grandes benefícios aos segurados atualmente, embora anteriormente esses direitos tenham passado por diversos traumas e instabilidades, mas a Previdência Social agora é um grande sucesso e goza de um nível honroso de respeito.

O INSS concede benefício para aquele que esteja por um curto ou longo período incapacitado para realizar seu trabalho, concedendo assim o auxílio-doença desde que comprovado os requisitos necessários para sua concessão.

Aqueles que permanecerem incapacitados por um longo prazo, e se mesmo depois de ingressar na reabilitação profissional não ficar apto para reingressar ao mercado de trabalho, será aposentado por invalidez.

Foi visto que a concessão de tal benefício, nos termos legais, depende da constatação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social que deve deferir ou indeferir incapacidade total e definitiva.

No entanto, os termos taxonômicos utilizados pela legislação não são adequados e a deficiência total e definitiva deve ser entendida como uma incapacidade substancial e permanente que afeta cada indivíduo de maneira diferente. Nesse sentido, a medida da capacidade para o trabalho não se limita à verificação de disfunção puramente orgânica, mas inclui um conjunto de diversas condições no âmbito do segurado, aliadas à análise médica e aos fatores variáveis: Idade, mercado de trabalho, nível de escolaridade, histórico ocupacional, benefícios anteriores, entre outros.

Estima-se que muitas vezes o trabalho é a única fonte de rendimento do beneficiário e por muitas vezes o mercado de trabalho não oferece oportunidades porque sabe que o trabalhador não tem condições de exercer a sua atividade, enquanto o órgão de proteção social diz que há condições suficientes para continuar essa atividade.

Pela sistemática da Lei, é fixado o prazo estimado para a duração do benefício, no ato de concessão ou reativação do auxílio-doença, tanto judicial como administrativo. Caso não seja fixado prazo, o benefício cessa automaticamente após 120 (cento e vinte) dias, contados do ato de concessão ou de reativação, caso o segurado, estando ainda incapacitado para o trabalho, não tenha requerido, administrativamente, a prorrogação do benefício perante o INSS.

A de se falar também do polêmico procedimento nomeado como "pente-fino" dos benefícios de doença e pensões por invalidez, um programa que faz a verificação da regularidade dos seus aposentados e pensionistas, assim, são identificados e suspensos pagamentos inadequados.

Os segurados beneficiários de prestações de doença e de invalidez são convocados para avaliação, para constatar se permanecem ou não incapacitados, e as condições de acesso às pensões judiciais ou administrativas.

Com objetivo maior de averiguar possíveis irregularidades e fraudes, nem todos os segurados são alvos dessa operação, o objetivo do Estado é cortar gastos e poder beneficiar segurados realmente necessitados de auxílio.

A função social dos benefícios por incapacidade é garantir aos segurados meios indispensáveis para viverem com dignidade, eis que merecem proteção do Estado para fazer cumprir o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, insculpido no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Assim, esse trabalho, desde o início procurou de forma clara e explícita destinar aos leitores todos os elementos que envolvem os benefícios previdenciários oferecendo a compreensão de suas categorizações e existência no ordenamento jurídico.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL, <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-previdenciario/beneficios-por-incapacidade-em-face-da-lei-n-13-846-2019/> acesso em:

<https://www.gov.br/planalto/pt-br>

KOETZ. <https://koetzadvocacia.com.br/incapacidade-laborativa/> Acesso em:

BRASIL. <https://siass.ufop.br/incapacidade-laborativa/> Acesso em:

BRASIL, <https://cmpprev.com.br/blog/auxilio-doenca/> Acesso em:

PREVIDENCIARIDTA. <https://Matheus Azzulin/ previdenciarista.com/blog/tnu-decide-que-ha-fungibilidade-entre-o-beneficio-assistencial-e-os-beneficios-por-incapacidade/Acessado> em:

BRAGANÇA, Kerlly Huback. Manual de Direito previdenciário. 8. ed. rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2012. / Acesso em:

PREVIDENCIARISTA. O que é e como funciona o auxílio-doença. Disponível em: <https://previdenciarista.com/blog/auxilio-doenca/>. Acesso em:

BRASIL, <https://jus.com.br/artigos/68027/incapacidade-laboral-para-concessao-de-aposentadoria-por-invalides-no-regime-geral-de-previdencia-social/2>

IBRAHIM, Fábio Zambitte, Curso de Direito previdenciário. 20. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2019./ Acesso em:

BRASIL, <https://carneirodiniz.adv.br/pente-fino-inss-2022-entenda-como-funciona> / Acesso em:

AS ESPÉCIES DE PRISÃO E A NOVA ÓTICA DA PRISÃO TEMPORÁRIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ALEXANDRE RAFFAEL TRES:

Graduado em Direito pela Fundação Universidade Federal de Rondônia. Pós-Graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Sociedade de Ensino Superior Estácio de Sá. Servidor Público do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Atuou como Analista Jurídico da Defensoria Pública do Estado de Rondônia.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar as espécies de prisão existentes no ordenamento jurídico pátrio e destacar a prisão temporária que, recentemente, teve sua constitucionalidade enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, o qual trouxe uma nova visão a seu respeito e criou, à luz de uma interpretação constitucional da Lei nº 7.960/89, novos requisitos para a sua incidência.

Palavras-Chave: Medidas Cautelares. Espécies de Prisão. Prisão Temporária. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This article aims to analyze the types of prison existing in the national legal system and highlight the temporary prison that, recently, had its constitutionality faced by the Federal Supreme Court, which brought a new vision about it and created, in the light of of a constitutional interpretation of Law nº 7.960/89, new requirements for its incidence.

Keywords: Precautionary Measures. Prison Species. Temporary Prison. Federal Court of Justice.

1. INTRODUÇÃO

No âmbito do processo penal brasileiro, a tutela jurisdicional cautelar encontra-se disposta no Código de Processo Penal através de inúmeras medidas cautelares, que vai desde a natureza patrimonial, passando por aquelas relativas às provas e encerrando nas de natureza pessoal, onde se encontram as famigeradas prisões cautelares.

É cediço que houve inúmeras alterações legislativas recentemente, especialmente pela Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime), que, dentre as várias alterações no que se refere

às medidas cautelares de natureza pessoal, determinou, de forma expressa, a existência de um sistema acusatório em que o magistrado não poderá mais decretar eventual prisão cautelar de ofício, dependendo de pedido prévio do Ministério Público, da autoridade policial, assistente de acusação ou do ofendido.

Não bastasse as alterações legislativas, há também importantes decisões judiciais tanto do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no que diz respeito às diversas modalidades de prisão, sendo que, nos próximos parágrafos, iremos debruçar de forma breve as modalidades de prisão cautelar e destacar o novo entendimento do STF no que se refere à prisão temporária, a qual foi decidida recentemente em repercussão geral.

2.DAS MODALIDADES DE PRISÃO E A NOVA ÓTICA JURISPRUDENCIAL SOBRE A PRISÃO TEMPORÁRIA

Em nosso sistema processual penal, há duas espécies de prisões: prisão pena, que é aquela sanção penal consistente em privação da liberdade do agente em virtude de uma condenação transitada em julgado; e prisão sem pena, que pode ser provisória ou cautelar, a qual é decretada pelo julgador antes do trânsito em julgado do processo criminal e se subdivide em algumas espécies.

Nesta breve estudos nos concentraremos nas prisões cautelares, as quais podem ser subdivididas em preventiva, temporária, domiciliar e em flagrante, sendo esta última uma polêmica no âmbito doutrinária acerca da sua inclusão ou não no rol de prisões cautelares.

Antes de adentrarmos nas modalidades de prisões, imperioso destacar que RENATO BRASILEIRO indica a existência de alguns princípios que norteiam a análise das medidas cautelares de natureza pessoal, quais sejam: a presunção da não culpabilidade, da jurisdicionalidade, da vedação da prisão *ex lege* e da proporcionalidade.

A não culpabilidade parte da premissa que, antes de haver uma decisão transitada em julgado, o investigado/réu deve ser tratado considerado inocente, de modo que eventual decreto prisional se mostra excepcional e apenas quando devidamente fundamentadas a existência dos requisitos permissivos. A jurisdicionalidade significa que qualquer decretação de medida cautelar de natureza pessoal deve partir exclusivamente de membros do Poder Judiciário.

Pelo princípio da vedação da prisão *ex lege* veda-se aquela prisão automática por força de lei, de modo que deve ser analisada previamente a sua necessidade pelo órgão competente, caso contrário também ofenderia o princípio da não culpabilidade. Por fim, o

princípio da proporcionalidade pressupõe que a decisão do magistrado seja pautada de razoabilidade, evitando-se excessos por parte daquele que aprecia esta medida extrema.

Além da análise destes princípios, registre-se que para a decretação de medidas cautelares de natureza pessoal é necessário a presença dos seus pressupostos, quais sejam: *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. O primeiro consiste “na plausibilidade do direito de punir, ou seja, a plausibilidade de que se trata de um fato criminoso, constatada por meio de elementos de informação que confirmem a presença de prova da materialidade e de indícios de autoria do delito” (BRASILEIRO, pág. 843). Já o segundo é compreendido como “o perigo concreto que a permanência do suspeito em liberdade acarreta para a investigação criminal, o processo penal, a efetividade do direito penal ou a segurança social” (BRASILEIRO, pág. 844).

Pois bem. É cediço que há inúmeras nuances a respeito dessas cautelares de natureza pessoal acerca de suas formalidades e procedimento, contudo, passaremos desde já para a análise das modalidades de prisões, tema objeto do presente artigo.

A primeira modalidade é a prisão em flagrante, sendo esta palavra compreendida como “tanto o que é manifesto ou evidente, quanto o ato que se pode observar no exato momento em que ocorre” (NUCCI, pág. 587). Trata-se, pois, da “modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal” (TÁVORA; ALENCAR, pág. 461).

Difere das demais porque possui inúmeras funções, destacando-se: “a) evitar a fuga do infrator; auxiliar na colheita de elementos informativos; impedir a consumação do delito, no caso em que a infração está sendo praticada (CPP, art. 302, inc. I), ou de seu exaurimento, nas demais situações (CPP, art. 302, II, III, IV); preservar a integridade física do preso, diante da comoção que alguns crimes provocam na população, evitando-se, assim, possível linchamento” (BRASILEIRO, pág. 926).

Verifica-se, pois, que a prisão em flagrante tem por objetivo a preservação social, de modo que fica admitido o encarceramento daquele agente que é surpreendido cometendo uma infração penal. Esta modalidade de prisão processual possui previsão expressa no art. 5º, inciso LXI, da CF/88 e é regulamentada pelos artigos 301 a 310 do CPP.

Ademais, convém ressaltar que, com as alterações promovidas pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19), embora já houvesse previsão na Resolução nº 213/15 do CNJ, tornou-se obrigatório o encaminhamento do flagranteado a uma audiência de custódia, ocasião em que o magistrado, na companhia do membro do Ministério Público e de advogado ou defensor público, poderá resolver a respeito dessa prisão, podendo relaxá-la se ilegal; conceder a liberdade provisória com ou sem fiança; ou, ainda, caso haja

requerimento do órgão acusatório e estejam presentes seus requisitos autorizadores, convertê-la em preventiva.

Lado outro, temos a prisão preventiva, que consiste na “prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, art. 313) e ocorrerem os motivos autorizadores listados no art. 312 do CPP, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes das medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319)” (BRASILEIRO, pág. 956).

Portanto, trata-se daquela espécie de prisão processual decretada, exclusivamente, pelo membro do Poder Judiciário (juiz de direito/federal, membros dos tribunais de segunda instância ou superiores) quando presentes os requisitos expressamente previstos em lei. Como consiste em uma medida cautelar de natureza pessoal, por óbvio, deve pressupor a existência do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*.

Esta prisão preventiva consiste em medida excepcional e não deve ser aplicada de modo automático, devendo ser analisado em virtude da proporcionalidade que rege essas medidas cautelares. Assim, não se pode determinar a prisão preventiva de algum investigado ou denunciado de forma automática, devendo, sempre, o julgador verificar a necessidade desta modalidade de prisão.

Além disso, com a alteração trazida pela Lei nº 13.964/19, conforme o art. 312, § 2º, do CPP, deve ser observado o princípio da contemporaneidade, isto é, a medida deve estar baseada em fatos novos e contemporâneos, a saber: “§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

Outra alteração importante trazida pela referida reforma legislativa diz respeito à impossibilidade de decretação desta prisão cautelar de ofício pelo magistrado, antes autorizada durante a fase do processo. Agora, não é mais possível, somente será viável caso haja pedido do Ministério Público, autoridade policial, assistente da acusação ou ofendido, conforme a redação do art. 311, do CPP.

Não se pode ignorar, também, que com a alteração promovida pelo Pacote Anticrime, a prisão preventiva necessita, para ser decretada, da conjugação de três importantes **requisitos**, quais sejam: a prova da existência do crime (materialidade delitiva); indícios suficientes de autoria e do perigo gerado pelo estado de liberdade do agente; além da necessidade da prisão preventiva, conforme disposto no próprio art. 312, do CPP,

mediante a necessidade de garantir a ordem pública, a ordem econômica, para conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Não bastasse todos esses fundamentos e requisitos ensejadores da prisão preventiva, deve-se avaliar, ainda, suas circunstâncias legitimadoras e impeditivas previstas nos artigos 313 e 314 do CPP.

Com efeito, extrai-se do art. 313 do CPP que só será possível decretar a prisão preventiva nos seguintes casos: a) nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos; b) se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, salvo se decorrido o prazo depurador de cinco anos da reincidência; c) se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Ainda, há a previsão do art. 312, § 1º, do CPP, que dispõe a possibilidade da sua decretação quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Concluindo acerca da prisão preventiva, obviamente sem esgotar e esmiuçar cada um dos seus requisitos, é preciso deixar claro a necessidade constitucional da fundamentação para que seja decretada esta medida extrema, tendo em vista que o próprio art. 315 do CPP, amparado no art. 93, IX, da CF, disciplina que a decisão que decretar, substituir ou negar a prisão preventiva será sempre motiva e fundamentada.

Por outro lado, também subsiste no processo penal pátrio a denominada prisão domiciliar, sendo que, com a alteração introduzida no CPP pela Lei nº 12.403/11, gerou-se uma especial forma de cumprimento da prisão preventiva. De acordo com o texto legal, a prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização legal (CPP, art. 317).

Para Aury Lopes Junior, esta prisão domiciliar “não consiste em uma nova modalidade de prisão cautelar, mas apenas (...) uma especial forma de cumprimento da prisão preventiva, restrita aos poucos casos estabelecidos no art. 318 do CPP” (LOPES JR, pág. 137).

Com efeito, verifica-se “levando em consideração certas situações especiais, de natureza humanitária, a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar visa tornar menos desumana a segregação cautelar, permitindo que, ao invés de ser recolhido ao

cárcere, ao agente seja imposta a obrigação de permanecer em sua residência. Para que ocorra essa substituição, que só pode ser determinada pela autoridade judiciária, deve se exigir prova idônea dos requisitos estabelecidos no art. 318 do CPP” (BRASILEIRO, pág. 1021).

Se debruçando no art. 318 do CPP, observa-se que a prisão domiciliar consiste em uma forma alternativa de cumprimento da prisão preventiva, isto é, pressupõe a existência desta modalidade de prisão e, caso estejam presentes seus requisitos legais, seria possível a substituição pela domiciliar. Inclusive, de acordo com Leonardo Barreto Moreira Alves, “prepondera na doutrina o posicionamento segundo o qual a prisão domiciliar não pode substituir a prisão temporária. E isso basicamente por dois motivos: (1) a exiguidade do prazo da prisão temporária; (2) a finalidade da temporária é acautelar as investigações, o que não será obtido se o investigado for colocado preso em seu próprio domicílio” (ALVES, pág. 177/178).

Em relação às hipóteses autorizadoras da prisão domiciliar, registre-se que houve alteração pela Lei nº 13.257/2016, chamada de Estatuto da Primeira Infância, de modo que o julgador poderá substituir a preventiva pela domiciliar quando o agente for: (a) maior de 80 anos; (b) extremamente debilitado por motivo de doença grave; (c) imprescindível para os cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência; (d) gestante; (e) mulher com filho de até doze anos de idade incompletos; (f) homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até doze anos de idade incompletos.

Outrossim, o STF tem entendimento no sentido de que o art. 318 do CPP, que trata das hipóteses de substituição da prisão preventiva pela domiciliar, é inaplicável quando já há uma decisão condenatória transitada em julgado, ocasião em que deverá ser aplicada as hipóteses previstas no art. 117 da Lei de Execuções Penais, sendo indispensável, ainda, que a situação concreta esteja devidamente enquadrada nas situações previstas naquela legislação especial referente ao cumprimento da pena (STF, 1ª Turma, HC nº 177.164/PA, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 18.02.2020).

Outro importante julgado diz respeito ao *Habeas Corpus Coletivo* enfrentado pelo STF em 2018, a pedido da Defensoria Pública, requerendo prisão domiciliar para todas as mulheres grávidas, amamentando ou com filho até doze anos ou com deficiência que se encontravam em prisão preventiva. Em sua conclusão, a Suprema Corte decidiu que para ter direito à prisão domiciliar seria necessário que a mulher: (a) não tenha cometido crimes com violência ou grave ameaça à pessoa ou ainda contra algum filho; (b) não tenha perdido a guarda da criança por algum motivo que não seja a prisão; (c) tenha convívio ou relação com o filho; ainda, este benefício deveria ser estendido às mães que se encontravam em centros socioeducativos (STF, 2ª Turma, HC nº 143.641, julgado em 20.02.2018).

Além disso, recentemente, a Lei nº 13.769/18 alterou o CPP e adotando parcialmente o entendimento do STF no *Habeas Corpus Coletivo* mencionado no parágrafo anterior, criou hipóteses específicas de substituição da prisão preventiva pela domiciliar para as mulheres gestantes ou mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, desde que: (a) não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; (b) não tenha cometido crime contra seu filho ou dependente (CPP, art. 318-A). Ademais, o art. 318-B informa que esta benesse se aplica sem prejuízo da concomitante incidência de medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do CPP.

Por fim, temos a prisão temporária, que visa “assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de apuração de infração penal de natureza grave” (NUCCI, pág. 584). Esta modalidade de prisão só pode ser decretada durante a fase das investigações e tem previsão expressa na Lei nº 7.960/89.

Não bastasse assegurar a eficácia das investigações criminais, “o principal objetivo da criação da prisão temporária foi pôr fim à famigerada prisão para averiguações, que consiste no arrebatamento de pessoas pelos órgãos de investigação para aferir a vinculação das mesmas a uma infração, ou para investigar a sua vida pregressa, independentemente de situação de flagrância ou de prévia autorização judicial. Essa prisão para averiguação é de todo ilegal, caracterizando manifesto abuso de autoridade” (BRASILEIRO, pág. 999).

A doutrina conceitua a prisão temporária com “espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente durante a fase preliminar de investigações com prazo preestabelecido de duração, quando a privação da liberdade de locomoção do indivíduo for indispensável para a obtenção de elementos de informação quanto à autoria e materialidade das infrações penais mencionadas no art. 1º, inciso III, da Lei nº 7.960/89, assim como em relação aos crimes hediondos e equiparados (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 4º), viabilizando a instauração da *persecutio criminis in judicio*. Como espécie de medida cautelar, visa assegurar a eficácia das investigações – tutela-meio –, para, em momento posterior, fornecer elementos informativos capazes de justificar o oferecimento de uma denúncia, fornecendo justa causa para a instauração de um processo penal, e, enfim, garantir eventual sentença condenatória – tutela-fim” (BRASILEIRO, pág. 1000/1001).

Ademais, a lei de regência prevê prazo certo para esta espécie de prisão, sendo, como regra, o prazo de 05 (cinco) dias, podendo ser prorrogado por mais 05 (cinco) dias, desde que haja decisão fundamentada pela autoridade judiciária competente e reste demonstrada a extrema e comprovada necessidade (art. 2º, *caput*, da Lei nº 7.960/89). Quando envolver crime hediondo ou equiparado, o prazo da prisão temporária passará

para 30 (trinta) dias, prorrogáveis por mais 30 (trinta) dias, nos termos do art. 2º, § 4º, da Lei de Crimes Hediondos, também sendo necessário que a autoridade judicial fundamente sua decisão na extrema e comprovada necessidade.

Pois bem. Analisando friamente a Lei nº 7.960/89, extrai-se que caberá prisão temporária: (a) quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; (b) quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; (c) quando houve fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes elencados no art. 1º, III, alíneas "a" a "o", além dos crimes hediondos e equiparados, conforme art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/90.

Ocorre que havia divergência na doutrina em relação a cumulatividade ou não destes requisitos, bem como da existência de eventuais requisitos extras não previstos na lei de regência. A corrente majoritária partida do pressuposto que "com o objetivo de consertar a falta de técnica do legislador, somente é possível decretar a prisão temporária quando houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes listados no inciso III do art. 1º, associada à imprescindibilidade da segregação cautelar para a investigação policial ou à situação de ausência de residência certa ou identidade incontroversa. Tendo em conta tratar-se a prisão temporária de espécie de prisão cautelar, conjugam-se, assim, seus pressupostos: 1) *fumus comissi delicti*, previsto no inciso III; 2) *periculum libertatis*, previsto no inciso I ou no inciso II" (BRASILEIRO, pág. 1002).

Em que pese esta discussão doutrinária, "a jurisprudência nacional, inclusive do STJ, vem entendendo que a prisão temporária possui regulamentação própria e autônoma, qual seja, aquela prevista na Lei nº 7.960/89, não sofrendo assim influência do regramento das prisões cautelares previstas no Código de Processo Penal, nem mesmo após o advento da Lei nº 12.403/11" (ALVES, pág. 106).

Não obstante, recentemente, o STF apreciou duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) propostas em face da previsão normativa da prisão temporária. A ADI nº 4109/DF proposta pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PDT) e a ADI nº 3360/DF proposta pelo Partido Social Liberal (PSL).

As referidas ações sustentavam que o art. 1º da Lei nº 7.960/89 contrariava diversos direitos fundamentais assegurados na CF/88 e que eventual decretação de prisão temporária só seria possível se os requisitos dispostos nos incisos deste artigo fossem cumpridos de forma conjunta quando da análise por parte da autoridade judiciária competente, caso contrário estaria sendo violado o devido processo legal em seu aspecto substancial.

Também alegavam os autores das ações de controle objetivo que a redação do art. 1º, incisos I, II e III, da Lei nº 7.960/89 era imprecisa e, por consequência, geraria inúmeras controvérsias jurídicas que ocasionavam soluções distintas e desproporcionais, também ofendendo o devido processo legal substancial. Além disso, argumentaram que a prisão temporária era inconstitucional pelo fato de prever menos requisitos do que a prisão preventiva, de modo que estaria violando os direitos da presunção de não culpabilidade e da liberdade provisória.

Ao analisar estas ações conjuntamente, o STF julgou parcialmente para dar uma interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 1º da Lei 7.960/89, isto é, que esta lei, de fato, é constitucional, todavia, desde que cumpridos alguns critérios e interpretação que foram fixados pela Suprema Corte.

Quanto ao inciso I do art. 1º da Lei nº 7.960/89, o STF chegou à conclusão de que é constitucional, pois a prisão temporária, de fato, é utilizada para assegurar a eficácia das investigações criminais e isso não estaria em desacordo com a ordem constitucional e convencional vigente.

Com efeito, é cediço que a prisão temporária é uma espécie de prisão cautelar, sendo certo, também, que no processo penal pátrio, em prestígio ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, as prisões cautelares só podem ser decretadas de forma excepcional e quando se mostrar necessário em cada caso concreto, sendo imprescindível uma decisão judicial devidamente fundamentada em fatos concretos.

Não obstante, este princípio da não culpabilidade não se mostra como um empecilho intransponível para a existência de prisões cautelares, tanto é que a própria CF/88 permite a sua possibilidade, indo ao encontro das normativas existentes também na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Embora seja possível a decretação de prisões cautelares quando devidamente necessário e presentes seus requisitos, o STF reafirma, com base na doutrina majoritária, que a prisão temporária não pode ser encarada com uma prisão para averiguações, a qual está peremptoriamente extinta do nosso ordenamento jurídico, além de não ferir o princípio da não culpabilidade.

Neste sentido, por não poder ser utilizada como prisão para averiguação, é categoricamente inconstitucional utilizar a prisão temporária como uma forma de violar o princípio da não autoincriminação, que tem sede expressa no texto constitucional, de modo que esta prisão cautelar também não poderá ser utilizada para forçar os investigados

ou indiciados a prestarem depoimento na fase investigatória, pois, caso contrário, desvirtuaria os direitos fundamentais mais básicos do processo penal pátrio.

Ademais, ao analisar o inciso II do art. 1º da Lei nº 7.960/89, a Corte conclui que este requisito, que é aquele que autorizaria a prisão temporária quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade, é desnecessário e inconstitucional se interpretado de uma forma isolada, a uma porque esta circunstância já estaria abarcada pelo fato de eventual ausência de residência fixa poder ser encaixada no inciso I que trata da imprescindibilidade para a investigação, a duas porque que não se pode decretar uma medida tão extrema pelo simples fato de o investigado não possuir endereço fixo, de modo a atingir de uma forma desproporcional as camadas mais vulneráveis da sociedade, tais como as pessoas em situação de rua, violando, assim, o princípio da isonomia em seu aspecto material.

Em relação a este ponto, vale frisar que facilmente seria o caso de aplicação da famosa teoria do impacto desproporcional, que possui estreita relação com o princípio da igualdade material. Com efeito, esta teoria busca combater discriminação indireta e “consiste na ideia de que toda e qualquer prática empresarial ou política governamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação ao princípio constitucional da igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos de sua incidência especial desproporcional sobre certas categorias de pessoas (STF, ADI nº 4424).

Assim, não há dúvidas de que, aplicando a teoria do impacto desproporcional, seria completamente inviável a permanência do inciso II do art. 1º da Lei nº 7.960/89, haja vista que, ao ser aplicada isoladamente conforme entendimento do STF, atingiria de forma desproporcional apenas determinada parcela da sociedade, qual seja, aqueles que já estão em extrema situação de vulnerabilidade e se encontram em total desvantagem para todas as formas de uma vida digna quando comparados com o restante da sociedade, tais como os desabrigados e as pessoas em situação de rua, pois, obviamente, não possuem residência fixa e, portanto, estariam a mercê da incidência do referido requisito que justificava a prisão temporária pelo simples fato de serem pessoas extremamente carentes, perpetuando, assim, a ideia de uma criminalização da pobreza, em total descompasso ao ditames mais básicos da CF/88 e das Convenções Internacionais que o Brasil ratificou.

Lado outro, dando continuidade ao julgamento do STF, chegou-se à conclusão de que o inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960/89 é taxativo. O fundamento deste entendimento parte da ideia de que o poder punitivo do Estado encontra óbice na legalidade estrita, sendo que aqueles crimes elencados na lei de regência evidencia a opção do Poder Legislativo, o qual exercendo sua função constitucional legiferante, entendeu que só seria

possível decretar prisão temporária quando da ocorrência daquelas graves infrações penais.

Além disso, o STF não vislumbrou nenhuma violação à CF/88 na taxatividade desta lista de crimes, sendo certo que esta opção legislativa vai ao encontro de um processo penal razoável e que objetiva garantir a limitação do direito de punir.

Não bastasse a análise dos incisos do art. 1º da Lei nº 7.960/89, o STF, ao fazer uma interpretação conforme a Constituição, criou novos requisitos não previstos na citada lei de regência para que a autoridade judiciária competente decrete a prisão temporária do investigado. Tais requisitos são: (a) a existência de fatos novos e contemporâneos e (b) adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado.

Quanto ao primeiro requisito adicionado pelo STF, verifica-se que há a aplicação do § 2º do art. 312 do CPP, isto é, do denominado pela doutrina de princípio da atualidade ou da contemporaneidade, que está dentro da temática da prisão preventiva. Com a alteração realizada pela Lei nº 13.964/19, o CPP passou a determinar para prisão preventiva a necessidade da comprovação de que o pedido desta cautelar extrema esteja justificada em fatos novos ou contemporâneos, isto não, não esteja baseada em fatos ou situações antigas.

Isso não significa que o fato não possa ser antigo, todavia, o pedido de prisão temporária deve ter como base um fato contemporâneo que justifique, de maneira objetiva, o *periculum libertatis*, já tratado no início deste artigo, haja vista ser uma decorrência lógica das prisões cautelares.

“A contemporaneidade diz respeito aos fatos que autorizam a medida cautelar e os riscos que ela pretende evitar, sendo irrelevante, portanto, se a prática do delito é atual ou não. (...) Ademais, a contemporaneidade não está diretamente vinculada ao início ou ao fim de uma investigação criminal, tampouco à data da prática do fato delitivo, e sim à necessidade da medida cautelar, o que pode se revelar a qualquer tempo. É possível que uma investigação dure anos e, mesmo assim, ser constatada a necessidade de uma prisão preventiva, o que se dá principalmente em crimes de grande complexidade (ALVES, Manual de Processo Penal, pág. 984-985).

O outro requisito consiste na aplicação à prisão temporária do art. 282, II, do CPP, ou seja, que para o magistrado deferir esta medida cautelar esteja devidamente demonstrado no caso concreto a adequação da medida à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado.

Dessa feita, ainda que a previsão da prisão temporária seja oriunda de uma lei especial (Lei nº 7.960/89), o STF chegou à conclusão de que este art. 282, II, do CPP seria uma regra geral que deve incidir em todas as modalidades de medidas cautelares de natureza pessoal, seja de prisão ou não, tendo em vista que prestigia o festejado princípio da proporcionalidade.

Outrossim, entendeu o STF que não deve ser aplicado à prisão temporária os requisitos elencados no art. 313 do CPP, os quais ficam condicionados de forma exclusiva à prisão preventiva, posto que a Lei nº 7.960/89 já elenca os crimes para os quais a temporária é possível e, se assim não o fosse, haveria uma confusão na tentativa de conciliar os pressupostos para a decretação de ambas as medidas cautelares.

Portanto, de forma resumida, podemos chegar à conclusão de que para a decretação de uma prisão temporária, a autoridade judiciária competente deve analisar a presente de cinco importantes requisitos, quais sejam: (a) for imprescindível para as investigações do inquérito policial (art. 1º, inciso I, da Lei nº 7.960/89); (b) houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes taxativamente elencados no rol do art. 1º, inciso III, da Lei nº 7.960/89; (c) for justificada em fatos novos ou contemporâneos (art. 312, § 2º, do CPP); (d) for adequada à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do investigado (art. 282, II, do CPP); e (e) não for suficiente a imposição de medidas cautelares diversas da prisão. (STF, Plenário. ADI 4109/DF e ADI 3360/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, redator para o acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 11.02.2022).

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que as medidas cautelares de natureza pessoal, em especial as prisões processuais, constituem medidas extremas que só podem ser utilizadas pelo Estado punitivo quando presentes seus requisitos autorizadores e quando, no caso concreto, não houver medida mais branda que solucione o *status libertatis* do investigado, protegendo, assim, a sociedade sem intervir tão severamente na vida pessoal do ofensor, posto que se baseia na *ultima ratio*, bem ainda sempre mediante a imperiosa e necessária decisão judicial devidamente fundamentada pela autoridade judiciária competente.

Não obstante as modalidades de prisão brevemente tratadas neste trabalho (prisão em flagrante, preventiva, domiciliar e temporária), devemos ter em mente que recentemente tivemos importantes alterações legislativas que tentaram conciliar estas medidas cautelares extremas com a realidade social e o quadro notório de prisões quase sempre automáticas pelos membros do Poder Judiciário, na grande maioria atingindo a população mais vulnerável e carente da sociedade.

Com isso, houve a implementação de melhoria nas hipóteses de substituição da prisão preventiva com a prisão domiciliar, destacando-se o Estatuto da Primeira Infância, bem como alterações nos pressupostos que justificariam a prisão preventiva pelo famoso e recente Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19).

Contudo, como temática principal, a grande novidade adveio da jurisprudência, especificamente de ações diretas de inconstitucionalidade julgadas pelo STF, o qual realizou interpretação conforme a Constituição para ajustar a precária e defasada Lei nº 7.960/89, que trata da prisão temporária, aos preceitos básicos dispostos na Constituição Federal e na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Assim, com os novos requisitos, tem-se maior segurança por parte da sociedade em evitar que magistrados, a pedido do órgão investigativo e/ou acusador, intervenha em um dos pilares mais importantes de um Estado Democrático de Direito, que é a liberdade de ir e vir, somente pelo fato de haver uma investigação em seu desfavor ou por não possuir residência fixa.

Muito embora parte da doutrina afirme que houve certa intromissão por parte do STF na atividade legislativa, é fato que a interpretação conforme a Constituição objetiva conferir a certos institutos um viés mais condizente com os direitos fundamentais e, com isso, prestigiar a força normativa da Constituição.

Portanto, em que pese algumas críticas, a mora legislativa em atualizar os critérios defasados e desproporcionais da lei de regência trouxe ao STF o dever de atuar como verdadeiro guardião da Constituição Federal, de modo que sua interpretação e nova ótica da prisão temporária se faz pertinente especialmente pelo momento punitivo que estamos vivendo, sendo necessário, sempre, pelo órgão judiciário máximo previsto constitucionalmente, a tarefa de frear e introduzir balizas em institutos que visam atingir, quase que sempre, os grupos mais vulneráveis de nossa sociedade.

4.REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 de maio de 2023.

BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689), de 03 de outubro de 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 02 de maio de 2023.

BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm. Acesso em 02 de maio de 2023.

BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 02 de maio de 2023.

BRASILEIRO, Renato de Lima. Manual de Processo Penal. 5ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm.

PACELLI, Eugenio. Curso de Processo Penal. 20ª Edição. São Paulo: Editora Atlas.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Manual de Processo Penal. Salvador: JusPodivm, 2021).

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Processo Penal, Parte Especial, Sinopses Jurídicas. 12ª Edição. Salvador: JusPodivm.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 5ª Edição. São Paulo: RT.

LOPES JR, Aury. Direito Processual e sua Conformidade Constitucional. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

LOPES JR, Aury. O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Supremo Tribunal Federal.
<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=481715&ori=1>.
Acesso em 02 de maio de 2023.

DIZER O DIREITO. Requisitos estipulados pelo STF para a validade da decretação da prisão temporária. Disponível em <https://www.dizerodireito.com.br/2022/02/requisitos-estipulados-pelo-stf-para.html>. Acesso em 02 de maio de 2023.

CONTORNOS JURÍDICOS DO DIREITO À MORADIA – DA DISCIPLINA LEGAL À NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

VICTOR MENEZES BARROS DE SA.

Analista Judiciário do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Christus – Unichristus. Pós-graduado (especialização) em Direito Constitucional pela Faculdade Única de Ipatinga⁴⁹.

RESUMO: O presente artigo científico efetua uma análise jurídica do direito à moradia. Iniciam-se os estudos acerca das diretrizes básicas dos direitos fundamentais, delineando as peculiaridades do direito à habitação digna na ordem jurídica pátria. Após, faz-se uma análise comparativa entre o referido direito e o direito à propriedade. Por fim, aborda-se a necessidade de efetivação de direitos sociais desse jaez por meio de políticas públicas. Baseada em pesquisa de matriz exclusivamente bibliográfica, utiliza-se do método dedutivo para, a partir de noções gerais dos direitos fundamentais alcançar as peculiaridades do direito em questão.

Palavras-chave: Direito à moradia. Direito à propriedade. Políticas Públicas.

ABSTRACT: This scientific article makes a legal analysis of the right to housing. Studies begin on the basic guidelines of fundamental rights, outlining the peculiarities of the right to decent housing in the legal order of the country. Afterwards, a comparative analysis is made between the aforementioned right and the right to property. Finally, the need to implement social rights of this kind through public policies is discussed. Based on exclusively bibliographic research, it uses the deductive method to, from general notions of fundamental rights, reach the peculiarities of the right in question.

Keywords: Human Right to adequate housing. Right to property. Public Policy.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceituação Inicial – da disciplina dos direitos fundamentais; 2 Do tratamento jurídico dispensado ao Direito à moradia; 3 Estudo interseccional do Direito à moradia e o Direito à propriedade – Função social; 4 Políticas Públicas e Direito à moradia no Brasil; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

49 E-mail: victor_menezes_barros@hotmail.com

O trabalho ora exposto destina-se à uma análise ampla sobre a estrutura jurídica, classificação e desdobramentos do direito à moradia na ordem jurídico-constitucional brasileira vigente.

Num primeiro momento, aborda-se a classificação dos direitos fundamentais, explanando-os com base na aparente progressividade em que foram catalogados, definindo e detalhando o direito à moradia nesse contexto.

Num segundo ponto, aborda-se o direito à moradia em si mesmo considerado. O conceito de moradia, de contexto significativamente sociológico, alcance feição jurídica em uma série de dispositivos legais, notadamente a Carta Constitucional de 1988, passando pelo Código Civil, bem como o Estatuto das Cidades e demais disposições especiais.

Num terceiro ponto, são abordadas as intersecções entre direito à moradia e à propriedade, reconhecendo o fenômeno da constitucionalização das relações privadas e as consequências dela decorrentes.

Por fim, aborda-se a necessidade de efetivação de políticas públicas para a consecução de um direito à habitação de qualidade. Conceituando-as como medidas de concretização de anseios econômico-sociais, destaca-se o seu caráter dúplice (legislativo-administrativo), bem como a incidência dos princípios constitucionais na adoção da melhor medida pelo Administrador Público.

1 CONCEITUAÇÃO INICIAL – DA DISCIPLINA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De início, destaca-se a natureza jurídica dos direitos fundamentais, na qual se encontra inserido o direito à moradia.

Numa perspectiva de caráter ético-moral, os direitos fundamentais são valores, pontos de partida para a construção do conceito de vida digna. Nestes termos, referida a cartela de direitos seriam a base axiológica da ordem jurídica vigente.⁵⁰

Por outro sentido, aplicando uma compreensão jurídico-material, os direitos fundamentais representariam valores de aspiração constitucional. Nessa esteira, a Constituição é a fonte primária de produção de normas, os quais os valores insculpidos pelos princípios decorrentes dos direitos fundamentais assumem condição de prestígio.

Ingo Sarlet, ao definir essa qualidade de direitos, destaca o caráter de vida digna, excluindo qualquer situação de feição degradante, a fim de se conferir o mínimo existencial. Veja-se:

50 MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 18.

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Doutrinariamente, os direitos fundamentais são catalogados em dimensões, na medida em que possuem nuances próprias. Os direitos de primeira dimensão são tidos como direitos de resistência ao Estado, fundados no princípio da liberdade, representando, portando, um limitador à atuação do ente estatal.⁵¹

Por seu turno, há o que se convencionou chamar de direitos sociais, entendidos como verdadeiros direitos prestacionais, exigindo uma postura ativa do Estado, por meio de políticas públicas, fundamentando-se no valor igualdade. Aqui reside o direito à moradia, foco do presente artigo, mormente a diversa gama de medidas estatais para efetivação da habitação digna.

Há outras categorias de direitos fundamentais, como os direitos de participação da vida política (terceira dimensão), com poder de interferência no Estado, mas que não são foco deste excerto.

Por fim, cabe enfatizar as dimensões que os direitos fundamentais comportam no ordenamento jurídico. Há uma demanda subjetiva, fundada em liberdades negativas, no sentido de obrigação negativa em si (não fazer alguma coisa), ao passo que se destaca em sentido diametralmente oposto a dimensão objetiva, pautada nos controles de atuação estatal, dotando os direitos fundamentais das seguintes características: obrigação do Estado de efetivar os direitos nela inseridos, independentemente de manejo judicial; o caráter eminentemente interpretativo destas normas e, por fim, possibilidade de limitação dos direitos indicados quando exigidos pelos seus titulares. Jane Pereira destaca que:

Desde o ponto de vista funcional, é largamente aceita a ideia de que os direitos fundamentais assumem hoje um duplo caráter, ou dupla função, na ordem constitucional. Por um lado, atuam no plano subjetivo, operando como garantidores da liberdade individual,

⁵¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. 4. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p. 50.

sendo que a esse papel clássico somam-se, hoje, os aspectos sociais e coletivos da subjetividade. De outro lado, os direitos ostentam uma função (ou dimensão) objetiva, que se caracteriza pelo fato de sua normatividade transcender à aplicação subjetivo-individual, pois que estes também orientam a atuação do Estado.⁵²

Dito isso, passa-se à análise do direito à moradia em si, nitidamente um direito fundamental, de segunda dimensão e, portanto, que exige uma atuação forte e efetiva por meio de densas políticas públicas.

2 DO TRATAMENTO JURÍDICO DISPENSADO AO DIREITO À MORADIA

De início, é importante realizar um recorte teórico: o instituto moradia possui um viés verdadeiramente social, sendo entendido como o ambiente íntimo de sobrevivência do homem em si mesmo e com sua família, representando uma espécie de refúgio.

Sociólogos como Engels, *v.g.*, já apresentavam uma preocupação com o déficit habitacional quando comparado aos regimes de produção vigentes, por vezes relacionando a precariedade das habitações às baixas remunerações e instabilidades dos meios laborais. Ribeiro e Pechman destacam que:

O conhecimento do contexto da obra de Engels permite-nos compreender a sua constante preocupação em associar a crise de moradia ao modo de produção capitalista, ou seja, que a penúria de habitações é fruto dos baixos salários e da instabilidade no emprego [...] É a dinâmica destes mercados, a partir de uma determinada estrutura de distribuição de riqueza, que estabelecerá os padrões de consumo habitacional.⁵³

Num prisma jurídico, por sua vez, o direito à moradia é direito de segunda dimensão, exigindo uma conduta prestacionista, sem, contudo, negar resquícios de um direito de defesa, podendo ser invocado quando ameaçado de violação ou (in)devidamente violado. De forma exegética, há o artigo 6º da Constituição Federal (São direitos sociais [...] a moradia), o qual é entendido implicitamente como toda moradia digna.

Inúmeros foram os documentos jurídicos destinados à proteção da moradia em sede pátria. Iniciado pela Constituição Federal, já referenciada, a Lei n.º 6.766/79, dispondo

52 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 77.

53 RIBEIRO, Luís César de Queirós; PECHMAN, Robert Moses. **O que é questão da moradia**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985, p. 17.

sobre o parcelamento de solo urbano, disciplinou a aquisição de imóveis ocupados irregularmente por detentores de boa-fé. A Lei n.º 8.245/91 (Lei de Locações), a seu turno, disciplina a tutela do locatário e sublocatário, indicando mecanismos jurídicos de proteção.

Numa perspectiva internacional, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu Comentário Geral n.º 4 destaca elementos necessários para a configuração de uma moradia com padrões de habitabilidade. Néelson Saule Júnior pontua-os em sua obra:

1. Adequada privacidade, adequado espaço, acesso físico, adequada segurança incluindo a garantia de posse, durabilidade e estabilidade da estrutura física, adequada iluminação, aquecimento e ventilação;
2. Adequada infraestrutura básica, fornecimento de água, saneamento e tratamento de resíduos, apropriada qualidade ambiental e de saúde, adequada localização com relação ao trabalho e serviços básicos;
3. Que esses componentes tenham um custo acessível para todos.⁵⁴

Ainda nessa mesma linha de raciocínio, Néelson Saule Júnior demonstra a eficácia irradiante do direito à habitação digna, relacionando com outros direitos humanos de igual relevância, senão veja-se:

O Direito à moradia derivado do direito a um nível de vida adequado, configura a sua indivisibilidade e interdependência e inter-relacionamento como direito humano por exemplo, com o direito de liberdade de associação (como as de moradores de bairros, vilas e comunidade de base, com o direito de segurança, casos de despejos e remoções forçadas ou arbitrárias ou ilegais), o direito de privacidade da família, casa e correspondência, com o direito à higiene ambiental e o direito de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.⁵⁵

Nesses termos, há uma ampla gama de institutos jurídicos atinentes ao tema, aptos a demonstrar a relevância do assunto, bem como a necessidade de redimensionar o direito

54 SAULE JÚNIOR, Néelson. Instrumentos de monitoramento do direito humano à moradia adequada. IN: FERNANDES, EDÉSIO; ALFONSIN, Betânia. **Direito urbanístico**: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 220.

55 Ibid, p. 91.

à moradia na seara brasileira, mormente a aplicação de uma série de medidas que o tornem efetivo, numa perspectiva de moradia digna.

3 ESTUDO INTERSECCIONAL DO DIREITO À MORADIA E O DIREITO À PROPRIEDADE – FUNÇÃO SOCIAL

O Direito à propriedade, tal qual visto classicamente como um atributo de uso, gozo e reivindicação da coisa de quem a injustamente a detenha remonta à visão clássica do Estado Liberal, marca do Século XVIII, em que havia uma nítida separação entre os direitos público e privado.

Rochelle Jelinek, abordando os atributos clássicos da propriedade – absolutismo, individualismo e perpetuidade – indica que referido direito era marcadamente privatista, mostrando-se somente como uma possível ingerência do cidadão contra o próprio Estado:

Os códigos civis desse período, também chamados constituições de direito privado, caracterizavam-se por estarem centrados na propriedade, com ênfase na propriedade imobiliária, com caráter absoluto e individualista, e na igualdade meramente formal. As normas estatais protetoras do indivíduo buscavam apenas assegurar a liberdade econômica, protegendo o cidadão contra o próprio Estado.⁵⁶

Com a progressividade dos Direitos Humanos, entendeu-se, no entanto, que uma visão estanque dos direitos não era mais possível, exigindo-se uma redefinição de conceitos. Aqui reside o que se convencionou chamar de constitucionalização do Direito Civil que, em apertada síntese, representa a incidência irradiante das normas constitucionais perante as prescrições de direito privado, notadamente do Código Civil, atribuindo aos institutos jurídicos novas feições, bem como novos desdobramentos daí decorrentes. Veja-se:

Este fenômeno, chamado de constitucionalização do direito civil, resultou na constitucionalização do núcleo essencial das relações privadas e surge de uma demanda da sociedade indispensável para a consolidação do Estado Democrático e Social do Direito e para a promoção da justiça social e da solidariedade, que passou a ser

56 JELINEK, Rochelle. O princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil. **MPRS**, 2006. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/media/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>>. Acesso em 6 maio 2023.

incompatível com o modelo liberal anterior de distanciamento jurídico dos interesses privados e de valorização dos indivíduos.⁵⁷

A marca da constitucionalização é observada no Código Civil de 2002, na medida em que inaugura os princípios da socialidade, eticidade e operabilidade, repercussões decorrentes do texto constitucional.

É nesse sentido que moradia e propriedade caminham *pari passu*, na medida em que a constitucionalização das relações privadas permitiu a elevação da função social como valor basilar da ordem jurídica. A jurisprudência das Cortes brasileiras corroboram com a interpretação de que uma análise puramente civilista-privada desnatura a finalidade do instituto jurídico, sendo mister se consagrar o superprincípio da dignidade da pessoa humana enquanto valor fundamental:

Penhora de imóvel em construção com finalidade de residência familiar – impossibilidade – violação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da função social da propriedade

4. Permitir a penhora do imóvel, único pertencente à unidade familiar, onde se estabelecerá o reduto de sua segurança, assim que as obras forem concluídas, seria erigir a patrimonialização das relações sociais a uma hierarquia superior à dignidade da pessoa humana, desprezando completamente o fim almejado pela Lei 8.009/1990. Além disso, ainda destoaria integralmente da função social da propriedade, cuja consequência, neste caso, se constitui no direito social à moradia (art. 6º da CF/88) e na impenhorabilidade do lar.⁵⁸

De forma conclusiva, Elaine Pagani arremata os estudos referentes à dicotomia propriedade-moradia demonstrando a necessidade de desvinculação do bem em si mesmo, devendo adotar um caráter de efetiva liberdade pública, ultrapassando os limites tradicionais da propriedade:

[...] podemos vislumbrar que o direito à moradia não pode ser considerado como a simples concretização material do direito sobre

57 LIMA, Carolina Silva; SOUSA, Luana Pereira. A constitucionalização do direito civil como garantia de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. **IDP**, 2016. Disponível em: < <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/download/2810/1353/10799> >. Acesso em 6 maio 2023.

58 *Acórdão 1261248, 07089561620198070005, Relator: CARLOS RODRIGUES, 1ª Turma Cível, data de julgamento: 1/7/2020, publicado no PJe: 14/7/2020.*

um imóvel, mas sim um direito subjetivo, abstrato, um bem da vida de valor imaterial, pois se considerado como um bem material somente poderá ser observado e analisado sob a ótica do direito real de propriedade. O direito à moradia deve ser visto como um valor desvinculado de um imóvel, pois assim ele pode ser incidente em outras relações, que não somente a de propriedade [...]59

4 POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITO À MORADIA NO BRASIL

Políticas públicas são diretrizes, caminhos a serem adotados pelo gestor público, com o intento de concretização de demandas de caráter econômico-sociais, buscando-se a efetivação dos direitos fundamentais em sentido amplo.

O modelo de política pública adotado no Brasil adota um sistema dual: fixação de diretrizes por meio do Poder Legislativo, adequando a atuação do gestor administrativo. Cristiana Fortini indica que:

Pode considerar-se que a fixação das políticas públicas obedece a duas etapas: numa delas a fixação se materializa através da função legislante, cabendo ao legislador o lineamento das ações e metas a serem alcançadas; noutra a fixação se processa de forma suplementar, em ordem não somente a complementar a fixação já estabelecida na lei, como também a enunciar os mecanismos de implementação das políticas já planejadas.⁶⁰

Nesse sentido, os autores indicados no presente artigo se inclinam em afirmar que atuação do ente estatal na seara das políticas públicas deve se basear nas disposições atinentes aos direitos fundamentais, na medida em que neste residiria o cerne do interesse público primário. E a definição dos direitos fundamentais (e aqui estariam inseridos os direitos sociais, notadamente a moradia) devem estar indicados expressamente no texto constitucional, na medida em que esta apresenta uma posição de prestígio e, conseqüentemente, de prioridade quando da escolha pelo gestor administrativo.

Igualmente relevante o papel dos princípios constitucionais quando da adoção de políticas públicas de moradia. A adoção da proporcionalidade/razoabilidade é medida que se impõe enquanto baliza para o alcance da justiça social:

59 PAGANI, Elaine Adelina. **O direito de propriedade e o direito à moradia**: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2009, p. 131..

60 FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (orgs.). Políticas Públicas: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p 110.

O Poder Público, para efetivar a aplicabilidade das políticas públicas que assegurem o direito à moradia, deve abster-se de qualquer ato que contrarie a proteção jusfundamental do direito à moradia e programar os mecanismos que assegurem atender as demandas habitacionais em consonância com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade dentro dos ditames da justiça social. O acesso à moradia deve ser considerado como primordial e como tal deve ter programas voltados para esse fim regulamentados pelas políticas públicas urbanas.

Nesse sentido, mister se faz o reconhecimento do caráter fundamental do direito à moradia, o qual representa uma forma de redimensionamento do direito à propriedade, exigindo postura ativa do Estado por meio de Políticas Públicas específicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende-se do presente artigo considerações relevantes sobre o direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro.

Falar sobre direito à habitação implica na necessidade de um recorte jurídico, ambientando na categoria de direitos fundamentais, ramificando quanto à segunda dimensão de direitos, de cunho prestacional, possibilitando a cobrança perante o ente estatal.

Ainda nesse sentido, é indissociável o instituto jurídico do direito à moradia e seu aspecto sociológico. Uma habitação digna, nos moldes que o princípio da dignidade da pessoa humana indica é, antes de tudo, um mecanismo socializante do indivíduo. É, como abordado, reconhecer como um direito a um padrão de vida adequado.

A abordagem de referido direito não pode ser dissociado ao direito à propriedade, na medida em que este é corolário daquele. Nesse sentido, é bem-vindo o processo de constitucionalização do direito privado, na medida em que materializa a eficácia irradiante da Constituição Federal e corporifica a função social por meio da moradia adequada.

Por fim, reconhecer a existência da obrigação jurídica decorrente das prescrições mencionadas implica na necessidade de materialização de políticas públicas sérias e definidas, possibilitando densidade a medidas definidas pela atuação legislativas a serem implementadas pelo administrador/Executivo.

REFERÊNCIAS

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. 4. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (orgs.). Políticas Públicas: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

JELINEK, Rochelle. O princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil. **MPRS**. 2006. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/media/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>>. Acesso em 6 maio 2023.

LIMA, Carolina Silva; SOUSA, Luana Pereira. A constitucionalização do direito civil como garantia de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. **IDP**, 2016. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/download/2810/1353/10799>>. Acesso em 6 maio 2023

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PAGANI, Elaine Adelina. **O direito de propriedade e o direito à moradia**: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RIBEIRO, Luís César de Queirós; PECHMAN, Robert Moses. **O que é questão da moradia**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985.

SAULE JÚNIOR, Néson. Instrumentos de monitoramento do direito humano à moradia adequada. IN: FERNANDES, EDÉSIO; ALFONSIN, Betânia. **Direito urbanístico**: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

A CONTRIBUIÇÃO DA LEI Nº 14.457/2022 PARA O COMBATE AO ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO CONTRA AS MULHERES NO BRASIL

STÉPHANY BATISTA DE SELES:

Graduanda do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).⁶¹

RESUMO: O presente trabalho trata da contribuição da Lei nº 14.457/2022 para o combate ao assédio moral no ambiente de trabalho contra as mulheres no Brasil, cujo objetivo é evidenciar as principais alterações trazidas pela Lei nº 14.457/2022 para o âmbito do direito do trabalho, especialmente no que diz respeito ao combate ao assédio moral contra as mulheres no ambiente laborativo. O problema de pesquisa é: As medidas e instrumentos introduzidos pela Lei nº 14.457/2022 funcionam como mecanismos para apaziguar o assédio moral contra as mulheres no ambiente de trabalho? Sob o prisma acadêmico, justifica-se na imprescindibilidade de se proceder à atualização do estudo sobre novas leis e suas repercussões práticas na realidade jurídica brasileira. É utilizada a técnica da pesquisa jurídica exploratória bibliográfica e documental e quanto à análise de dados é usada a técnica qualitativa, sob o método de abordagem teórico dedutivo. A Lei 14.457/2022 contribui para o combate ao assédio no ambiente de trabalho, por meio das medidas dispostas no art. 23 e demais institutos criados por ela para incentivar a capacitação profissional da mulher e sua manutenção no trabalho, cujos mecanismos são capazes de apaziguar o problema do assédio moral contra as mulheres no Brasil.

Palavras-chave: Lei 14.457/2022; assédio moral; mulher.

ABSTRACT: The present work deals with the contribution of Law nº 14.457/2022 to the fight against moral harassment in the work environment against women in Brazil, whose objective is to highlight the main changes brought by Law nº 14.457/2022 to the scope of labor law, especially with regard to combating moral harassment against women in the work environment. The research problem is: Do the measures and instruments introduced by Law nº 14.457/2022 work as mechanisms to appease moral harassment against women in the workplace? Under the academic prism, it is justified by the indispensability of updating the study on new laws and their practical repercussions on the Brazilian legal reality. The bibliographical and documental exploratory legal research technique is used and the qualitative technique is used for data analysis, under the theoretical deductive approach method. Law 14,457/2022 contributes to the fight against harassment in the work environment, through the measures set forth in art. 23 and other institutes created by her

⁶¹ E-mail: stephannyseles@icloud.com.

to encourage the professional training of women and their maintenance at work, whose mechanisms are capable of appeasing the problem of moral harassment against women in Brazil.

Keywords: Law 14.457/2022; moral harassment; woman.

1 INTRODUÇÃO

O local de trabalho deve favorecer a dignidade humana e ser ambiente para aperfeiçoamento profissional e até pessoal. Contudo, são várias as manifestações de assédio moral que se fazem presentes contemporaneamente, incorrendo na humilhação e constrangimento do trabalhador.

Com o fito de combater essa realidade, foi editada a Lei nº 14.457/2022, que dispôs sobre várias alterações no bojo da Consolidação das Leis do Trabalho – Decreto-Lei nº 5.452/1943 – e, além disso, instituiu o Programa Emprega + Mulheres e também algumas medidas para coibir e prevenir atos de assédio moral no trabalho.

A problemática proposta é a seguinte: As medidas e instrumentos introduzidos pela Lei nº 14.457/2022 funcionam como mecanismos para apaziguar o assédio moral contra as mulheres no ambiente de trabalho?

A pesquisa em tela apresenta justificativa sob o prisma acadêmico sob a imprescindibilidade de se proceder à atualização do estudo sobre novas leis e suas repercussões práticas na realidade jurídica brasileira, conhecendo-se os novos institutos, seus fundamentos e os objetivos de suas introduções no sistema jurídico vigente.

Por outro viés, na visão social, a presente pesquisa revela-se de grande importância para fornecer à sociedade informações atualizadas sobre a Lei nº 14.457/2022 e em que ela poderá ser útil, sobretudo no que tange aos direitos dos trabalhadores e o asseguramento da dignidade humana.

O objetivo geral desta pesquisa é evidenciar as principais alterações trazidas pela Lei nº 14.457/2022 para o âmbito do direito do trabalho, especialmente no que diz respeito ao combate ao assédio moral contra as mulheres no ambiente laborativo.

Os objetivos específicos são: a) conhecer quais são as condutas configuradoras de assédio moral no trabalho; b) verificar qual é a realidade jurídica jurisprudencial quanto à tratativa do assédio moral e; c) destrinchar a Lei nº 14.457/2022 e identificar sua relevância para o direito do trabalho.

Será utilizada a técnica da pesquisa jurídica exploratória bibliográfica e documental, analisando-se julgados proferidos pelos Tribunais brasileiros, os

posicionamentos de autores que disponham sobre o tema em evidência ou correlatos e ainda a legislação pertinente.

Para a análise de dados será usada a técnica qualitativa, pretendendo-se estudar o objeto do trabalho baseando-se não em elementos numéricos, mas em informações que permitam resolver a problemática em comento, sob o método de abordagem teórico dedutivo.

A pesquisa está estruturada em três capítulos. Inicialmente será realizado estudo sobre o assédio moral no trabalho e sobre as condutas caracterizadoras, permitindo-se elencar quais os critérios para que um ato do empregador seja assim considerado.

Em seguida, será verificado na jurisprudência o panorama de condenações dos empregados em virtude de cometimento de assédio moral no emprego, observando como tem sido o entendimento dos Tribunais do país.

Por fim, será analisada a Lei 14.457/2022, seus principais institutos e medidas introduzidas, buscando detectar sua relevância para a minoração e combate do assédio moral contra mulheres no Brasil, que tanto acomete os empregados moral e psicologicamente e retira a dignidade do labor.

2 O CONCEITO DE ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO E SUAS CONDUTAS CARACTERIZADORAS

Segundo a cartilha produzida pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), de 13 de outubro de 2022, o assédio moral no trabalho pode ser caracterizado qualquer conduta que venha a expor a vítima a situação indigna, vexatória e humilhante, por período prolongado ou de maneira reiterada, a fim de causar-lhe alterações psicológicas e morais, bem como estranhamento de seu local de trabalho (BRASIL, 2022a, p. 7).

Vale frisar que o assédio moral pode ser manifestado por diversas formas, desde expressões linguísticas, corporais, por meio escrito, verbal ou comportamental, com vistas à desestabilização do empregado quanto ao âmbito pessoal e profissional (BRASIL, 2022a, p. 7). De acordo com a referida cartilha, pode-se manifestar de maneira direta ou indireta:

É uma forma de violência que tem como objetivo desestabilizar emocional e profissionalmente o indivíduo e pode ocorrer por meio de ações diretas (acusações, insultos, gritos, humilhações públicas) e indiretas (propagação de boatos, isolamento, recusa na comunicação, fofocas e exclusão social). (BRASIL, 2022a, p. 7).

Segundo Hirigoyen (2011, p. 65 *apud* ANDRADE; ASSIS, 2018, p. 2), o assédio moral no trabalho pode ser caracterizado como

toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho.

Para a caracterização do assédio moral no trabalho, é indispensável que tais condutas sejam empregadas por um longo período ou de modo reiterado, considerando a tendência danosa que esse tipo de panorama pode resultar na esfera psicológica do trabalhador, desde a maneira precoce como um mero aborrecimento, até a geração do efeito de cessação da própria vida (BRASIL, 2022a, p. 7).

É por essa razão que o tema do assédio moral no trabalho é de indispensável abordagem pela comunidade científica e até pela sociedade, pois os efeitos dessa prática podem gerar danos de difícil reparação ou até irremediáveis:

A humilhação repetitiva e de longa duração interfere na vida do profissional, comprometendo a identidade, a dignidade e as relações afetivas e sociais e gerando danos à saúde física e mental, que podem evoluir para a incapacidade de trabalhar, para o desemprego ou mesmo para a morte (BRASIL, 2022a, p. 7).

O suicídio é visto como a atitude extrema resultante do assédio moral no trabalho, que é ocasionado em virtude do esgotamento psicológico do empregado derivado do acúmulo de traumas gerados pela prática. Além disso, é possível afirmar que esse tipo de violência está presente nas mais diversas categorias e áreas de trabalho. Nesse sentido, Dejourn e Bègue (2009 *apud* ANDRADE; ASSIS, 2018, p. 2), apontam que

[...] preocupação com os suicídios relacionados ao trabalho, vistos como reação extrema às pressões vivenciadas pelos trabalhadores. O esgotamento profissional pode ser resultado da precarização e da intensificação laboral, embora seja difícil estabelecer umnexo causal direto.

Além do ponto de vista da vida privada, o empregado também sofre consequências sérias no ambiente de trabalho, gerando desde um afastamento até o abandono do trabalho, muitas vezes em virtude da incapacidade laborativa oriunda de consequências psicológicas (BRASIL, 2022a).

Nesse espeque, espera-se de um ambiente de trabalho o máximo de harmonia e responsabilidade afetiva e moral para com os colegas, a fim de que os objetivos financeiros e econômicos corporativos sejam almeçados sem que se renuncie à saúde mental da equipe de trabalho.

Não obstante essa idealização, o assédio moral no trabalho continua a massacrar um grande número de obreiros no Brasil, gerando suas desqualificações, isolamentos, perda da capacidade de acreditar no próprio potencial e até mesmo, muitas vezes, a perda da vontade de viver pelo sentimento de impotência e fracasso acesos (ANDRADE; ASSIS, 2018, p. 2).

O grande problema da identificação da prática do assédio moral no ambiente de trabalho reside na capacidade que essa figura tem de, na grande maioria das vezes, passar despercebida pelos demais colegas. Isso quer dizer que o assédio moral no trabalho não se manifesta visivelmente em muitos dos casos em virtude de seu caráter complexo e multifacetado:

Os riscos do AMT são muitas vezes invisíveis, visto que sua violência nem sempre é física – frequentemente, são as palavras e os gestos que tiram as forças das pessoas. No AMT, ocorrem também perseguições e pressões constantes, com agravos à dignidade e ao direito a um trabalho que proporcione saúde física e mental. (ANDRADE; ASSIS, 2018, p. 2).

Não é à toa que o senso comum costuma comungar do entendimento de que, quanto mais poder um indivíduo tem – acaso ele não saiba administrá-lo e geri-lo – pode-se tornar um risco para si e para os demais, em virtude do *status* e da hierarquia e no caso da relação de trabalho, da situação de subordinação que o empregado assume perante seu empregador.

Deveras, essa alegação tem um respaldo histórico e sociológico. Desde os tempos remotos as civilizações se organizam de forma que deve haver um superior hierárquico para que a ordem social seja promovida e que as normas sejam respeitadas por todos, indistintamente (ANDRADE; ASSIS, 2018).

Em vista disso, faz-se imperiosa a verificação de como o poder é exercido pelos que assumem o topo da cadeia hierárquica, surgindo a força coercitiva e as situações de abuso de poder de uns em detrimento de outros, a fim de gerar desestruturação social, psicológica e, conseqüentemente, empregatícia (ANDRADE; ASSIS, 2018).

Cumpra mencionar que o assédio moral no ambiente de trabalho majoritariamente deriva da desigualdade de gênero. Não se pode olvidar que é impossível afirmar que os conflitos envolvendo homens e mulheres no trabalho um dia acabarão. Nesse palco, surgem as relações sociais de gênero, que pode se dar em virtude de dois fatores: a) a conscientização da supervalorização do trabalho do homem em detrimento do trabalho feminino e; b) a divisão de tarefas entre homens e mulheres considerando o gênero e as distinções que dele se derivam (ANDRADE; ASSIS, 2018).

Ainda de acordo com os brilhantes ensinamentos de Andrade e Assis (2018), as taxadas diferenças entre os empregados não param por aí. É comprovado que mulheres negras sofrem mais números de assédios morais, tem a maior desvalorização laboral e desempenham as atividades mais precárias.

Sobre as condutas que caracterizam assédio moral, a cartilha do TST dispõe que se enquadram os seguintes atos:

- Retirar a autonomia do colaborador ou contestar, a todo o momento, suas decisões;
- Sobrecarregar o colaborador com novas tarefas ou retirar o trabalho que habitualmente competia a ele executar, provocando a sensação de inutilidade e de incompetência;
- Ignorar a presença do assediado, dirigindo-se apenas aos demais colaboradores;
- Passar tarefas humilhantes;
- Gritar ou falar de forma desrespeitosa;
- Espalhar rumores ou divulgar boatos ofensivos a respeito do colaborador;
- Não levar em conta seus problemas de saúde;
- Criticar a vida particular da vítima;
- Atribuir apelidos pejorativos;
- Impor punições vexatórias (dancinhas, prendas);
- Postar mensagens depreciativas em grupos nas redes sociais;

- Evitar a comunicação direta, dirigindo-se à vítima apenas por e-mail, bilhetes ou terceiros e outras formas de comunicação indireta;
- Isolar fisicamente o colaborador para que não haja comunicação com os demais colegas;
- Desconsiderar ou ironizar, injustificadamente, as opiniões da vítima;
- Retirar cargos e funções sem motivo justo;
- Impor condições e regras de trabalho personalizadas, diferentes das que são cobradas dos outros profissionais;
- Delegar tarefas impossíveis de serem cumpridas ou determinar prazos incompatíveis para finalização de um trabalho;
- Manipular informações, deixando de repassá-las com a devida antecedência necessária para que o colaborador realize suas atividades;
- Vigilância excessiva;
- Limitar o número de vezes que o colaborador vai ao banheiro e monitorar o tempo que lá ele permanece;
- Advertir arbitrariamente; e
- Instigar o controle de um colaborador por outro, criando um controle fora do contexto da estrutura hierárquica, para gerar desconfiança e evitar a solidariedade entre colegas. (BRASIL, 2022a, p. 12).

Por outro lado, segundo a mesma cartilha, não caracterizam assédio moral no trabalho as condutas que envolvam exigências profissionais, desde que não ultrapassem a capacidade de cumprimento de meta do homem médio. Isto é, designar atividades e funções compatíveis com o cargo exercido e exigir do empregado eficiência e produtividade no trabalho não pode se caracterizar como assédio moral (BRASIL, 2022a).

Além disso, o aumento do volume de trabalho também não é caso de assédio moral no trabalho pois, a depender da atividade desempenhada pelo obreiro, haverá períodos em que a demanda de trabalho poderá aumentar, por exemplo, em razão da procura pelos consumidores (BRASIL, 2022a).

Em adição a esse rol, a utilização de tecnologias para controle e fiscalização do ambiente de trabalho também não incorre em assédio moral, porquanto trata-se de faculdade do empregador a sua utilização para melhor desempenho do trabalho pelos funcionários, como é o caso do ponto eletrônico (BRASIL, 2022a).

Ademais, más condições físicas de trabalho também não ensejam assédio moral, desde que esse ambiente não seja utilizado com o fito de humilhar ou gerar intimação do empregado (BRASIL, 2022a).

Portanto, pode-se inferir que a discussão sobre o assédio moral no trabalho é mais dificultosa do que pode pensar, pois demanda uma análise multidisciplinar e contextualizada da relação de emprego e das formas de desempenho do poder hierárquico do empregado sobre o empregador e, ainda, dos colegas entre si.

3 A TRATATIVA JURISPRUDENCIAL DO ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO PELA JUSTIÇA DO TRABALHO

O assédio moral na justiça do trabalho deve ser comprovado pelo empregado, ou seja, é do reclamante o ônus da prova no sentido de demonstrar o cometimento pelo empregador de alguma(s) da(s) conduta(s) caracterizadoras dessa prática ilegal, conforme se denota do julgamento do RO **0000638-89.2020.5.11.0005 do TRT da 11ª região (BRASIL, 2022b)**.

Nessa esteira, o TRT da 2ª região entende que:

O reconhecimento do assédio moral no trabalho faz-se a partir da análise da vítima no ambiente da organização do trabalho, tratando-se de todos aqueles atos e comportamentos provindos do patrão, gerente, superior hierárquico ou dos colegas que traduzem uma atitude única ou contínua além de extensiva perseguição que possa acarretar danos relevantes às condições físicas, psíquicas e morais da vítima, o que restou devidamente comprovado no caso dos autos. (BRASIL, 2016, não paginado).

Portanto, para a jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho, para a caracterização do assédio moral no trabalho, é necessário que as condutas proferidas por qualquer dos membros ligados a esse ambiente sejam efetuadas de modo prolongado e reiterado a fim de prejudicar a vítima em algum dos aspectos de sua vida, física, psíquica ou moralmente (BRASIL, 2016).

Conforme alhures exposto, a responsabilidade de provar o cometimento de assédio moral no ambiente de trabalho é do reclamante, portanto, trata-se de

responsabilidade civil subjetiva, isto é, sendo imperiosa a comprovação da culpa em sentido amplo por parte de quem quer que tenha assediado o empregador:

ASSÉDIO MORAL. ÔNUS DA PROVA. RECLAMANTE. O assédio moral caracteriza-se pela conduta perversa e insidiosa do sujeito ofensor, que atenta contra a dignidade e/ou integridade psíquica da vítima, objetivando sua exposição a situações humilhantes e constrangedoras no meio ambiente de trabalho. A responsabilidade, nesse tema, é subjetiva, cumprindo à parte reclamante demonstrar a conduta ilícita ou culposa do assediador, com fulcro no art. 818, I, da CLT c/c art. 373, I, do CPC. No caso em tela, o contexto fático-probatório não permite o reconhecimento de prática de assédio moral em face da autora. Recurso da reclamante conhecido e não provido. (BRASIL, 2022c, não paginado)

Nessa mesma esteira, o julgamento do RO 1001582-85.2019.5.02.0611 SP pelo TRT da 2ª região:

DANO MORAL. ASSÉDIO MORAL. A indenização por dano moral objetiva uma compensação pela dor, angústia ou humilhação sofrida pela vítima. Para a configuração do dano moral, há necessidade de demonstração de ação ou omissão, nexos de causalidade, culpa e resultado lesivo. A indenização por dano moral objetiva uma compensação pela dor, angústia ou humilhação sofrida pela vítima. Para a configuração do dano moral, há necessidade de demonstração de ação ou omissão, nexos de causalidade, culpa e resultado lesivo. Especificamente, em relação ao assédio moral, este consiste em conduta reiterada com o fim de causar constrangimento psicológico à vítima, com potencial dano à integridade psíquica e à dignidade. Nesse passo, a humilhação repetitiva e de longa duração interfere na vida do trabalhador de modo direto, comprometendo sua identidade, dignidade e relações afetivas e sociais, ocasionando graves danos à saúde física e mental. No caso, demonstra a parte reclamante a ocorrência de assédio moral. (BRASIL, 2021a, não paginado).

Portanto, o pressuposto “resultado” deve estar intimamente ligado com o dano causado à esfera psicológica, moral ou física do empregado, de forma que seja possível afirmar que esse dano jamais existiria senão pelo cometimento do assédio moral no trabalho.

Vale ressaltar também a distinção entre dano moral e assédio moral. O primeiro poderá ser resultado do segundo, contudo, o inverso não é viável, considerando que nem todo dano moral no ambiente de trabalho poderá ser caracterizado como assédio, levando-se em consideração que, para a sua devida configuração, é indispensável o cometimento reiterado das condutas e que elas sejam empregadas com o escopo de prejudicar a vítima psicologicamente (BRASIL, 2022a, p. 12).

O assédio moral para a Justiça do Trabalho incorre na rescisão indireta do contrato de trabalho, ou seja, a demissão por parte do empregado em virtude do cometimento de justa causa pelo empregador. A possibilidade jurídica está capitulada no art. 483 da CLT, cujo teor dispõe na literalidade:

Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

- a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;
- b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;
- c) correr perigo manifesto de mal considerável;
- d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;
- e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;
- f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários. (BRASIL, [2022d], não paginado).

Cumpra-se destacar que nas hipóteses em que cabível a rescisão indireta, o reclamante fará jus ao pagamento de verbas trabalhistas tais como aviso prévio, férias proporcionais, 13º proporcional, e FGTS com o adicional de 40% (MARTINS, 2023).

Além disso, a prática do assédio moral no ambiente de trabalho só poderá ser reconhecida mediante postulação em Juízo do pedido, devendo dotar de imediatidade, sob pena de presunção de perdão pelo empregado (MARTINS, 2023).

À vista do elucidado, percebe-se um abarrotamento da Justiça do Trabalho pelo número de demandas trabalhistas ajuizadas pretendendo o reconhecimento da rescisão indireta em virtude do cometimento de assédio moral no ambiente de trabalho, o que implica em preocupação com a falta de um ambiente laborativo sadio e que colabore com o crescimento e aperfeiçoamento do obreiro.

4 A CONTRIBUIÇÃO DA LEI Nº 14.457/2022 PARA O COMBATE AO ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO CONTRA AS MULHERES NO BRASIL

É comprovado que o assédio moral no trabalho não implica em dano somente para o empregador, embora seja o sujeito diretamente afetado. As empresas e o próprio Estado também sofrem com a presença dessa prática nas empresas (BRASIL, 2022a).

Entende-se que o melhor mecanismo para prevenção do ato é a informação, de modo a conscientizar as pessoas sobre as condutas caracterizadoras e as consequências da prática no ambiente de trabalho (BRASIL, 2022a).

Porém, a própria empresa pode adotar algumas medidas como forma de enfrentar e evitar o cometimento de assédio moral. Dentre elas, podem ser destacados o incentivo à participação ativa de todos os colaboradores no objetivo da empresa e informá-los de que eventuais práticas com o escopo de prejudicar um colaborador é incompatível com a base principiológica corporativa (BRASIL, 2022a).

Além disso, faz-se de elevada monta o fornecimento periódico de palestras e rodas de conversa para dispor sobre o assunto e, ainda, o incentivo aos diversos ritmos e perfis de trabalho que possam coexistir no mesmo ambiente (BRASIL, 2022a).

Outras condutas que podem ser empregadas no ambiente de trabalho são:

- Ampliar a autonomia para organização do trabalho, após fornecer informações e recursos necessários para execução de tarefas;
- Reduzir o trabalho monótono e repetitivo;
- Observar o aumento súbito e injustificado de absenteísmo (faltas ao trabalho);
- Realizar avaliação de riscos psicossociais no ambiente de trabalho;
- Garantir que práticas administrativas e gerenciais na organização sejam aplicadas a todos os colaboradores de forma igual, com tratamento justo e respeitoso;

- Dar exemplo de comportamento e condutas adequadas, evitando se omitir diante de situações de assédio moral;
- Oferecer apoio psicológico e orientação aos colaboradores que se julguem vítimas de assédio moral; e
- Estabelecer canais de recebimento e protocolos de encaminhamento de denúncias (BRASIL, 2022a, p. 15).

Observando a necessidade de se minorar as condutas ensejadoras de assédio moral no ambiente de trabalho, foi editada a Lei nº 14.457/2022, que:

Institui o Programa Emprega + Mulheres; e altera a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 11.770, de 9 de setembro de 2008, 13.999, de 18 de maio de 2020, e 12.513, de 26 de outubro de 2011 (BRASIL, 2022e, não paginado).

A referida lei vem incluir o chamado Programa Emprega + Mulheres, cujo objetivo, conforme o art. 1º da referida lei, é inserir e manter as mulheres no mercado de trabalho para diversas finalidades, dentre as quais se destaca para o objeto do presente estudo, a listada no inciso VI da alínea “b”: “VI - prevenção e combate ao assédio sexual e a outras formas de violência no âmbito do trabalho” (BRASIL, 2022e, não paginado).

É certo que a nova lei veio dispor de diversos mecanismos para promover a manutenção da mulher no emprego e sua qualificação observando as peculiaridades de sua vida pessoal. Isso quer dizer que embora seja mãe e que, por vezes, necessite de maior compreensão de seu empregador, não estará desassistida em virtude desses mecanismos que lhe são devidos.

O capítulo VII dispõe “Das medidas de prevenção e de combate ao assédio sexual e a outras formas de violência no âmbito do trabalho.” (BRASIL, 2022e, não paginado), e o rol do art. 23 reza sobre uma série de medidas que deverão ser tomadas pela empresa para a promoção de um ambiente de trabalho que não seja nocivo à saúde da mulher:

Art. 23. Para a promoção de um ambiente laboral sadio, seguro e que favoreça a inserção e a manutenção de mulheres no mercado de trabalho, as empresas com Comissão Interna de Prevenção de Acidentes e de Assédio (Cipa) deverão adotar as seguintes medidas, além de outras que entenderem necessárias, com vistas à prevenção e ao combate ao assédio sexual e às demais formas de violência no âmbito do trabalho:

I - inclusão de regras de conduta a respeito do assédio sexual e de outras formas de violência nas normas internas da empresa, com ampla divulgação do seu conteúdo aos empregados e às empregadas;

II - fixação de procedimentos para recebimento e acompanhamento de denúncias, para apuração dos fatos e, quando for o caso, para aplicação de sanções administrativas aos responsáveis diretos e indiretos pelos atos de assédio sexual e de violência, garantido o anonimato da pessoa denunciante, sem prejuízo dos procedimentos jurídicos cabíveis;

III - inclusão de temas referentes à prevenção e ao combate ao assédio sexual e a outras formas de violência nas atividades e nas práticas da Cipa; e

IV - realização, no mínimo a cada 12 (doze) meses, de ações de capacitação, de orientação e de sensibilização dos empregados e das empregadas de todos os níveis hierárquicos da empresa sobre temas relacionados à violência, ao assédio, à igualdade e à diversidade no âmbito do trabalho, em formatos acessíveis, apropriados e que apresentem máxima efetividade de tais ações (BRASIL, 2022e, não paginado).

Portanto, as medidas acima expostas devem ser implementadas com urgência pelos empregadores que, por exigência legal, devam constituir Comissão Interna de Prevenção a Acidentes – CIPA. De acordo com o tópico 5.2.1 da NR 05:

5.2.1 As organizações e os órgãos públicos da administração direta e indireta, bem como os órgãos dos Poderes Legislativo, Judiciário e Ministério Público, que possuam empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, devem constituir e manter CIPA (BRASIL, [2021b], não paginado).

O objetivo da CIPA é preservar a vida do trabalhador, com observância à sua situação de saúde, prevenindo-se doenças e acidentes, desde a avaliação do ambiente de trabalho e eventuais riscos aos quais os empregados estão submetidos até a participação em programas preventivos visando a segurança laboral (BRASIL, [2021b], não paginado).

A Lei 14.457/2022 também fez constar no corpo da CLT a nova redação do art. 163, que passa a ser: "Art. 163. Será obrigatória a constituição de Comissão Interna de Prevenção

de Acidentes e de Assédio (Cipa), em conformidade com instruções expedidas pelo Ministério do Trabalho e Previdência, nos estabelecimentos ou nos locais de obra nelas especificadas” (BRASIL, [2022d], não paginado).

De acordo com Fontenelle e Costa (2023), as novas medidas não são de descomplicada implementação, pois exigem esforços do empregador no sentido de providenciar equipe multidisciplinar e especializada para que a implementação seja efetiva e proteja, de fato, a trabalhadora mulher.

Além disso, a não observância às novas obrigações legais incorrerá em sanção administrativa e penal:

O que também se nota é que cuidados e procedimentos antes adotados pelo empregador por liberalidade e em razão de sua legítima preocupação em manter o ambiente de trabalho inclusivo, saudável e seguro, agora são obrigações legais que, caso não cumpridas em seus estritos termos, materializarão riscos judiciais e administrativos certamente na esfera trabalhista e, até mesmo, na penal. (FONTENELLE; COSTA, 2023, não paginado).

Outra questão que a Lei 14.457/2022 fez constar foi a não substituição do procedimento disposto no inciso II do art. 23 pelo processamento por eventual assédio sexual na esfera criminal, caso se amolde ao tipo penal previsto em lei (BRASIL, 2022e).

O legislador previu a concessão do Selo Emprega + Mulher, considerado como uma contraprestação em razão da adequação da empresa às novas regras impostas pela Lei. 14.457/2022, mesmo que sejam desobrigadas por força de lei às implementações do art. 23 do referido ato normativo (BRASIL, 2022e).

Nesse caso, a empresa submetida será obrigada à prestação de contas anual e irá ser beneficiada com “estímulos creditícios adicionais” (BRASIL, 2022e, não paginado) dispostos na Lei 13.999/2020, além de poder utilizar o referido selo para a divulgação de seus serviços, desde que não se estenda às empresas do mesmo grupo econômico que não disponha do selo (BRASIL, 2022e, não paginado).

Pode-se afirmar que as medidas introduzidas pela Lei 14.457/2022 revelam-se como mecanismos para apaziguar o assédio moral contra as mulheres no ambiente de trabalho, conferindo-lhes uma série de garantias devidas pelo empregador.

Em verdade, o legislador ao editar a referida lei pretendeu a implementação pelas empresas que devam constituir CIPA de medidas eficazes no combate e na prevenção de assédio moral e sexual contra as colaboradoras mulheres.

Entretanto, não basta a posituação – deve-se haver fiscalização e acompanhamento da efetivação dessas medidas para que se garanta um ambiente de trabalho dotado de segurança, saúde e seja ideal para a realização do labor.

Além das medidas dispostas no art. 23 da Lei 14.457/2022, que implicam diretamente no combate e prevenção ao assédio moral e sexual, toda o restante da lei também produz direta ou indiretamente esse efeito.

Isso se dá devido ao fato de quanto mais condições para o regular desempenho do trabalho pela mulher, garantindo-lhe condições dignas de labor, mais reconhecida ela será em seu ambiente de trabalho, ganhando força e superando o senso comum estrutural de que é dotada de fragilidade.

E é justamente isso que a Lei 14.457/2022 promove: estímulos para o crescimento e manutenção da mulher em seu emprego, por meio de flexibilizações – como é o caso do teletrabalho (art. 7º) – e incentivos sociais e financeiros – por exemplo, em se tratando do Selo Emprega + Mulheres (art. 24) e do estímulo ao microcrédito (art. 29) – para que se atenda ao princípio da isonomia e da equiparação salarial previstos constitucionalmente (BRASIL, 2022e).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O assédio moral é um problema que assola a sociedade contemporaneamente. Seja de forma explícita ou não, essa prática costuma se manifestar nos ambientes de trabalho gerando uma série de consequências à vítima, seja de ordem física, psicológica ou moral.

O capitalismo e a busca incessante pelo acúmulo de capital muitas vezes colaboram para a camuflagem desse problema social, porquanto muitas empresas apenas visam o lucro e se esquecem da possibilidade de sua ocorrência.

O adoecimento psicológico tem sido cada vez mais frequente na sociedade em geral, mas com especial incidência no âmbito das relações trabalhistas. Tanto é, que diante a um cenário insustentável de assédio e adoecimento, o Estado e parte das empresas estão atuando com cada vez mais afinco para garantir uma melhor experiência no ambiente laboral.

A prática do assédio moral pode ocorrer de várias maneiras, não se restringindo a poucos e taxativos modos de comportamento. A utilização de linguagem verbal, gestos, linguagem escrita, dentre outros, pode caracterizar a prática de assédio moral,

notadamente diante da velocidade de profusão de informações que são repassadas via internet.

Demais disso, a existência de hierarquia inerente às empresas privadas e também à atividade de administração pública muitas vezes propicia um comportamento inadequado do superior face aos subordinados, constituindo, em diversas ocasiões, verdadeiro assédio moral. Deve-se registrar, no entanto, que a existência de hierarquia não conduz automaticamente a um ambiente nocivo de trabalho, sendo que o comportamento daqueles que detém mais poder em face de seus comandados é crucial para a manutenção de um relacionamento profissional saudável.

Em que pese o assédio moral não ocorra apenas com pessoas do gênero feminino, restou evidenciado que as práticas que caracterizam o assédio ocorrem com muita incidência em face das mulheres, razão pela qual se torna imperiosa a inovação do ordenamento jurídico com mecanismos que protejam a saúde psicológica e a mulher no ambiente de trabalho.

Não se pode olvidar ainda, que a jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho entende que a prova do assédio incumbe a quem o alega, tratando-se de verdadeira responsabilidade civil subjetiva dentro da lide trabalhista. No mesmo vértice, a jurisprudência entende que o assédio moral é caracterizado por atos corriqueiros praticados com a finalidade de causar abalo psicológico, vexame ou humilhação no trabalhador.

Diante de todo esse panorama, houve a edição da Lei 14.457/2022, cujo objetivo principal é trazer mais proteção à mulher no mercado de trabalho e no ambiente laboral. Para tanto, a norma em comento busca fomentar o oferecimento de vagas de trabalho ao público feminino e velar pela manutenção dos empregos. Ademais, a lei busca combater os mais variados tipos de assédio e violência que podem ocorrer no ambiente laboral.

Em resposta à problemática apresentada, o acervo bibliográfico e jurisprudencial analisado demonstrou que a Lei 14.457/2022 trouxe disposições e mecanismos capazes de apaziguar o assédio moral contra as mulheres no ambiente de trabalho.

A proteção que a lei confere à mulher é de grande espectro, prestigiando-a desde antes da contratação até o efetivo exercício da atividade laboral. O estudo da legislação em comento deixa evidente que o Estado, quando da edição da Lei, não se preocupou apenas com a minoração do assédio contra as mulheres que já estão empregadas, mas também estabeleceu regras e mecanismos que fomentem a geração de empregos voltados ao gênero feminino.

Nessa senda, a Lei 14.457/2022 prevê expressamente incentivos de natureza creditícia para empresas que adotarem boas práticas em relação à proteção da mulher dentro do mercado de trabalho e também no ambiente laboral. Ademais, a Lei prevê o estímulo ao crédito para a mulher que deseja empreender, materializando assim o princípio da dignidade da pessoa humana insculpido na Constituição Federal.

Verificou-se ainda, que a legislação em tela positiva a necessidade de que a prevenção ao assédio moral deve ter raízes nas normas internas das empresas, devendo estas investirem em atividades, campanhas e eventos que ressaltem a importância do combate ao assédio moral e quais os tipos de conduta que devem ser absolutamente rejeitadas no ambiente de trabalho.

De toda sorte, a fim de que as bem-vindas disposições legislativas tenham eficácia no cotidiano laboral, é indispensável que os órgãos de fiscalização atuem com rigor para garantir o cumprimento daquilo que foi positivado. Por mais que a lei demonstre a importância e a força que a informação e a conscientização possuem contra o assédio, o Estado, utilizando dos poderes que lhes foram legalmente outorgados, deve atuar com equilíbrio e energia para combater o assédio moral, sob pena do texto legal cair no campo da utopia.

Ademais, para que de fato haja um combate efetivo ao assédio moral no ambiente de trabalho, também é necessário que a sociedade civil se interesse pelo tema e reflita sobre as odiosas implicações que um ambiente de trabalho corrompido causa aos atores envolvidos na relação laboral. Portanto, embora se reconheça o papel primordial de empregadores e empregados para a construção de um ambiente de trabalho justo e saudável, é necessário o investimento em educação e conscientização social, para que, a médio e longo prazo, os casos de assédio moral, notadamente aqueles que envolvam a mulher, sejam drasticamente reduzidos na sociedade.

Como sugestão de futuras pesquisas, ressalta-se a possibilidade de estudos de caso multidisciplinares, com a participação de profissionais de variadas áreas profissionais, como direito, psicologia e sociologia, a fim de verificar, mediante estudos de casos concretos e dados oficiais, se os dispositivos da Lei 14.457/2022 estão sendo observados nos ambientes laborais e quais impactos positivos a legislação pode trazer às empresas e à sociedade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Cristiane Batista; ASSIS, Simone Gonçalves. Assédio moral no trabalho, gênero, raça e poder: revisão de literatura. **Rev Bras Saude Ocup** 2018. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/rbso/a/4jH9bBbXyBr49hXPqTJMJs/?format=pdf&lang=pt>.
Acesso em: 02 maio 2023.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. (2. Região) (6. Turma). **Processo N°**

1001115-19.2013.5.02.0320. Relator: Desembargador Ricardo Apostolico Silva, 07 de junho de 2016. São Paulo: Tribunal Regional do Trabalho, 09 jun. 2016. Disponível em: [https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1001115-](https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1001115-19.2013.5.02.0320/2#ea51cce)

[19.2013.5.02.0320/2#ea51cce](https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1001115-19.2013.5.02.0320/2#ea51cce). Acesso em: 2 maio 2023.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. (2. Região) (17. Turma). **Processo nº 1001582-85.2019.5.02.0611. Recorrente:** Fernando da Silva Sá. Relator: Desembargadora: **Alvaro Alves Nôga, 07 de maio de 2021**. São Paulo: Tribunal Regional do Trabalho, 07 maio 2021a. Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1001582-85.2019.5.02.0611>. Acesso em: 05 maio 2023.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Previdência. **Norma Regulamentadora No. 5 (NR-5)**. Brasília, DF: Ministério do Trabalho e Previdência, 07 out. 2021b. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/ctpp/arquivos/normas-regulamentadoras/nr-05-atualizada-2021.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Cartilha de prevenção ao assédio moral e sexual**. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, 2022a. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/10157/26144164/Campanha+assédio+moral+e+sexual+-+a5+-+12092022.pdf/f10d0579-f70f-2a1e-42ae-c9dcfcc1fd47?t=1665432735176>. Acesso em: 02 maio 2023.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. (11. Região) (3. Turma). **Processo nº 0000638-89.2020.5.11.0005**. Recorrente: Vega Motocenter Ltda. Recorrida: Ivana Katiucha Melo Rodrigues. Relator: Desembargador: José Dantas de Goes, 08 de julho de 2022. Manaus: Tribunal Regional do Trabalho, 08 jul. 2022b. Disponível em: <https://pje.trt11.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000638-89.2020.5.11.0005/2#d0baa25>. Acesso em: 01 maio 2023.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. (11. Região) (2. Turma). **Processo nº 0000699-98.2021.5.11.0009**. Recorrente: Adriana Amorim de Carvalho. Recorrido: Banco do Brasil S.A. Relatora: Desembargadora: Joicilene Jerônimo Portela, 14 de fevereiro de 2022. Manaus: Tribunal Regional do Trabalho, 14 fev. 2022c. Disponível em: <https://pje.trt11.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000761-96.2020.5.11.0002/2#0b94aeb>. Acesso em: 01 maio 2023.

BRASIL. **Decreto-lei Nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [2022d]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em:

02 maio 2023.

BRASIL. **Lei Nº 14.457, de 21 de setembro de 2022**. Institui o programa emprega + mulheres; e altera a consolidação das leis do trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 11.770, de 9 de setembro de 2008, 13.999, de 18 de maio de 2020, e 12.513, de 26 de outubro de 2011. Brasília, DF: Presidência da República, 2022e. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em:

1 maio 2023.

FONTENELLE, Christiana; COSTA, Moroni. Medidas a serem adotadas a partir da vigência da Lei nº 14.457/2022. **Revista Consultor Jurídico**, 13 mar. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-13/fontenellee-costa-medidas-lei-n144572022#:~:text=A%20Lei%20n%C2%BA%2014.457%2F2022,se%20fa%C3%A7a%20equ%C3%A2nime%20e%20seguro>. Acesso em: 20 abr. 2023.

MARTINS, S. P. **Direito do trabalho**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

VIOLAÇÃO DO DIREITO À HONRA E IMAGEM DA POPULAÇÃO MARGINALIZADA NO BRASIL

BÁRBARA ISADORA CAVALCANTI:
Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais
de Petrolina - FACAPE⁶²

RESUMO: O presente trabalho versa acerca da violação do direito à honra e à imagem dos cidadãos situados na margem da sociedade brasileira. De fato, há, na presente sociedade, altos índices de violência atrelada aos povos marginalizados refletindo no crescimento das ofensas contra à honra e à imagem dos cidadãos que se encontram no ostracismo social. Objetivando a salvaguarda desses direitos na observância dos Direitos Humanos e à dignidade da pessoa humana, o estudo em tela parte de preceitos constitucionais, humanos e doutrinárias, versando sobre os preconceitos sociais junto ao levantamento de dados referentes ao assunto, expondo o grau de desrespeito entrelaçado com a alta taxa de violação e a forma pejorativa de tratamento da população não residente nas favelas e as grandes mídias para com o povo marginalizado.

PALAVRAS CHAVES: Violação; Direitos da Personalidade; Honra; Imagem; Periferia.

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A presente pesquisa pretende discutir a violação do direito à honra e à imagem da população marginalizada, a partir da incidência do preconceito contra a população periférica.

Honra e imagem estão presentes no rol dos direitos de personalidade inseridos pelo Código Civil brasileiro em seus artigos 11 ao 21, integrando o mesmo capítulo onde estão dispostos outros direitos essenciais como a intimidade, a vida e ao nome. Esses direitos de características inatas, absolutas, irrevogáveis, irretroatáveis, irrenunciáveis, intransferíveis, entre outras, além de constituírem os elementos básicos para vida humana e o convívio social, salvaguardam os meios necessários para a promoção do desenvolvimento da personalidade, tutelando a busca por uma vida digna ao indivíduo. Nas disposições relativas a tais direitos estão presentes as prerrogativas de proteção jurídica às pessoas naturais, representando mais um meio garantidor da tutela do princípio da dignidade da pessoa humana, a qual constitui o fundamento basilar da ordem jurídica pátria.

Diante disso, é evidente a relação intrínseca entre os direitos que são objeto deste estudo e os Direitos Humanos, visto que, o contexto humanista das codificações atuais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), o Pacto de São José da Costa

⁶² E-mail: barbaracavalcanti29@hotmail.com

Rica e os direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal brasileira (CF/88) representam pano de fundo para os direitos da personalidade.

Baseado nesse aspecto, é imperioso lembrar que os ícones da honra e imagem se relacionam diretamente com a vida digna de um indivíduo e seus direitos mais basilares, sendo assim, são protegidos de modo que evitem possíveis lesões. Dessa forma os diplomas legais dos vários planos hierárquicos normativos vigentes nessa Pátria - a exemplo dos art. 12 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão/48; art. 5º, V e X, da Constituição Federal /88; art. 11 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969; art. 20 CC/02; art. 138 ao 141 CP/40 - põe a salvo o cidadão contra possíveis ameaças a esses direitos.

Todavia, em que pese as variadas disposições legais para salvaguardar tais direitos, o contexto fático atual da sociedade brasileira denota uma massiva violação a esses bens jurídicos, haja vista que a honra e imagem de uma parte da população, os habitantes da periferia, são lesadas diariamente pela reprodução de uma imagem pejorativa a respeito desses habitantes.

As demais classes, aquelas que não sejam habitantes das áreas periféricas, ao repassarem a imagem que todos moradores das favelas são bandidos, assaltantes, estupradores, aproveitadores, más pessoas, usuários de drogas, ou seja, "não prestam" na linguagem popular, realizam um julgamento sumário sem oportunidade de defesa e condenam todos os habitantes das comunidades a uma situação de criminalidade; desse modo, a honra e a imagem de todos os cidadãos favelados são afetados drasticamente.

A situação se agrava quando analisada conjuntamente com o exame do sujeito reprodutor desse preconceito, visto que se constata que, na maioria das vezes, é uma pessoa de classe mais elevada que maltrata e despreza os cidadãos das classes inferiores. Ademais, soma-se a isso, a disseminação da pejoratividade realizada pelas mídias comunicativas, em que só retratam a favela como ambiente hostil, sujo, de criminalidade e pessoas de má índole. Decorre disto grave prejuízo aos marginalizados, já que, através dessa reprodução desenfreada, cria-se na sociedade como um todo uma transformação de uma inverdade em convicção geral que passa a integrar o pensamento das demais pessoas, contribuindo para que aumente o número de desprezo, humilhações e preconceito em geral em relação àqueles que compõem as classes marginalizadas da comunidade.

Nesse contexto, o trabalho em tela objetiva analisar e discutir a ocorrência de violação dos direitos de personalidade no tocante a honra e imagem da população marginalizada frente aos índices de preconceito e reprodução pejorativa da imagem do

povo periférico na sociedade brasileira, e as consequentes implicações jurídicas, a exemplo da possibilidade de a situação ensejar danos morais coletivos.

Isto posto, visando a universalidade do exercício dos direitos da personalidade e efetivação dos direitos humanos, o estudo exibido se justifica pela necessidade de reconhecer que o preconceito contra esse grupo marginalizado afeta diretamente a honra e, imagem individual e coletiva daqueles habitantes. Outrossim, baseia-se na crescente necessidade de suscitar discussões acerca das violações aos direitos elementares dos habitantes periféricos, fato que representa grave empecilhos para a consecução de uma sociedade igualitária, justa e solidária, refletindo ainda, no obstáculo da garantia da efetivação plena dos direitos fundamentais e o devido exercício da cidadania dos indivíduos.

METODOLOGIA

MÉTODO DE ABORDAGEM

Os métodos de abordagem foram o dialético e o indutivo. O primeiro se justifica pela necessidade do pesquisador contrapor e questionar conceitos prontos e concretos, aplicando perspectivas distintas mediante um fenômeno, permitindo assim obter conclusões novas a respeito do tema e contextualizar o objeto de estudo com a dinâmica social que ele está inserido. A aplicação desse método deu-se num primeiro momento ao analisar a dialeticidade dos autores a respeito da possibilidade de violação da honra e imagem da população periférica como um todo, e aplicar a possibilidade de danos morais coletivos. O segundo método justifica-se pela necessidade do pesquisador a partir de observação suficientes de casos concretos, generalizar e confirmar uma dada realidade. Diante disso, foi realizada uma generalização a partir de dados específicos de comunidades periféricas com vistas a traçar uma realidade nacional.

TÉCNICAS DE PESQUISA

O desenvolvimento das pesquisas deste estudo baseia-se na classificação advertida por Vergara (1998), a qual divide os tipos de pesquisa em relação aos meios e os fins:

Quanto aos fins, a pesquisa foi descritiva, bem como explicativa. Descritiva, porque descreveu o cenário da violação aos direitos da personalidade, relativo aos ícones da honra e a imagem no âmbito brasileiro e as possíveis providências que podem ser tomadas para a reparação dos danos. Explicativa, porque justificou quais os motivos que levam a essa discriminação, esclarecendo assim os elementos que deram causa ao problema.

Quanto aos meios, a pesquisa foi bibliográfica e documental. Bibliográfica, porque para a fundamentação teórico-metodológica do trabalho realizou-se investigação em doutrinas, leis, artigos científicos, periódicos sobre assuntos de: população marginalizada, preconceito com as periferias, reprodução de imagem pejorativa das favelas, danos morais

coletivos, entre outros. Documental, porque foi realizada análise dados em documentos de pesquisas realizadas por instituições especializadas no assunto, referente a opinião pública sobre a favela e seus habitantes.

UNIVERSO E AMOSTRA

O trabalho teve como universo as periferias em âmbito nacional, seus habitantes e a população não residente nas favelas, pois assim pôde-se ter uma visão ampla da opinião pública sobre o assunto. A amostra da pesquisa documental correspondeu as pesquisas realizadas por instituto especializados, a saber os Instituto Data Favela e Data Popular, os quais realizaram estudos acerca da população marginalizada e respectiva imagem disseminada nas comunidades periféricas do Rio de Janeiro.

POPULAÇÃO MARGINALIZADA

Está presente no imaginário social quando se refere a favela brasileira um cenário que reflete um misto de indagação e desconfiança das condições de vida e da população que lá reside. Pobreza, insegurança criminalidade, violência, precariedade de vida, são as primeiras imagens que vem em mente do senso comum quando se pensa em favela. Essa realidade não é exclusiva do presente, sendo reproduzida ao longo da história da *terrae brasilis*, ultrapassando gerações e gerações como se fosse um ensinamento hereditário.

Ao lançar um olhar para o passado pode-se perceber que a sociedade brasileira é marcada por um curso histórico de preconceitos oriundos de uma cultura de exclusão de milhares e milhares de brasileiros que sempre estiveram à margem da sociedade, a exemplo dos afrodescendentes, ameríndios, nordestinos, imigrantes trabalhadores das lavouras, entre outros.

Essa discriminação não ignorou o fenômeno do surgimento dos grandes centros urbanos, haja vista que com a eclosão das cidades, e o intenso êxodo rural, a sociedade brasileira se construiu fundada em uma dicotomia das pessoas dos asfalto e pessoas das favelas – expressões que aludem ao desenvolvimento das respectivas áreas e por si só evidenciam o preconceito arraigado no seio social -, sendo essas últimas habitantes de áreas periféricas das cidades.

Desse modo, criou-se as favelas nas margens das cidades, sendo suas habitantes pessoas de baixas classes sociais pois eram nesses locais onde achavam condições que as permitiam sobreviver. Assim, essas pessoas representavam o desvio dos padrões da normalidade dos cidadãos das demais áreas urbanas, pois nestas haviam condições muito melhores e mais condizentes com uma vida digna de uma pessoa do que aquelas. A partir disso, aquele preconceito que acometera por muito tempo aos negros, índios, e demais

marginalizados, agora incidia sobre os moradores dessas periferias, em razão do fato dos favelados não representarem aquele modelo de pessoa esperada para a sociedade comum. Pautando nisso, por representarem a anormalidade e o pobre da sociedade, não demorou muito para os fatos negativos, acontecimentos ruins e anomias sociais recaírem sobre tais indivíduos, uma vez que as condutas maléficas, criminosas, não eram esperadas do “cidadão normal”

Diante disso, paulatinamente, construiu-se na sociedade um estigma do perfil desses indivíduos que rapidamente por meio das mídias e das pessoas que eram acometidas pelos flagelos sociais foi reproduzido, acometendo assim a imagem de todo e qualquer cidadão que se dissesse habitar na periferia. Analisando tal fato, Goffman (1998) faz importante ponderação em seus estudos acerca de sujeitos excluídos da sociedade, aduzindo que as marcas sociais são construídas historicamente pelos estigmas que impõe os sujeitos marginalizados como padrão fora da normalidade, estando assim inabilitado para ter a aceitação social plena.

Essa identificação negativa cada vez mais assentou raízes no imaginário popular, chegando a construir uma imagem sólida, porém falsa do que representa a favela. Grande influência nessa visão pejorativa teve a mídia, pois grande maioria da retratação dos marginalizados nos diversos veículos de comunicação era referente a assaltos, violência, âmbito das drogas, desonestidade, entre outras. Novelas, programas de entretenimento, noticiário informativo, sempre se deu no Brasil com assuntos vinculados a imagens atinentes a criminalidade, raramente evidenciando aspectos positivos das comunidades, já que veicular informações acerca da criminalidade e violência - muitas vezes de forma sensacionalista – angariava mais audiência do que mostrar a realidade de fato. Pautando no exame deste cenário de atuação reprovável da mídia, que Correa pondera que a favela:

já foi representada como foco de doenças; o local da pureza do samba e, mais recentemente, assumiu a conotação de antro da marginalidade, habit de classes perigosas. A favela, agora mais do que nunca, carrega o peso de ser o território, por

excelência, de traficantes de droga. A violência é a associação mais corriqueira quando o assunto favela é debatido, mencionado ou representado nas narrativas que circulam na cultura das mídias (CORRÊA, 2006, p.52)

Ante a isso, não é de se espantar que a sociedade em geral, ao ouvir constantemente discursos com visões negativas do povo da favela, ver o noticiário diário e se deparar com crimes praticados por marginalizados, além de ser telespectadora de programas que reproduz uma imagem pejorativa dos habitantes das comunidades, consolidou

estereótipos e a realidade passou a ser vista de forma distorcidas, com generalizações indevidas, distorcidas e prematuras.

Frente a isso, com uma imagem pejorativa consolidada em grande parte da população e o constante medo de ser acometido pelas calamidades da sociedade (aqui atribuindo a autoria aos favelados) o “cidadão comum”, começou a alimentar a imagem produzida ao seu redor e passou a reproduzir para os demais.

Assim, os ambientes mais afastados do centro da cidade tenderam a ficar cada vez mais isolados do núcleo social ante o crescimento urbano e, devido a isso, aqueles que estavam a margem da sociedade foram aprofundados ainda mais para o ostracismo e preconceito. Os fatos aqui discutidos são comprovados na realidade pelos dados divulgados no 2º Fórum da Nova Favela Brasileira, em 2015, onde o Instituto Data Popular apresentou uma pesquisa nacional que denuncia que 69% das pessoas que não moram nas periferias têm medo ao passar em frente a uma favela, além de que 51% dos entrevistados afirmaram que as primeiras palavras que lhe vêm à mente quando ouvem falar de periferia são drogas e violência.

Diante disso, é notório que um dos principais fatores desse quadro é a reprodução da imagem difamatória do povo marginalizado. Corroborando o exposto, ainda no mesmo evento foi divulgada a pesquisa do Instituto Data Favela onde expõem que 84% dos habitantes dessas comunidades afirmam sofrer preconceito, aliado com os 64% que acreditam que as favelas são noticiadas de forma negativa.

Relativo ao exposto, insta lembrar que não se ignora o fato de índices de violência, drogas e criminalidade existentes em algumas favelas do Brasil; contudo, tal argumento não justifica a reprodução desenfreada da imagem negativa de todo e qualquer habitante da favela, não podendo assim atribuir todos os males da sociedade, principalmente os delitos, a esses cidadãos; visto que a autoria de um crime vindouro tem-se seu sujeito como indeterminado, podendo ser qualquer pessoa, seja ela do asfalto ou da favela.

Sendo assim, é perceptível a ocorrência de reprodução negativa da imagem dos favelados, fato esse que é vedado pela lei, pois há proteção jurídica aos direitos da imagem de tais indivíduos, e no contexto social hoje, este bem jurídico resta-se lesado, devendo assim ser protegido através das vias legais. Ademais, cabe destaque que por meio dessa visão negativa dos marginalizados, fica afetada também a repercussão social do indivíduo e assim a sua honra. Ambos os direitos, imagem e honra, constituem direitos da personalidade, e sua tutela é indistinta, ou seja, deve abranger a todos, não podendo assim, sofrer quaisquer mitigações, sobretudo, em razão de pertencimento a uma comunidade periférica ou não. Destarte, faz-se necessário analisar as disposições legais e os direitos lesados nessa situação.

DIREITO A IMAGEM E A HONRA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade, os quais estão inseridos a imagem a honra, constituem direitos básicos fundamentais de todos os cidadãos. Tais direitos como lembra Karl Larenz (1973) foi produto de uma conquista frente ao desprezo e menosprezo da dignidade humana por parte do Estado, e nas constantes lesões as personalidades dos indivíduos. Sendo assim, muitos desses direitos vieram a fazer parte de diversos ordenamentos e Declarações de Direito, para salvaguardar os cidadãos perante as arbitrariedades do Estado. Dessa forma, com vistas a assegurar a dignidade humana, conferindo consecução a esse fundamento da República, que foram protegidos os bens jurídicos necessários a uma vida digna e tais direitos foram inseridos no nosso ordenamento jurídico.

Destarte, é importante destacar no que consiste esses direitos da personalidade. Maria Helena Diniz, buscando uma conceituação que abrangesse toda sua amplitude, os definiu por

“ direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, sua integridade (vida, alimentos, próprio corpo, vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística ou literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional, e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social). (DINIZ, Maria Helena, 2005, p. 135)

Pelo conceito transcrito, ver-se que os direitos da personalidade são direitos fundamentais inerente a todo e qualquer indivíduo que, sem eles, não tem condições mínimas para possuir uma vida digna, tampouco desenvolver-se como pessoa ou cidadão. Por essa importância, é que são considerados direitos imprescritíveis, inatos, absolutos, irrenunciáveis, inalienáveis, intransmissíveis, impenhoráveis, entre outras características. Tais direitos representam principalmente a promoção da pessoa humana como cerne de uma ordem jurídica, ou seja, toda atuação seja do Estado ou de particulares devem guardar obediência a esses direitos.

Devido a sua relevância foram disciplinados nos mais variados planos hierárquicos do ordenamento jurídico nacional e internacional, como forma de realizar não apenas a proteção e formalização, como também buscou-se dar materialidade aos mesmos. De acordo com toda a legislação referente a tema, principalmente o disposto entre os artigos 11 e 21 do Código Civil de 2002, pode-se afirmar que os direitos da personalidade compreendem: a vida e a integridade física, norma da pessoa natural e jurídica; imagem, classificada em imagem retrato e imagem atributo. A primeira diz respeito a reprodução corpórea da imagem, representada pela fisionomia de alguém, enquanto que a segunda é a soma ou a repercussão social de alguém; honra, subclassificada em honra subjetiva

(pensamento psíquico sobre si, autoestima) honra objetiva (repercussão social da honra); Intimidade. Insta ressaltar que este rol é um rol exemplificativo como prevê o enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil.

Assim por esses direitos pautarem-se na dignidade da pessoa humana, o Ordenamento Jurídico deve protegê-los e promovê-los para todos indivíduos indistintamente, ou seja, independente de raça, crença, ideologia, posição social, ou qualquer outra divergência que possa existir entre as pessoas.

Pautado nessas explanações, pode-se notar que os direitos em comento devem amparar todos os indivíduos; desse modo, trazendo para análise da problemática em debate, deve amparar de maneira plena os moradores que residam nas favelas, pois mitigar ou negar proteção a esses direitos seria afetar a dignidade humana das pessoas.

Nessa conjuntura, os ícones da imagem e honra dos cidadãos marginalizados devem ser salvaguardados, não podendo sofrerem lesão. Esses elementos da personalidade não são inferiores aos outros, com exceção da vida. Nesse ínterim, considerando a relevância de tais direitos para uma vida plena e digna, foi que sugiram variados dispositivos buscando regulamentar o tema, e oferecer proteção jurídica. Pode-se constatar, a prima facie, no mais importante documento sobre direitos do homem, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que em seu art. 12 dispõe que:

“ninguém será sujeito à interferências em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, **nem a ataques à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques**”. (grifos nossos)

Na mesma linha, a Convenção Intramericana de Direitos Humanos de 1969, mais conhecida como pacto San José da Costa Rica, a qual o Brasil é signatário, estabelece em seu art. 11 a proteção a honra e a dignidade. Não obstante a legislação internacional que também vigora na pátria verde-amerela, o ordenamento jurídico interno elenca na Constituição Federal de 1988 – Lei Suprema – que “**são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas**, assegurando o direito a indenização material e moral” art 5 X (grifos nossos). Continuando, dispõe também acerca do direito a imagem em seu art. 5 V, versando que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

Na disciplina infraconstitucional, o Código Civil também regula a proteção de tais bens jurídicos, estabelecendo em dispositivo próprio específico dos direitos aqui discutidos. Essa previsão está importa no art. 20 da lei, dispondo:

Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Sem embargos a essas disciplinas, o Código penal traz ainda capítulo próprio para regular o tema, sendo ele Capítulo V - Dos Crimes Contra a Honra, disposto nos arts 138 a 140.

Outrossim, insta lembrar que o ato de reprodução da imagem pejorativa dos habitantes das periferias além de violar todas as disposições retro narradas, ainda lesa quatro princípios básicos constitucionais. O primeiro é o da dignidade da pessoa humana, pois há lesão de direitos fundamentais e necessários ao homem para uma vida digna, vez que lesando a imagem e a honra, há o abalo de reputação social, causando danos drásticos não só na sua imagem externa, mas também pode ensejar problemas psíquicos do indivíduo em virtude do opressão e preconceito decorrente da visão negativa que os outros tem dele. O segundo princípio é o da solidariedade social, o qual representa objetivo da República Federativa do Brasil, visto que aduz “construção de uma sociedade livre, justa, e solidária”(art 3 I CF); aqui, tem-se o desrespeito em virtude da quebra da solidariedade entre seu povo, pois invés de estarem buscando agirem solidariamente uns com os outros na busca da redução das desigualdades, faz-se exatamente ao contrário, já que disseminam uma visão pejorativa de parcela da população aumentando mais ainda as desigualdades existente, afastando-se também da justiça prevista pelo dispositivo. O terceiro princípio violado é o da igualdade lato sensu, ou isonomia, eis que “todos são iguais perante a lei” (art 5º, caput CF/1988), e os atos descritos anteriormente traduz-se uma discriminação inaceitável na ordem jurídica do nosso país, haja vista que não é o local onde a pessoa reside que determinará sua índole, e tampouco se aptidão para o crime. Por fim, o último princípio violado é o da presunção de inocência, pois, ao reproduzirem a generalização que os habitantes da periferia são os responsáveis pelas desgraças da sociedade, sobretudo, responsáveis sobre o crime, é realizado um julgado sumário, sem provas e sem o devido processo legal, fato que não se adequa a um Estado Democrático de Direito e uma Sociedade igualitária.

Muito embora esteja claro as lesões, ainda há um embate doutrinário discutindo se tais situações se encaixariam na violação da imagem e honra ou não, em razão dos eventos fáticos serem contra um grupo, ou seja, transindividuais, contrariando assim o caráter pessoal dos direitos da personalidade. Contudo, entendemos com esse estudo que ocorre sim a lesão aos ícones dos direitos da personalidade; uma vez que, a doutrina pauta-se

na divisão entre honra objetiva e subjetiva que indicam repercussão social e sentimento do indivíduo respectivamente. Desta maneira, as ações de reprodução de imagem pejorativa dos marginalizados e o preconceito para com esses, fazem com que a repercussão dos habitantes do subúrbio seja afetada, ofendendo desse modo a honra objetiva. Por outro lado, a discriminação causada por tais ocorrências fáticas pode ferir o sentimento desses cidadãos, afetando a sua honra subjetiva.

Partindo do pressuposto da violação à honra e à imagem dos indivíduos que se encontram à margem da sociedade, a lesão não está relacionada apenas com o estado físico dos indivíduos da periferia, mas também ao direito da personalidade no âmbito psique, na qual afeta diretamente o estado psíquico do ser humano, sendo sua reparação é impossível. Com isso há apenas a retratação e compensação material, direito assegurado pela art 12 do Código Civil de 2002. Em consonância a isso, ressalta-se ainda a violação da imagem-atributo, no tocante ao dano dos valores que aquelas pessoas representam para a coletividade, pois, o que se verifica na sociedade brasileira é essa reprodução desenfreada da imagem pejorativa da população periférica, referente a estereótipos, atitudes e qualidades criando padrões difamatórios, denunciando assim erroneamente as características e representações daquele povo.

Para a ratificação da possibilidade de ocorrência de dano sob o grupo de indivíduos e não apenas a pessoa em singular, é importante destacar a crescente posição doutrinária sobre o dano moral em coletivo. Carlos Bittar Filho (1994) versa que esse instituto é uma injusta lesão da esfera moral da comunidade, violando a esfera psíquica e moral da personalidade em ambas a dimensões: individual ou coletiva.

REPARABILIDADE DO DANO

Perante ao supra narrado, surge o questionamento acerca da reparabilidade desse dano. O art. 12 CC/02 versa sobre a possibilidade de exigência para que cesse a ameaça, ou lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízos de outras sanções previstas em lei. Dessa forma, ocorrendo tais lesões, pode o cidadão ou o grupo de indivíduos pedir que a tal vinculação a imagem pejorativa deixe ser feita tanto pelos canais midiáticos, quanto pelas pessoas que são identificadas produzindo tais atos. Decerto que como o problema já está em dimensões exorbitantes, pode no início parecer pífio o resultado e eficácia das demandas judiciais, porém acredita-se que uma sanção cominada também tem caráter educativo e poder de conscientização, podendo vir a trazer benefícios a longo prazo.

Relativo a isso, há de ser ressaltado que existe um conflito dos direitos a honra e a imagem e o direito fundamental de liberdade de expressão estabelecido na Constituição em seu art. 5 IV CF/88, o qual prevê que “é livre a manifestação do pensamento, sendo

vedado o anonimato". Coaduna com esse dispositivo o inciso IX do mesmo artigo, o qual expressa "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença". Por fim, tutelando esse direito, estabelece a Lei Suprema em seu art. 220 que "a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição." Completando, no parágrafo segundo do mesmo artigo versa que "é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística."

Nesse caso agora o que existe é uma contraposição entre si de direitos fundamentais, os quais representam normais gerais, ou seja, princípios norteadores, sendo assim para a solução do problema deve ser a aplicação da técnica de ponderação, na qual o aplicador mediante análise do caso irá ponderar pela utilização de um ou de outro. Cabe destaque aqui, que o presente artigo é totalmente contrário a prática de censura, o que se objetiva apurar são as manifestações e reproduções rasas e inverídicas, que não guardam relação com a realidade, e tendem a macular a honra e a imagem do povo marginalizado, tendo consequências drásticas para a vida de milhares de pessoas. Assim, cabe nos casos apreciados começar a realizar tal controle desses sofismas que tanto prejudicam a população.

Por outro lado, a respeito não mais das reproduções pejorativas vindouras, mas acerca das já concretizadas, entende-se que pode ensejar dano moral coletivo. A primeira sustentação para tal assertiva é a previsão constitucional onde o Texto Maior assegura "o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem", considerando ainda "invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" em seu artigo 5º V, X.

Segundo Pereira (2005) o entendimento individualista dos conflitos sociais que resiste a dar espaço à visão coletiva pode levar o interprete afirmar que a reparabilidade do dano é exclusivamente para pessoas físicas individualmente consideradas. Todavia, a norma constitucional não torna adstrita a reparação do dano a tais pessoas. Assim sendo, a coletividade tem o direito de reclamar os danos que venha a sofrer, em virtude da Constituição não excluir outros direitos decorrentes do regime de princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte (art. 5º §2º).

Nesse sentido, há possibilidade da reparação por dano moral coletivo, pois deve-se levar em consideração o tratamento transindividual dado os interesses coletivos, vez que há uma importância de tais interesses em ser defendido pela coletividade. Nessa perspectiva, o interesse acaba surgindo uma vez que a dor psíquica que embasou a teoria do dano moral individual, acaba cedendo lugar a um dano moral coletivo, já que há na

coletividade um sentimento de perda de valores, de desprezo que afeta negativamente toda o grupo (RAMOS, 2001).

Baseado nesses argumentos, pode-se afirmar que a reprodução da imagem pejorativa de toda população periférica enseja o dano moral coletivo, porque o interesse pretendido e tutelado transcende a individualidade de cada um e abarca a pluralidade da população periférica como um todo. Dessarte, uma única reprodução pejorativa acarreta danos a toda coletividade e não apenas ao indivíduo singular.

Para corroborar tal entendimento, faz-se necessário lançar a mão da caracterização do dano moral coletivo construída por Pereira (2005) enquadrando no caso concreto. Em sua tese, aduz que o dano moral coletivo é constituído de três componentes. O primeiro é a agressão a um conteúdo relevante implicando em repulsa coletiva, e tal fato pode ser percebido no interesse do povo da favela. O Segundo constitui-se de fato danoso ou irreversível, haja vista que a ofensa pode acarretar impossibilidade de desfazimento do ato danoso, fato esse que se constata no objeto de estudo desse trabalho, pois a disseminação de inverdades e conteúdo pejorativo acerca dos suburbanos não há como ser revertida. Por fim, o autor entende que é componente do dano moral coletivo também as consequências históricas para a coletividade, podendo romper com o equilíbrio social, cultural e patrimonial, e afetar significativamente a qualidade de vida futura. Aqui reside a principal adequação, porque o dano da imagem da população periférica macula a reputação dos habitantes das periferias não só do presente, como também do futuro, trazendo assim danos imensuráveis àquele povo. Por tudo isso, entende-se aqui que há sim a possibilidade de pleitear dano moral coletivo frente a essa problemática.

CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Diante do exposto, conclui-se que no Brasil há uma consistente violação a honra e a imagem do povo marginalizado, devendo-se principalmente ao grau de propagação de calúnias, inverdades e preconceitos pelas pessoas que não residem nas favelas, potencializado pelas veiculações de informações midiáticas negativas acerca desses residentes em zonas periféricas que formam no senso comum da população uma imagem distorcida da periferia e de seus habitantes. Dessa forma, é perceptível que a sociedade brasileira segue seu curso de discriminação dos povos marginalizados, acarretando grande barreira para que parte da população seja tratada de maneira igualitária e possa ter a chance de viver dignamente.

Assim com tais atitudes de disseminação, há uma clara lesão a princípios básicos estruturantes de todo ordenamento jurídico e de direitos essenciais, principalmente àqueles que se referem a promoção e tutela da pessoa humana, a exemplo do direito da personalidade. Com isso, esse cenário contribui para o aumento das desigualdades

existentes no país e a elevação de níveis de preconceito, fato que afasta a consecução de um dos principais objetivos da República “A construção de uma sociedade justa e solidária”.

Por fim, em que pese o cenário quase crônico de preconceito com os marginalizados, a atitude de reproduzir pejorativamente a imagem dos habitantes da favela, ferindo sua honra, enseja a possibilidade de tomadas de providências judiciais para evitar o dano vindouro, ou reparar o dano concretizado através da indenização por danos morais coletivos.

REFERÊNCIAS

NERY JUNIOR, Nelson. **Código Civil Comentado**. 6. ed. São Paulo: RT, 2006

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Dano Moral Coletivo. **Revista de Direito do Consumidor** nº 12. São Paulo : Revista dos Tribunais, p. 44-62, out.-dez. 1994.

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

_____. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2008.

CORRÊA, Felipe, Botelho. **As projeções de alteridade no espaço urbano carioca**. A favela no cinema brasileiro contemporâneo. Lumina – Juiz de Fora – Facom/UFJF – Vol.9, n.1/2, p.51-61- jan/dez 2006.

DADOS ESTATISTICOS DAS FAVELAS BRASILEIRAS. **2º fórum nova favela brasileira**. aPrismaCC. São Paulo: aPrismaCC, 2015. 153 min. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=OdICxUfn5aY>>. Acesso em 25 abr. 2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris**. 10 dez. 1948. Disponível em: . Acesso em: 26 jun. 2015..

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Teoria geral do Direito Civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, p. 135. 2005.

GOFFMAN, E. **Estigma: Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4ª. Ed.- Rio de Janeiro: LTC, 1988.

LARENZ, Karl. **Derecho civil. Parte general**. Tradução e Notas de Miguel Izquierdo y Mácias-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

MERICANOS, Organização dos Estados. **PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA**. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969

PEREIRA, Marcos Antônio Marcondes. Dano moral contra a coletividade: ocorrências na ordem urbanística. **Thesis Revista Eletrônica**. São Paulo, ano II, n. 4, 2005. Disponível em < http://www.cantareira.br/thesis2/ed_4/2_marco.pdf> . Acesso em: 23 de maio de 2018.

RAMOS, André de Carvalho. Ação civil pública e dano moral coletivo. **Revista do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 25; p.82. 2001.

RAMOS. André de Carvalho. Ação civil pública e dano moral coletivo. **Revista Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 25; p. 82, 2001.

VERGARA, Sylvia Constant. **Projetos e relatórios de pesquisa em administração**. 2 ed., São Paulo: Editora Atlas, 1998.

RACISMO: BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS E CONTEMPORÂNEOS

ANA LUIZA LIMA PRADO:

Discente do Curso de Direito do Centro Universitário de Goiatuba - UNICERRADO.

KALLEO CASTILHO COSTA⁶³

(orientador)

Resumo: O aspecto histórico nos revela importantes passagens para compreendermos o presente, pois as práticas discriminatórias frequentes e por longo período ensejam numa complexa missão de fazer cessar o racismo, nessa esteira, o presente projeto tem a finalidade de apresentar breves apontamentos sobre o racismo.

Palavras Chaves: racismo; escravos; discriminação.

Abstract: The historical aspect reveals important passages to understand the present, as frequent and long-term discriminatory practices give rise to a complex mission to stop racism, in this wake, the present project aims to present brief notes on racism.

Keywords: racism; slaves; discrimination.

INTRODUÇÃO

A campanha pela abolição da pena de morte no final do século XIX mobilizou uma enorme multidão na sociedade brasileira. No entanto, depois de 13 de maio de 1888, negros foram deixados à própria sorte sem reformas para integrá-los à sociedade. Por trás disso está um projeto de modernização conservadora que não atingiu o regime do latifúndio e exacerbou o racismo como forma de discriminação.

A campanha que culminou com a abolição da escravatura, em 13 de maio de 1888, foi a primeira manifestação coletiva que mobilizou pessoas e encontrou adeptos em todas as camadas sociais brasileiras. Após a assinatura da lei Áurea, no entanto, não houve uma política de integração do negro novas regras de uma sociedade baseada no trabalho.

Esta é uma história de tragédia, negligência, preconceito, injustiça e dor. Uma ferida que o Brasil carrega até hoje.

⁶³ Mestrando em Direito pela Universidade Cândido Mendes - UCAM. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário de Goiatuba - UNICERRADO.

DESENVOLVIMENTO

O Complexo do Cais do Valongo foi o local de maior diáspora dos negros escravizados vindos da África para o Brasil, especificamente no Estado do Rio de Janeiro, oficialmente construído em 1811 e extinto em 1831.

Destaque-se que a sua construção se deu após a extinção do antigo ponto de embarque e desembarque negreiro que anteriormente era praticado na Praça XV de Novembro, na Rua Direita, onde se concentrava o Centro Econômico e Social da Cidade e estavam localizadas as principais vias de acesso da nossa cidade.

Por isso, a presença dos negros escravizados não era bem-vinda naquele local, razão pela qual o Sr. Marques do Lavradio decidiu transferir o transporte marítimo negreiro para a zona portuária do Rio de Janeiro, região do Valongo (vale e longo), localizada entre os Morros do Livramento e Conceição.

No Cais do Valongo se formaram verdadeiras fortunas europeias com o tráfico dos sofridos negros.

A existência do Cemitério dos Pretos Novos, era destinada ao sepultamento dos africanos que morriam no trajeto da África até a Baía de Guanabara, fechado em 1830, em virtude das reclamações da população local.

Valongo foi posteriormente transformado em Cais da imperatriz.

Noutra banda, devemos citar importantes figuras que mereceram destaque na luta proativa pela abolição do tráfico negreiro e da escravidão, quais sejam: José Bonifácio, Eusébio de Queiroz, Joaquim Nabuco, José do Patrocínio e André Rebouças.

O complexo do Cais do Valongo, importante ponto de preservação da memória dos negros, situado na Zona Portuária do Rio de Janeiro, ficou conhecido como nossa pequena África.

Os negros escravizados vindos de Angola para o Rio de Janeiro nos tumbeiros, onde eram negociados, extintos ou ficaram vagando pelas redondezas, sejam nos armazéns de depósitos, nas chácaras hospitais ou foram no cemitério dos pretos novos.

Os escravos eram comercializados, a princípio, na conhecida rua da Direita e no Mercado da Rua do Valongo.

A comercialização de escravos no centro da cidade do Rio de Janeiro fez surgir importante fator de discriminatório o que se reverbera até hoje, como se verá adiante.

Como nos diversos países da América Latina, os portos tiveram papéis fundamentais nas criações das cidades, na economia de determinado lugar e na sua colonização.

O Brasil foi o país que mais recebeu escravos oriundos da África, certo de que o Estado do Rio de Janeiro foi o seu principal porto a partir de fins do século XVIII. Estima-se que cerca de um milhão de escravizados desembarcaram no cais.

O embarque e desembarque dos negros escravizados eram feitos inicialmente nas imediações da Praça XV de Novembro, tal como ali se faziam as negociações das "mercadorias". Entretanto, era por demais indesejada a presença dos escravagistas nas principais vias de acesso da cidade, fazendo surgir um fator discriminatório por parte da burguesia daquela época, a qual manifestava o desejo de que os escravos fossem levados para longe dos seus olhares.

É possível verificar que os negros não foram removidos do centro da cidade não pela aversão da sociedade à prática escravagista, mas, sim, pelo preconceito que a sociedade branca tinha (e ainda tem) em relação aos negros. Nesse compasso, evidencia-se o surgimento do racismo estrutural, na medida em que a sociedade aceitava e fomentava e, mais do que isso, privilegiava um grupo de certa cor (brancos) em detrimento de outros.

O aspecto histórico nos revela importantes passagens para compreendermos o presente, pois as práticas discriminatórias frequentes e por longo período ensejam numa complexa missão de fazer cessar o racismo. Valedizer: a conduta reiterada e cultural fez com que o racismo fosse internalizado pelos brasileiros explicita e implicitamente.

Mesmo na moderna sociedade é possível verificar o racismo em variadas formas, a exemplo das barreiras impostas a negros para acesso a vagas de trabalho; diferença dos salários recebidos pelos negros e brancos; acesso à educação e saúde etc.

Nesse contexto, em 2018, de acordo com o Atlas da Violência, a taxa de homicídios por 100 mil habitantes foi de 37,8% de negros e 13,9% de não negros em todo território nacional.

Esses dados demonstram que ainda existem um longo caminho para percorrer quando o assunto é igualdade racial.

Percebe-se, ainda, um movimento tendente a negar a ocorrência do racismo no Brasil, o que fatalmente contribui para a perpetuação dessa odiosa prática, fazendo com que tais comportamentos continuem a existir de forma velada, como uma doença que evolui sorrateiramente.

Não por acaso, até o ano de 2020 o delito de injúria racial, contido no artigo 140, §3º do Código Penal não era equiparado ao crime de racismo, previsto na Lei n. 7.716/89. Percebe-se, com isto, que os negros eram desprovidos de mecanismos legais que colocassem freios aos atos racistas.

Como grande avanço, no julgamento do HC 154248/DF, o Supremo Tribunal Federal deu nova interpretação ao crime de injúria racial previsto do Código Penal e, a partir do julgamento, vinculou os tribunais ao entendimento de que o referido delito não pode ser excluído do mandado constitucional de criminalização, contido no artigo 5º, LXII da Constituição Federal.

A prática de injúria racial, prevista no art. 140, § 3º, do Código Penal, trazem seu bojo o emprego de elementos associados aos que se definem como raça, cor, etnia, religião ou origem para se ofender ou insultar alguém. Consistindo o racismo em processo sistemático de discriminação que elege a raça como critério distintivo para estabelecer desvantagens valorativas e materiais, a injúria racial consome os objetivos concretos da circulação de estereótipos e estigmas raciais. Nesse sentido, para o STF, não há distinção ontológica entre as condutas previstas na Lei nº 7.716/89 e aquela constante do art. 140, § 3º, do CP. Em ambos os casos, há o emprego de elementos discriminatórios baseados naquilo que socio politicamente constitui raça, para a violação, o ataque, a supressão de direitos fundamentais do ofendido.

Sendo assim, excluir o crime de injúria racial do âmbito do mandado constitucional de criminalização por meras considerações formalistas desprovidas de substância, por uma leitura geográfica apartada da busca da compreensão do sentido e do alcance do mandado constitucional de criminalização, é restringir-lhe indevidamente a aplicabilidade, negando-lhe vigência.

A contraposição ao racismo é uma missão árdua, envolvendo diversas intervenções em diversos campos da sociedade, tal como o exemplo acima mencionado, no qual o STF procedeu à releitura de um dispositivo penal à luz da Constituição Federal e dos Direitos Humanos.

Nesse compasso, a representatividade se apresenta como importante papel para reforçar o direito de igualdade, a exemplo de negros apresentando telejornais; ocupando vagas em universidades; interagindo e influenciando pessoas por meio de livros, redes sociais, esporte dentre outros.

Todavia, esse cenário se apresenta ainda de forma módica, a passos lentíssimos, o que acaba por não estabelecer freios inibitórios àqueles que insistem em discriminar.

Não pode haver democracia em uma sociedade racista. A sociedade racista é uma ditadura sistemática, pois deve usar a força para negar as demandas legítimas da maioria e servir a minoria. Perpetuar a desigualdade, a pobreza e a baixa representação política exige violência sistemática, que será então usada contra os brancos. Além disso, se a maior parte de uma sociedade é pobre, violada e humilhada o tempo todo, ela não pode ser saudável. É um lugar horrível para qualquer um, até para os brancos. O compromisso com o combate ao racismo significa compromisso com a democracia, o bom desenvolvimento econômico e a humanidade.

BIBLIOGRAFIA

BETHELL, Leslie. A Abolição do comércio brasileiro de escravos. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002.

BRASIL. A Abolição no Parlamento: 65 anos de luta, (1823-1888) / Apresentação do presidente José Sarney. – 2ª ed. – Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2012. v. 1.

GOMES, Flávio dos Santos. Quilombos/Remanescentes de Quilombos. In.: SCHWARCZ, Lilia Moritz e GOMES, Flávio (orgs.). Dicionário da escravidão e liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 367.

FRAGA, Walter. Encruzilhadas da liberdade: histórias de escravos e libertos na Bahia (1870-1910). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 47.

FRAGA, Walter. Encruzilhadas da liberdade: histórias de escravos e libertos na Bahia (1870-1910). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 43.

REIS, João José. Revoltas escravas. In.: SCHWARCZ, Lilia Moritz e GOMES, Flávio (orgs.). Dicionário da escravidão e liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 392.

ALIENAÇÃO PARENTAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL

PAULA GABRIELA COSTA MACIEL OLIVEIRA MILHOMENS:
Bacharelanda em Direito pela Universidade de Gurupi –
UnirG⁶⁴.

VANUZA PIRES DA COSTA⁶⁵

(orientadora)

RESUMO: Um dos temas mais discutidos na esfera do Direito de Família é em relação a alienação parental. Tal ato corresponde a gerar prejuízo ao outro genitor, afastando-o do convívio do filho. Essa atitude gera para os filhos diversos danos, todos eles no aspecto negativo. Por essa razão, muito tem-se debatido sobre a possibilidade de aplicar o instituto da Responsabilidade Civil nesse contexto. Diante dessa situação, o presente estudo teve como objetivo discorrer sobre a inclusão da responsabilidade civil ao genitor (a) por prática de alienação parental. A metodologia empregada foi a revisão da literatura, baseada em livros, artigos científicos e periódicos. Nos resultados, ficou evidente considerar que a responsabilidade civil é plenamente acatada nos casos onde configurado a alienação parental, tendo como base inclusive a Lei nº 12.318/2010 que prevê a responsabilização civil do genitor alienante. A responsabilidade civil pode ser aplicada no caso comprovado de alienação parental, desde que obedecido os requisitos da conduta, do dano e do nexo causal.

Palavras-chave: Família. Alienação. Responsabilidade. Jurisprudência.

PARENTAL ALIENATION AND LIABILITY

ABSTRACT: One of the most discussed topics in the family law is in relation to parental alienation. Such an act corresponds to generating damage to the other parent, driving him away from his child's conviviality. This attitude generates for children various damage, all of them in the negative aspect. For this reason, much has been debated about the possibility of applying the Institute of Civil Liability in this context. Given this situation, the present study aimed to discuss the inclusion of civil liability to the parent for parental alienation. The methodology employed was the review of literature, based on books, scientific and periodic articles. In the results, it was evident to consider that civil liability is

64 E-mail: paulagabrielamaciel@gmail.com.

65 Mestre em Direito. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG e Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: vanuzapires.adv@gmail.com.

fully accepted in cases where parental alienation configured, based on Law nº. 12.318/2010 which provides for the civilian responsibility of the alienating parent. Civil liability may be applied in the proven case of parental alienation, provided that the requirements of conduct, damage and causal link are obeyed.

Keywords: Family. Alienation. Responsibility. Jurisprudence.

Sumário: 1. Introdução. 2. Alienação Parental: síntese geral. 3. Aspectos gerais sobre a Responsabilidade Civil. 4. A responsabilidade civil no contexto da Alienação Parental. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A guarda e o direito de visitação de crianças e adolescentes tem o objetivo de proporcionar a eles condições de segurança física, emocional e afetiva, conforme disposto no artigo 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). O Estatuto da Criança e do Adolescente, à luz da doutrina da proteção integral, ratifica a determinação contida no artigo 227 da Constituição Federal e destaca ser dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor (artigos 17 e 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

O objetivo principal da Lei é resguardar o desenvolvimento das crianças e dos jovens em um ambiente de solidariedade e cooperação, bem como garantir-lhes estabilidade emocional e psicológica, em atenção à supremacia dos seus interesses em relação aos interesses dos pais.

Ocorre que nesse cenário, é possível encontrar ações que acabam prejudicando um genitor e até mesmo a criança. Conforme expõe a Lei nº 12.318/2010, 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, é considerada como alienação parental.

A alienação parental traz prejuízos de toda ordem tanto para a criança quanto para o outro genitor. Nesse aspecto, tem-se discutido nos últimos anos, uma forma de reparação a esse ato. Para esse estudo, encontra-se o instituto da Responsabilidade Civil.

Com esse cenário, esta pesquisa teve como problemática a seguinte questão: é possível aplicar a Responsabilidade Civil nos casos de alienação parental? Assim, esse estudo se objetivou em apresentar os efeitos civis dos genitores que tenham praticado a Alienação Parental.

No que tange a metodologia utilizada, esse trabalho trata-se de uma revisão de literatura, ao qual a coleta de dados realizou-se no período entre os dias 01 a 20 de março de 2023, mediante análise de documentos por meio de pesquisa doutrinária e artigos já publicados sobre o tema, além de jurisprudência e legislação nacional.

2. ALIENAÇÃO PARENTAL: SÍNTESE GERAL

A respeito da origem do termo e significado de Alienação Parental, Rocha (2019) explica que quanto à palavra parental, ela é oriunda do latim (*parentalis*) e se destina tanto aos pais como as mães, ou até mesmo a um parente próximo ou que seja responsável direto pela criança.

Já o termo “alienação” vem do latim: “alienato”, que significava “alienação, venda, loucura”. O substantivo latino, por sua vez, deriva do verbo “alienare”, que queria dizer “alienar, vender; tornar-se algo alheio a alguém, alterar; afastar-se; enlouquecer” (ROCHA, 2019).

Em termos conceituais, esse instituto pode ser compreendido como o afastamento de um dos genitores em razão de uma “campanha” contra sua presença na formação familiar. É praticado principalmente com o intuito de conseguir a guarda unilateral ou também como uma vingança (causada pelo fim do relacionamento), ou outra razão (PERELLI, 2020).

No Brasil, encontra-se a Lei nº. 12.318/2010 que trata da Alienação Parental e pelo qual em seu art. 2º, caput, traz o conceito definitivo a respeito da Alienação Parental; a saber:

Art. 2º. Considera-se ato de alienação parental interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avôs ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie o genitor ou cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

(BRASIL, 2010)

Silva (2019) explica que o polo ativo da alienação parental pode ser qualquer um dos genitores que cheguem a possuir a guarda da criança, e pode ser também familiares que vivem em proximidade com a criança, como por exemplo, os tios, avós e padrinhos, mas desde que tenham convívio direto com o infante. Já o polo passivo vem a ser o outro genitor que no momento não detém a guarda da criança ou em alguns casos pode ser

ambos os pais, onde ocorre na situação aonde o alienador são os parentes próximos. Considerando como genitor alvo ou genitor alienado.

Lopes (2018) ressalta que muitos dos casos de alienação, ocorre devido à hostilidade existente entre os genitores, causada muitas vezes por um divórcio, traição ou conflitos interpessoais. Em sua grande maioria, é a mãe quem fica com a guarda da criança. E muitas vezes com a ruptura da vida conjugal gera na mãe um sentimento de abandono, de rejeição, de traição, surgindo aí um sentimento de vingança e ódio. Consequente a esse fato, a mãe inicia um processo de destruição, de desmoralização e de descrédito do ex-companheiro. Ao ver o interesse do pai em continuar a convivência com o filho, quer vingar-se, separando este do genitor.

Para isso cria-se uma série de situações visando a dificultar ao máximo ou a impedir a visitação, levando ao filho odiar o pai e a rejeitá-lo. Sem saber o que realmente se passa e criando confiança apenas na mãe, a criança a partir daí começa a obedecer às regras impostas pela mesma, dando início a Alienação Parental (LOPES, 2018).

Machado (2017) ao discorrer sobre esse assunto, descreve que durante o processo de alienação, a criança fica submetida a constantes ataques verbais por parte do seu genitor-guardião. O menor então afasta-se do seu genitor, ainda que o amando. Em decorrência desse fato, surgem então conflitos de todas as espécies na criança, entre os quais o afastamento do vínculo entre as partes. Assim a criança acaba ficando sem referência do genitor alienado, e conseqüentemente termina por se identificar com o genitor alienante, criando uma confiança extremada a tudo o que é lhe passado.

Correia (2019) salienta que o objetivo principal da Alienação Parental é sempre causar danos ao outro genitor. Para isso utiliza-se de mecanismos de assédio e de denegrir o outro até que o mesmo perca totalmente o vínculo com o filho(s).

A Alienação Parental é nociva em vários aspectos sendo que o principal deles ocorre quando os anseios do alienante vão se transferir para a criança a qual passará a agir como se dela surgissem, além é claro, a aspiração de excluir uma das duas figuras parentais (CORREIA, 2019).

Ocorre também a chamada Alienação Parental Velada. Este instituto se configura de forma implícita, ou seja, quando o genitor não afirma, apenas insinua. É o caso onde o alienante não diz de forma direta e clara a ofensa a qual se objetiva, mas faz apenas com que a criança imagine ou venha a pensar sobre tal insinuação (FIGUEIREDO, 2016).

A forma como se dá a Alienação Parental pode ocorrer de várias maneiras, tais como:

QUADRO 1 – Caracterização da Alienação Parental

AÇÃO ALIENANTE	DESCRIÇÃO
Exclui o outro genitor da vida dos filhos	Não comunica ao outro genitor aspectos importantes ocorridos na vida do filho; toma decisões importantes acerca da vida do filho sem prévia autorização ao outro cônjuge; transmite o seu descontentamento diante da manifestação de agrado da criança ao outro genitor.
Interfere nas visitas	Controla excessivamente os horários de visita; organizada diversas atividades para o dia de visitas, a fazer com que o dia do outro genitor se torne desinteressante aos olhos da criança, não permite que a criança esteja em outros eventos ou ocasiões que não aquelas prévia e expressamente estipuladas.
Ataca a relação entre filho e outro genitor	Recorda à criança, com insistência, motivos ou fatos ocorridos que levem ao estranhamento com o outro genitor; obriga a criança a optar pelo pai ou pela mãe, fazendo-a tomar partido do conflito; transforma a criança em espiã na vida do ex-cônjuge; sugere a criança que o outro genitor é perigoso e que a mesma corre risco de vida ao estar ao seu lado.
	Critica a competência profissional e a situação financeira do outro cônjuge, faz comentários maldosos da forma como o ex-cônjuge se veste, se comporta e a sua

Denigre a imagem do outro genitor	maneira de viver; emite falsas acusações de abuso sexual, uso de drogas e álcool.
-----------------------------------	---

Fonte: MONTEZUMA; PEREIRA; MELO (2017).

Como já mencionado anteriormente, no Brasil, a questão da Alienação Parental tem fundamentação legal na Lei 12.318/2010, que passa a tratar do tema de forma mais transparente e clara as condutas caracterizadoras da alienação parental, e dando medidas coercitivas e sancionatórias a essas condutas, e visando não somente aos pais, como também qualquer membro da família que esteja alienando o incapaz.

No texto da Lei há ainda uma possível possibilidade de aplicar a responsabilidade civil nesses casos. Sobre esse instituto, explica-o no tópico a seguir.

3. ASPECTOS GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

Conceitualmente, para Schreiber (2022, p. 53) “há responsabilidade civil na atribuição de uma obrigação a um indivíduo que cause prejuízos a outrem em decorrência de um ato ilícito, ou mesmo de atos lícitos”.

Nos dizeres de Colombini (2022), a responsabilidade civil emerge da situação onde é configurado uma conduta que traga danos a um terceiro. Ao agir de modo ilícito, o agente acaba por prejudicar de algum modo outra pessoa ou alguém relacionado juridicamente.

No que tange aos elementos do presente instituto. No entendimento de Gagliano e Filho (2022, p. 51) “deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior da coisa”.

Schreiber et al. (2021) explicam que no campo da responsabilidade civil, existe um grupo de elementos que o define, para que se possa posteriormente, solicitar o direito de reparação, que pode ser tanto por dano material quanto moral.

A responsabilidade civil é integrada por três elementos, que são a conduta (ação ou omissão), o dano e o nexo de causalidade. Acerca desses elementos, Gagliano e Filho (2022, p. 53) explica:

A **Conduta** é a ação ou omissão voluntária praticada por uma agente. Quanto ao **Dano**, este é pressuposto para a existência da reparação, podendo ser entendido como a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não –, causado por ação ou omissão do agente

infrator. E por fim, o **Nexo de Causalidade**, ou seja, o liame que une a Conduta ao resultado naturalístico, qual seja, o Dano.

Nesse contexto, tem-se que a responsabilidade civil se divide em duas modalidades: a objetiva e subjetiva. A primeira, foca-se no dano. Neste caso, o elemento obrigatório é o dano, que uma vez ocorrido já gera a obrigação de indenizar, independentemente de culpa do agente. Comprova-se a autoria e o dano, somente para que seja aplicada o presente instituto (CAVALIERI FILHO, 2016).

Ainda nessa modalidade, é preciso que se observe três condições: a ação do agente, o dano e o nexo de causalidade entre eles (SCHREIBER, 2022).

Sobre a responsabilidade civil subjetiva, ela se baseia na culpa, exigindo apenas que se tenha o nexo de causalidade entre o dano e a ação/omissão do agente (GAGLIANO; FILHO, 2022).

De todo modo, a responsabilidade civil prevista no Código Civil tem por objetivo penalizar um agente que cause danos a terceiros, então fez-se necessário que o ordenamento jurídico brasileiro criasse mecanismos que o regulem e regulamentam, para prevenir ou remediar tais ações (SANTOS, 2020).

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO CONTEXTO DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Nos tópicos anteriores, discorreram-se a respeito da alienação parental e da responsabilidade civil. Nesse tópico será apresentado a relação entre esses institutos e como eles estão interligados, uma vez que a responsabilidade civil é vista como uma consequência direta de um ato alienante.

Santos (2020) enfatiza que o Poder Judiciário tem um poder importante de julgar casos que venham a deformar a família que é a base na formação de um indivíduo, respeitando assim os princípios constitucionais inerentes ao direito de família, como à dignidade da pessoa humana, da solidariedade, do melhor interesse da criança e do adolescente, da convivência familiar saudável, da afetividade e da igualdade.

Dado a esta afirmativa, as vítimas de abusos morais que ocorrem dentro de um lar, têm o direito de pleitear o que julgam necessário pelo dano causado, buscando um ressarcimento ou indenização que as compensem, assim, o Estado por meio do poder judiciário tende a remediar tais abusos para que os vitimados não venham a ter problemas (SANTOS, 2020).

No que tange a responsabilização do agente que venha a praticar a alienação parental, os julgados nos Tribunais de Justiça vêm punindo o alienante, com advertências,

inversão de guarda e os aconselhando a buscar tratamentos psicológicos. Essa terapia fara com que o agente busque a aceitação da dissolução conjugal.

A título de exemplo, há no Tribunal de justiça do Rio Grande do Sul uma apelação movida pelo Ministério público do referido Estado, neste caso a mãe doutrinou o filho a rejeitar o pai e a ofende-lo pois o mesmo tinha os abandonado, o conselho tutelar ao visitar a família constatou em diálogos com a criança que a mãe o tinha feito uma lavagem cerebral no menor (Apelação Cível N° 70074248667).

No decorrer do processo constatou por meios de pericias psicológicas que a criança já estava sofrendo demasiadamente ao ponto de falar em fuga e até mesmo em suicídio, com as provas postas em analisadas o relator Ricardo Moreira Lins Pastl (2018, p. 09) proferiu que:

Diante desse panorama, mostra-se prudente manter a medida de advertência e de acompanhamento psicológico do filho e da recorrente, tal como constou na sentença, pois providências tendentes a resguardar o melhor atendimento dos interesses do menino e, ainda, de diminuir os reflexos negativos e emocionais a que ficou sujeito, devendo-se o quanto antes envidar esforços na tentativa de restabelecer os vínculos afetivos saudáveis, outrora, em princípio, existentes.

Ao que consta, o relator atentou-se ao princípio do melhor interesse da criança, buscando por meio de tratamento terapêutico a reestruturação dos vínculos afetivos entre filho e o genitor alienado, para que os traumas psicológicos fossem gradualmente sanados. Ao findar do processo foi decido que:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPEDIMENTO INJUSTIFICADO CRIADO À CONVIVÊNCIA PATERNO-FILIAL. ALIENAÇÃO PARENTAL POR PARTE DA GUARDIÃ COMPROVADA. CONDENAÇÃO À MEDIDA DE ADVERTÊNCIA E DE ACOMPANHAMENTO PSICOLÓGICO. MANUTENÇÃO. 1. Apesar da negativa da guardiã, o conjunto probatório carreado ao feito revela que com seu comportamento contribuiu significativamente para o distanciamento paterno-filial, sem se preocupar com o comprometimento que esta situação acarreta ao 29 saudável desenvolvimento do menino, que, sem justo motivo, passou a recusar a realização das visitas paternas. 2. Manutenção da sentença que, diante da prática de alienação parental, aplicou à guardiã medida de advertência, no sentido da não imposição de óbice ao convívio paterno-filial, sob pena de ampliação

das medidas, e de realização de acompanhamento psicológico (da guardiã e do filho), de modo a viabilizar o restabelecimento dos vínculos afetivos saudáveis. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70074248667, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 28/09/2017).

Há de se analisar, que nos casos encontrados para esse estudo, diversos julgados entenderam no sentido de os genitores que introduziram falsas memórias em sua prole, são responsabilizados no contexto cível, com a perda da guarda, pagamentos de multas, acompanhamentos psicológicos para compreenderem que a dissolução em questão é matrimonial e não parental, e para que seus filhos venham a ter um desenvolvimento saudável devida este ter a afetividade para com os pais intrínseca (SANTOS, 2020).

No que tange a responsabilização civil do alienante, é importante mencionar que não há indícios de matérias inerentes no Superior Tribunal de Justiça, sendo o mérito em questão discutido em Tribunais de Justiça Estaduais e do Distrito Federal em sua 1ª e 2ª instância.

Entretanto, ficando demonstrado o dano psicológico através perícias técnicas psicológicas determinadas judicialmente, e nestas ficar evidente o dano, o nexo de causalidade e a culpa do agente o alienante sofrerá os efeitos jurídicos determinados para tal ato. Para esse entendimento vejamos o seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE **ALIENAÇÃO PARENTAL** – ATOS PRATICADOS PELA MÃE QUE DIFICULTAM O EXERCÍCIO DO DIREITO DE VISITAS PATERNO – ALIENAÇÃO PARENTAL – CONFIGURAÇÃO – RECURSO DESPROVIDO. – A Lei n. 12.318/2010 dispõe sobre a alienação parental, definindo-a como a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (artigo 2º, caput) – **A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, infringindo disposição constitucional da proteção integral dos menores** (artigo 227, da Constituição Federal), além de prejudicar a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, **constituir abuso moral contra os jovens e infantes e descumprimento dos deveres inerentes à**

autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda – No presente caso, a prova dos autos, em especial o Estudo Psicológico, demonstra de forma clara a alienação parental praticada pela genitora ao impedir o exercício do direito de visitas paterno, além de dificultar o contato da criança com o genitor, impedir o exercício da autoridade parental, bem como realizar campanha de desqualificação da figura paterna (TJ-MG – AC: 10000210725339001 MG, Relator: Ângela de Lourdes Rodrigues, Data de Julgamento: 01/07/2021, Câmaras Cíveis / 8ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 29/07/2021). (grifo meu)

No caso acima, a alienante constantemente desqualificava o outro genitor para o filho. Ao ajuizar a ação judicial e conseqüentemente ter o Estudo Psicológico, ficou claro a configuração da alienação parental, que como efeito gerou a condenação da alienante e o dever de participar de estudos psicossociais e aceitar a convivência gradativa entre o pai e o filho.

Ainda nessa situação, Tartuce (2020) explica que para julgar casos que denigram a moral do alienado, o magistrado precisa atentar-se aos princípios que são inerentes ao direito de família pois estes são norteadores em suas decisões, sendo assim, para se caracterizar dano moral e que a vítima seja assistida e indenizada por prática ilícita estes princípios precisam ser deformados.

Antes de quantificar o dano o magistrado precisa se atentar aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como mencionado pela autora Amanda Vasconcelos (2018, p.24) “o magistrado deve observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no arbitramento do quantum indenizatório do dano moral”.

De acordo com Dias (2018) estes são princípios que regem ao que tange a hora do magistrado fazer a dosimetria do quantum indenizatório, pois, o mesmo levará em consideração o regramento legal e a proporcionalidade desse ressarcimento ou indenização conforme as condições financeiras do agente que causou o ilícito, e mensurar sobre o dano causado a vítima.

Outro ponto que remete a responsabilidade civil é em relação ao dano moral. Um ilícito que venha a ser praticado por terceiros contra outrem poderá acarretar em danos tanto patrimonial quanto moral, o dano moral em si é uma ofensa que fere um indivíduo em sua honra, imagem bom nome e etc. não sendo a sua natureza um alcance monetário, mas sim quem legisla acaba atribuindo ao agente ofensor uma responsabilidade financeira pela violação dos bens imateriais do vitimado (GONÇALVES, 2020).

É aplicado no judiciário quatro espécies de danos morais, são elas: dano moral direto, indireto, reflexo ou em ricochete e presumido e a autora Isabela de Medeiros Cabral (2020, p. 19-20) bem salienta:

O dano moral direto trata-se de dano pessoal e que atinge diretamente o ofendido; o dano moral indireto neste caso, ocorreu à lesão a um bem patrimonial, mas que por ele significar muito para a vítima acarretou em danos na sua esfera moral, caracterizando o dano moral indireto; o dano moral reflexo ou em ricochete é a modalidade de dano moral que vem sendo adotado pela jurisprudência nos casos onde ao sujeito a ser indenizado não é a vítima imediata do ato ilícito, mas em decorrência do evento danoso, sofreu danos; dano moral presumido são aqueles danos cuja natureza da violação do bem jurídico tutelado é o suficiente para comprovar o dano, não precisando o indivíduo fazer prova do prejuízo sofrido.

Ao que tange a alienação parental é possível aplicar, a depender do caso concreto, o dano moral ricochete pois este está interligado ao alienado que venha a sofrer com esta prática, pois este genitor em decorrência de um ato ilícito causado por sua ex-cônjuge acaba sofrendo danos, o alienante o prejudica colocando a afetividade entre este e a prole em xeque, causando deformidades futuras na relação entre pai e filho (CABRAL, 2020).

Há em sua natureza jurídica a reparação tanto compensatória quanto punitiva, pois o ordenamento jurídico brasileiro inclina-se ao que diz respeito ao quantum moral procurar um equilíbrio punitivo e compensatório, assim satisfazendo em partes a vítima e responsabilizando com base na Lei 12318/2010 e financeiramente o alienante (TARTUCE, 2020).

Santos (2020) salienta que na alienação parental por mais que em casos o fato gerador seja semelhante, cada processo terá suas peculiaridades a serem analisadas e dosadas quanto ao quantum moral, o magistrado ao fazer a dosimetria do quantum indenizatório, analisara conforme o dano, se o autor é bem sucedido para que este seja responsabilizado pecuniariamente e que a vítima não venha enriquecer-se ilicitamente.

Deverá haver uma intervenção de psicólogos e psiquiatras por meio de perícia psicossocial, para que possa provar se a criança sofreu alienação parental, havendo a comprovação o genitor que teve sua imagem devastadas por falsas memórias deverá ser compensado quando profissionais da área jurídica intervier, ou seja, o Estado fara com que o vínculo afetivo seja restaurado e que a alienante seja punida a arcar monetariamente pelos danos causados a moral do genitor alienado (DIAS, 2018).

Souza (2017) entende que a responsabilidade civil deva ser aplicada nesses casos. Porém, para esse autor, a responsabilização civil do alienador deve ser tomada como *ultima ratio*, levando primeiramente a aplicação das formas elencadas no Artigo 6º da Lei de Alienação Parental.

No processo de alienação parental por muitas vezes a comunicação entre as partes é algo dificultoso para os envolvidos, surgindo assim a possibilidade de uma mediação, se tratando de uma técnica que permite que as partes conversem entre si, sendo uma importante ferramenta extrajudicial. Nesta situação, é recomendável que um terceiro auxilie as partes a alcançar uma posição mais favorável na situação controvertida por meio da Mediação (REIS; FERREIRA; MACHADO, 2022).

Souza (2017) nos explica que em uma mediação, a pessoa que conduz a conversa como mediador, em nada influencia as decisões das partes, seu papel é único e exclusivamente tornar possível uma conversa pacata, reestabelecendo a ordem, quando assim lhe couber, e facilitar um diálogo que posteriormente venha a permitir uma resolução para o caso.

Diante dessa problemática deve-se ponderar formas que venham a ser menos desgastantes para todos os envolvidos, pois de ambas vertentes da problemática, há questões diferentes as quais não estão sendo atendidas, a partir da daí que se tem o fato gerador do conflito.

Madaleno e Madaleno (2021) entendem que a mediação é ferramenta essencial para que haja um desfecho satisfatório para todos, por se tratar de uma conversa guiada em que principal objetivo é que todos entrem em consenso quanto a presente demanda.

Frente ao exposto, finaliza-se esse estudo entendendo que é plenamente possível que a responsabilidade civil pode ser aplicada no caso comprovado de alienação parental, desde que obedecido os requisitos da conduta, do dano e do nexos causal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A alienação parental, conforme exposto no decorrer desta pesquisa, é o ato de prejudicar o outro genitor. Esse fato acaba por prejudicar não apenas a relação entre os genitores, mas reflete diretamente no desenvolvimento emocional e psíquico da criança ou adolescente. Diante disso, buscando preservar a integridade física, intelectual e emocional dos filhos, a doutrina jurídica e a jurisprudência vêm colocando como foco principal a possibilidade de aplicar a responsabilidade civil ao genitor alienante.

Entende-se que a alienação parental rompe os vínculos afetivos entre pais e filhos, afeta diretamente o desenvolvimento psicológico da criança ou do adolescente e viola seus

direitos personalíssimos e indisponíveis. Portanto, os danos gerados por esse ato não podem ficar sem a devida responsabilização dos seus agentes.

O que o presente estudo buscou analisar foi de que forma a alienação parental pode ser causa geradora de responsabilidade civil. Nos estudos coletados, ficou evidente constatar que esse instituto é plenamente possível de ser aplicado a essa situação, uma vez, que situações onde um genitor e principalmente um filho venha a sofrer abalos emocionais e até mesmo financeiros, o ressarcimento a esse dano deve ser reparado.

Nesse sentido, as vítimas da alienação parental ficam legitimadas para pleitear a reparação pelos danos suportados, tendo em vista que tiveram seus direitos personalíssimos violados, direitos estes garantidos pela Constituição Federal de 1988, assim, o alienante fica obrigado a ressarcir o dano.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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#art2045. Acesso em: 18 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.318/2010, de 27 de agosto de 2010**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 18 mar. 2023.

CABRAL, Isabela de Medeiros. **Os critérios de quantificação da indenização por danos morais à luz da jurisprudência do tribunal de justiça do Distrito Federal e do Superior Tribunal de Justiça**. 2020. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/14237/1/Isabela%20Cabral%2021503852.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2023.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

COLOMBINI, Lisa. **Responsabilidade Civil por erro médico**. Monografia Jurídica apresentada à disciplina Trabalho de Curso II, do curso de Direito, da Escola de Direito, Negócios e Comunicação, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC/GOIÁS). Goiânia, 2022.

CORREIA, Eveline de Castro. **A Alienação Parental e o Dano Moral nas relações de família**. Artigo apresentado à Universidade Fortaleza. Fortaleza-CE, 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Incesto e Alienação Parental de acordo com a Lei 12.318/2020: Lei de alienação parental**. 2. ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Finalmente, alienação parental é motivo para prisão**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/maria-berenice-dias-agora-alienacao-parental-motivo-prisao>. Acesso em: 01 mar. 2021.

FIGUEIREDO, M. R. S. **A intervenção estatal na convivência paterno/materno-filial: tensões entre o Poder Estatal e o Poder Familiar**. Jurisprudência Revista OABRJ, Rio de Janeiro, v. 27, n. 2, p. 175-198, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil**. 6º ed. Editora: Saraiva Jur, 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 3 – Responsabilidade Civil – Direito de Família – Direito das Sucessões – Esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

IBIAPINA, Bruna. **Pátrio poder x poder familiar**. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35295/patrio-poder-x-poder-familiar>. Acesso em: 20 mar. 2023.

LOPES, Isabella Dara. **Alienação Parental**. Conteúdo Jurídico, Brasília - DF: 08 jun. 2018. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590875&seo=1>. Acesso em: 20 mar. 2023.

MACHADO, Arieli Monique. **Alienação Parental: Direito à convivência familiar**. Conteúdo Jurídico, Brasília - DF: 24 nov. 2017. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590058&seo=1>. Acesso em: 17 mar. 2023.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Alienação parental: importância da detecção: aspectos legais e processuais**. 7. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MONTEZUMA, Márcia Amaral; PEREIRA, Rodrigo da Cunha; MELO, Elza Machado de. **Abordagens da alienação parental: proteção e/ou violência?** Physis, Rio de Janeiro, v.27, n.4, p.1205-1224, Dec. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010373312017000401205&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 21 mar. 2023.

PERELLI, Bruno Angeli. **Você sabe o que é Alienação Parental?** 2020. Disponível em: <https://rpsa.com.br/alienacao-parental/>. Acesso em: 15 mar. 2023.

REIS, Nair Teresa Lemos dos; FERREIRA, Marianna Resende; MACHADO, Marcos Paulo Goulart. **A responsabilidade civil e penal dos genitores abusivos em casos da**

alienação parental. JNT- Facit Business and Technology Journal. ed. 39 vol. 4. Págs. 154-170, 2022.

RIBEIRO, G. F. A. **A quantificação do dano.** **Boletim Jurídico.** 2018. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=950>. Acesso em: 14 mar. 2023.

ROCHA, Maria Regina. **Poder Parental.** 2019. Disponível em: <http://ciberduvidas.sapo.pt/pergunta.php?id=26072>. Acesso em: 15 mar. 2023.

SANTOS, John Cleiton Jesus dos. **Alienação parental responsabilidade civil do agente e a aplicabilidade do quantum moral.** Monografia apresentado ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEVANGÉLICA, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito. Anápolis, 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil contemporâneo.** 5º ed. Editora: Saraiva Jur, 2022.

SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José F. et al. **Código Civil Comentado - Doutrina e Jurisprudência.** Grupo GEN, 2021.

SILVA, D.M.P. **Psicologia Jurídica no Processo Civil Brasileiro.** 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

SOUZA, Ronaldo Ribeiro de. **A responsabilidade civil por alienação parental.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5084, 2 julho 2017.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VASCONCELOS, Amanda Paim. **A quantificação do dano moral em casos de alienação parental.** 2018. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wpcontent/uploads/sites/11/2019/01/amanda_vasconcelos.pdf. Acesso em: 18 mar. 2023.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil IV: Responsabilidade Civil.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

O USO DA DELAÇÃO PREMIADA NO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

PEDRO VITOR AQUINO DE LIMA.

Bacharelado em Direito pela
Universidade de Gurupi – UnirG⁶⁶.

JOSÉ AUGUSTO BEZERRA LOPES⁶⁷

(orientador).

RESUMO: O crime de lavagem de dinheiro é entendido como a conduta do criminoso de ocultar ou dissimular o produto do crime. Tal crime tem como base normativa a Lei nº 9.613/98 sendo parcialmente alterada pela atual Lei nº 12.683/12. Diante disso, o presente estudo teve como objetivo discorrer a respeito da efetividade da delação premiada no combate ao crime de lavagem de dinheiro. Buscou-se com esse tema, estabelecer o impacto que a delação premiada pode ocasionar na identificação e desenvolvimento do presente crime. Na metodologia, tratou-se de uma revisão da literatura. A coleta de dados se deu na busca em banco de dados, tais como Google Acadêmico, Scielo, dentre outros; durante os meses de fevereiro e março de 2023. Nos resultados, ficou entendido que após a edição da Lei nº 12.683/2012, observou-se uma reformulação da delação premiada no delito de lavagem de dinheiro, pois notadamente a premiação passou a ser estipulada como uma possibilidade a ser determinada segundo a discricionariedade do juiz, e não com a certeza da aplicabilidade de algum benefício ao colaborador. Notadamente, tal modificação dá maior força ao acordo com o delator, de tal maneira que acaba sendo exigida melhor eficiência da delação.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro. Crime. Delação Premiada. Efeitos.

THE USE OF AWARDED DENUNCIATION IN THE CRIME OF MONEY LAUNDERING

ABSTRACT: The crime of money laundering is understood as the criminal's conduct of hiding or disguising the proceeds of crime. This crime is based on Law nº 9.613/98, being partially amended by the current Law nº 12.683/12. Therefore, the present study aimed to discuss the effectiveness of the plea bargain in the fight against the crime of money laundering. With this theme, we sought to establish the impact that the plea bargain can cause in the identification and development of the present crime. In terms of methodology, it was a literature review. Data collection took place in the search in databases, such as Google Scholar, Scielo, among others; during the month of February and March 2023. In the results, it was understood that after the enactment of Law nº 12.683/2012, there was a

⁶⁶ E-mail: xingupedro04@gmail.com.

⁶⁷ Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: joseaugusto@unirg.edu.br

reformulation of the plea bargain in the crime of money laundering, since notably the award came to be stipulated as a possibility to be determined at the discretion of the judge, and not with the certainty of the applicability of any benefit to the employee. Notably, such modification gives greater strength to the agreement with the whistleblower, in such a way that a better efficiency of the whistleblower is required.

Keywords: Money laundry. Crime. Awarded Delation. Effects.

Sumário: 1. Introdução. 2. O Crime de Lavagem de Dinheiro: Aspectos Gerais. 2.1 Legislação Brasileira frente ao crime de Lavagem de Dinheiro. 2.2 O crime de Lavagem de Dinheiro na Pandemia. 3. Do instituto da Delação Premiada. 4. A aplicação da Delação Premiada nos crimes de Lavagem de Dinheiro. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O crime de lavagem de dinheiro sempre foi um tema bastante debatido no Brasil, principalmente nos últimos anos, em que várias situações demandaram a atenção especial do Estado e da sociedade nesse assunto. No entanto, há poucos dados probabilísticos que mostrem o real quadro sobre a quantificação dessa prática (FARIAS, 2018).

Esse tipo de crime pode ser entendido de modo geral como o processo de mutação do “dinheiro sujo” (produto criminoso) em “dinheiro limpo” (aparentemente regular). Trata-se, em verdade, da manobra delitiva de introdução no sistema econômico e financeiro oficial dos produtos auferidos através de práticas criminosas (BADARÓ; BOTTINI, 2016).

Como forma de combater esse crime, tem surgido na doutrina, na jurisprudência e na própria legislação, o instituto da delação premiada. Como bem defende Silva; Silva; Braga (2019) a delação premiada representa um importante recurso para combater tal problemática, que apesar de ser detentora de críticas, possibilita um processo de colaboração entre o infrator e o Estado, capaz de facilitar o desenvolvimento de medidas investigativas aptas a promover a compreensão do processo de lavagem de dinheiro e, bem como, sua repressão.

De todo modo, por causar grande impacto na economia da sociedade e do Estado, o crime de lavagem de dinheiro deve ser amplamente estudado, motivo pelo qual se escolheu essa temática para discorrer neste estudo. Assim, por ser um tema bastante atual e que ainda merece atenção, vide o fato dos prejuízos causados aos entes federativos, a

presente pesquisa buscou discorrer a respeito do crime de lavagem de dinheiro e todos os seus elementos constitutivos.

Com o objetivo estabelecido, tenciona nesse estudo responder a seguinte questão norteadora: de que forma o instituto da delação premiada pode auxiliar na investigação e prevenção do crime de lavagem de dinheiro?

Diante disso, é de extrema importância a discussão dessa temática, uma vez que a prática de lavagem de dinheiro pode acarretar inúmeros prejuízos à sociedade e ao próprio Estado.

No que tange a metodologia utilizada, esse trabalho é uma revisão de literatura, onde "esse tipo de artigo caracteriza-se por avaliações críticas de materiais que já foram publicados, considerando o progresso das pesquisas na temática abordada" (KOLLER et al, 2014, p. 40), pois trata-se de avaliações críticas sobre o uso de delação premiada nos crimes de lavagem de dinheiro.

Tratando-se de um artigo de revisão de literatura, a coleta de dados realizou-se no período entre os meses de fevereiro e março de 2023, mediante análise de documentos por meio de pesquisa doutrinária e artigos já publicados sobre o tema.

2. O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO: ASPECTOS GERAIS

A alta criminalidade tem assustado os brasileiros diuturnamente, os quais sentem-se inseguros de saírem nas ruas e serem vitimados pela violência e até mesmo de confiarem em pessoas acusadas de cometerem o delito de lavagem de dinheiro, quase que diariamente mencionado nos noticiários nacionais.

Normalmente, a lavagem de dinheiro é constatada juntamente com delitos de corrupção, cometidos por organizações criminosas que necessitam justificar a origem de sua arrecadação financeira, sendo quase que uma consequência daquele.

Historicamente, o termo "lavagem de dinheiro" surgiu nos Estados Unidos, na década de 1920, em referência à aquisição de lavanderias por mafiosos para ocultar o produto de seus crimes (MORO, 2010).

Num conceito mais específico, Veiga (2017, p. 03) explica que o crime de lavagem de dinheiro é exercido com a finalidade de "criar obstáculo para que uma específica quantia conseguida de forma ilegal seja rastreada, identificada. Ao contrário, a lavagem do dinheiro propicia dar uma "aparência" legal ao mesmo, associando-o a atividades lícitas".

Buscando trazer conceitos mais abrangentes sobre esse crime, expõe-se abaixo as definições estabelecidas pelas entidades mundiais envolvidas no combate à corrupção; a

saber:

Para a International Police Organization (Interpol), lavagem de dinheiro é “qualquer ato ou tentativa de ocultar ou mascarar a obtenção ilícita, de forma que aparente ter sido originado de fontes legítimas”. Já para o Fundo Monetário Internacional (FMI), a lavagem de dinheiro representa “o processo pelo qual a fonte ilícita de bens obtidos ou gerados pela atividade criminal é ocultada para mascarar a conexão entre os capitais e o delito original” (CALLEGARI ; WEBER, 2014, p. 08).

A atual legislação pertinente ao crime em análise - Lei nº 12.683/12 traz o seu conceito, entendida como a ocultação ou dissimulação a “natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal” (BRASIL, 2012).

Uma das grandes questões relacionadas a esse crime está no fato de que ele é desde sempre acompanhado de outros crimes maiores, no sentido de encobri-los. É exercido na sua maioria por grupos de criminalidade organizada.

Ao discorrer sobre essa questão, Silva (2017) explica que a criminalidade organizada possui um enorme poder de corrupção, sendo extremamente organizada, possuindo uma estrutura piramidal formada por cadeias específicas de comando e a própria necessidade de “legalizar” os lucros obtidos com o crime (lavagem de dinheiro).

Vários são os crimes que se adequam à criminalidade organizada, dentre os quais se destacam o tráfico de entorpecentes, armas, órgãos, seres humanos, material nuclear, pedras preciosas e antiguidades; fraudes bancárias e em negócios públicos; homicídios; roubos e extorsões, dentre outros.

Mendroni (2018) afirma que no geral, esses grupos criminosos possuem como característica principal a ligação familiar (como as famílias mafiosas), étnico ou instrumental (hierárquico, por exemplo); na frequência de contatos e em determinadas áreas geográficas.

O fato é que a lavagem de dinheiro é um meio que esses grupos encontraram de encobrir crimes ainda maiores, como os destacados anteriormente. É uma prática bastante usual, uma vez que pouco chama a atenção inicialmente e de difícil identificação. Na atualidade, esses grupos tem se valido dos avanços tecnológicos e digitais (como as redes sociais, por exemplo) para praticarem esse crime.

No Brasil, a responsabilidade de identificar e monitorar possíveis operações suspeitas de lavagem de dinheiro é do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, órgão ligado ao Ministério da Fazenda (BRASIL, 1998).

Tal crime possui três fases: colocação, camadas e integração. A primeira é a mudança dos fundos do crime para o local do investimento, a segunda são várias operações para disfarçar a trilha e impedir o crescimento da investigação e a última é a que torna o dinheiro disponível para o criminoso (VIRDI, 2013). Na classificação de Serra (2021) ela é apresentada da seguinte forma:

QUADRO 1 - Fases do crime de lavagem de dinheiro

FASE	DESCRIÇÃO
1 - Colocação ou ocultação	O objetivo é ocultar os valores obtidos de forma ilícita.
2 - Estratificação ou escurecimento	Com os valores já colocados no mercado, surge a necessidade de apagar qualquer rastro de ilegalidade. É preciso que haja uma aparência de licitude do capital, sendo a fase de dissimulação. A origem ilícita é disfarçada, a fim de destruir qualquer marca que leve à reconstrução da trilha criminosa
3 - Integração	Momento onde os valores já estão inseridos e não demonstram mais quaisquer ligações com as condutas criminosas anteriores. Com a formalidade do dinheiro, é possível a realização de saques para investimentos legítimos. Qualquer movimentação financeira que justifique o capital de forma lícita é feita, com o objetivo de dar total aspecto legal aos valores.

Fonte: Serra (2021)

A par dessas fases, o crime de lavagem de dinheiro traz uma série de efeitos danosos para o Estado e também para a sociedade. A respeito desse fato, Menezes (2020) informa que só no ano de 2017 no Brasil, quadrilhas que praticaram delitos financeiros causaram R\$ 69,5 bilhões em danos. Em escala global, os danos causados pela lavagem de dinheiro chegaram ao patamar de prejuízo na casa dos US\$ 2,6 trilhões, equivalente a 5% do Produto Interno Bruto do mundo inteiro.

Mas os prejuízos não são encontrados apenas na esfera econômica. Segundo lembra Ortega (2018) o crime de lavagem de dinheiro causa para a sociedade uma série de danos, como por exemplo, o aumento do desemprego, exorbitantes prejuízos financeiros para empresários e investidores, queda dos índices de desenvolvimento humano, aumento da corrupção, insegurança pública e principalmente a diminuição da arrecadação de impostos e de investimentos em educação e saúde.

No intuito de coibir a sua prática, o direito brasileiro tem disposto de leis específicas que criminalizam essa conduta, conforme exposto no tópico seguinte.

2.1 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA FRENTE AO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

A norma brasileira que trata especificamente sobre o crime de lavagem de dinheiro no Brasil é a Lei nº 12.683 de 2012. Conforme expõe essa norma supracitada, atribui-se às pessoas físicas e jurídicas de diversos setores econômico-financeiros maior responsabilidade na identificação de clientes e manutenção de registros de todas as operações e na comunicação de operações suspeitas, sujeitando-as ainda às penalidades administrativas pelo descumprimento das obrigações. Isso se deu devido ao aumento da prática de crime de lavagem de dinheiro (BRASIL, 2012).

Apesar dos avanços trazidos pela norma atual sobre esse tema, há ainda uma discussão sobre a alteração do texto da lei, no sentido de retirar a autonomia do crime de lavagem de dinheiro, ou seja, caso a lavagem volte a depender de um crime antecedente. Esse tema foi motivo de debate ocorrido em 2020 por integrantes de associações de juízes e de membros do Ministério Público.

Ambos atores se manifestaram no sentido de que caso haja essa mudança na lei, poderia haver retrocessos. O representante da Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), Vitor Cunha, destacou a dificuldade de punição caso seja retirada a autonomia do crime de lavagem de dinheiro, ou seja, caso a lavagem volte a depender de um crime antecedente (CUNHA, 2020). Para o diretor de Assuntos Legislativos da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Danniell Bomfim, a atual legislação tem se mostrado eficaz no combate ao crime organizado. Para ele seria um retrocesso retirar o caráter de crime autônomo que a lavagem possui, uma vez que, "essa restrição do rol de

crimes antecedentes é prejudicial, seria a vinculação do crime principal à do crime parasitário e redução do espectro do crime de lavagem” (BOMFIM, 2020 *apud* CUNHA, 2020, p. 01).

O desembargador Nino Oliveira Toldo, da Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe), entende que as penas por lavagem de dinheiro não devem ser atreladas ao crime antecedente. Em seu discurso afirma:

A ideia de proporcionalidade de penas entre crimes antecedentes e crime de lavagem: isso não pode ser acolhido, sob pena de se esvaziar a proteção ao bem jurídico tutelado por meio da lavagem de capitais. Afinal, há inúmeros crimes antecedentes que, pelo nosso confuso sistema de leis penais, têm penas muito baixas, como, por exemplo, o descaminho (TOLDO, 2020 *apud* CUNHA, 2020, p. 01).

Por outro lado, o representante do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), Márcio Barandier entende que é impossível pensar no crime de lavagem de dinheiro sem o crime que o antecedeu. Na sua visão, o crime de lavagem de dinheiro “pressupõe um ilícito penal anterior. Há uma dependência intrínseca. É inconcebível, a nosso ver, a caracterização de um delito sem um de seus elementares” (BARANDIER, 2020 *apud* CUNHA, 2020, p. 01).

O Superior Tribunal de Justiça se posicionou sobre essa questão promulgado em sua Jurisprudência em Tese (Edição 166/2021) que é desnecessário que o autor do crime de lavagem de dinheiro tenha sido autor ou partícipe da infração penal antecedente, basta que tenha ciência da origem ilícita dos bens, direitos e valores e concorra para sua ocultação ou dissimulação.

Na mesma edição da Jurisprudência em Tese do STJ, afirma-se que nos crimes em destaque, a denúncia é apta quando apresentar justa causa duplicada, indicando lastro probatório mínimo em relação ao crime de lavagem de dinheiro e à infração penal antecedente.

2.2 O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO NA PANDEMIA

A Covid-19 é uma infecção respiratória aguda surgida através do coronavírus SARS-CoV-2. Contém alta taxa de transmissão entre humanos e é uma doença de nível grave. O seu surgimento se deu na cidade Wuhan, província de Hubei, na China, em dezembro de 2019, onde fora encontrado em amostras de lavado bronco alveolar conseguidas de pacientes com pneumonia. Pertence ao subgênero Sarbecovírus da família Coronaviridae (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2021).

Tendo se tornado uma pandemia, a expansão da Covid-19 trouxe como efeito o aumento da prática de diversos crimes, dentre os quais o de lavagem de dinheiro. Em

pesquisas recentes mostrou que durante a pandemia a lavagem de dinheiro foi um dos crimes capitais mais detectados pelos órgãos de fiscalização.

De acordo com Borges (2020) o cenário da pandemia ocorrida em decorrência da expansão da Covid-19 trouxe novos desafios na prevenção aos crimes de lavagem de dinheiro. Num cenário alarmante e com uma crise sem precedentes, órgãos reguladores, fiscalizadores, organizações que usam pagamentos eletrônicos e instituições financeiras precisam estar atentos às mudanças do comportamento criminoso.

Como bem cita Bottini (2020) o isolamento social verberou que compras, pagamentos e transferências sejam virtuais, com o manejo de senhas, códigos e links com os quais grande parte da população brasileira possui pouca familiaridade. A insegurança e o desconhecimento destes mecanismos de aquisição e transferência virtual de bens nos tornam vítimas em potencial para os mais variados golpes, como páginas falsas de bancos e de lojas na internet, muitas com anúncios de promoções imperdíveis, acesso a crédito fácil ou ofertas de bens de primeira necessidade a um toque ou clique de distância.

Esse ambiente virtual também facilita a lavagem de dinheiro. Os valores desviados são convertidos em ativos digitais, e por rápidas transações em diversas plataformas e países, esses recursos são eficazmente dissimulados, tornando difícil seu rastreamento pelos meios tradicionais (BOTTINI, 2020).

A título de exemplo, segundo dados expostos pela Federação Brasileira de Bancos (Febraban) a ocorrência de operações suspeitas de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo subiu 40% no Brasil em 2020. Esse aumento, acredita-se é motivado pelas crescentes tentativas de fraudes bancárias e aos desvios de recursos relacionados à pandemia de covid-19 (SIDNEY, 2020).

O setor bancário, no decorrer do ano de 2020, auge da crise financeira na pandemia, chegou a emitir cerca de 165 mil comunicações de operações suspeitas de lavagem de dinheiro a órgãos de fiscalização, como o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). Também foram emitidas 3,2 milhões de comunicações sobre operações financeiras que movimentaram R\$ 50 mil ou mais por meio de dinheiro em espécie (SIDNEY, 2020).

Na batalha para que esses crimes não sejam ainda mais praticados num momento tão vulnerável quanto uma pandemia, as instituições financeiras e organizações tem realizado medidas de prevenção e combate a esses crimes. Nesse sentido:

A pandemia de COVID-19 apresenta uma oportunidade para os criminosos cometerem quantidades extraordinárias de crimes financeiros e, naturalmente, um risco elevado de lavagem de

dinheiro. As instituições financeiras devem adaptar suas políticas e suas respostas às mudanças no comportamento do consumidor devido à COVID-19. As instituições financeiras enfrentarão maiores obstáculos em sua eficiência operacional, para identificar e rastrear atividades ilícitas quando a pandemia diminuir, se falharem nisso. Felizmente, parece haver um reconhecimento com relação às iniciativas de compliance para crimes financeiros, podendo fornecer benefícios mais amplos ao negócio (SÁNCHEZ, 2021, p. 01).

Bronzatto (2021) alerta que os impactos da pandemia e o novo ambiente de riscos de crimes financeiros não podem ser negligenciados. É preciso considerar todos os eventos de riscos da empresa a sua efetividade no Programa de Prevenção de Crimes de Lavagem de Dinheiro, desde o on-bording dos clientes até o monitoramento, a diligência e o reporte das transações suspeitas.

No período de pandemia as organizações criminosas têm utilizado empresas fragilizadas com a crise e o sistema bancário para movimentar dinheiro sujo. Boa parte desse esquema tem sido arquitetada por cartéis de drogas que têm escolhido empresas de setores como construção civil, limpeza industrial e transporte de mercadorias para repassar o dinheiro arrecadado com o tráfico (BRONZATTO, 2021).

Diante desse cenário, é mais do que urgente que se reforce a fiscalização de empresas fortemente afetadas pela crise e que, no entanto, geram fluxos financeiros significativos sem poder justificá-los do ponto de vista econômico.

Em que pese essas discussões, o fato é que o crime de lavagem de dinheiro, conforme já aludido nesse estudo traz prejuízos significativos aos cofres públicos e à sociedade, ao qual o Poder Público não pode se ausentar. Para isso, é preciso implementar medidas que sejam capazes de sanar a sua prática, ou pelo menos evitar que elas ocorram. Dentre as existentes, encontra-se a delação premiada, que será analisada a seguir.

3. DO INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA

Atualmente com a alcunha de delação premiada, esta iniciou a sua entrada em solo legislativo pátrio por meio da Lei nº 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos). Brito (2016) ao conceituar esse instituto afirma que é o mecanismo pelo qual o investigado ou réu em um processo penal recebe um benefício em troca de sua colaboração com o Estado para evitar a prática de novos crimes, produzir provas sobre crimes já ocorridos ou identificar coautores desses crimes.

Apesar de já ter previsão legal, existiam muitas críticas a respeito da proteção ao delator. Nesse sentido, a legislação brasileira resolveu a questão ao criar a Lei nº 9.807/99,

ao qual permitiu a aplicação irrestrita da delação premiada a qualquer delito e previu ainda a possibilidade de perdão judicial e consequente extinção da punibilidade do réu delator (BRITO, 2016).

No entanto, a lei que melhor enquadra o instituto aqui analisado é a Lei nº 12.850/13 que trata principalmente da organização criminosa. No quesito de meios de prova, encontra-se a delação premiada. Cabe mencionar que nesta lei, utilizou-se o termo colaboração premiada. Por ser mais utilizado entre os profissionais do Direito, nesse estudo utiliza-se o termo delação premiada, uma vez que ambas nomenclaturas possuem o mesmo significado.

Teixeira (2016) explica, contudo, que delação premiada e colaboração à Justiça não são sinônimos. Segundo essa autora, no momento em que o delator confessa a sua participação na prática delituosa ele está exercendo a delação premiada. Em caso, onde o acusado assuma a culpa pelo delito, mas não incrimina ninguém, ele é mero colaborador.

Continuando, a supracitada norma é a que melhor apresenta os aspectos da delação premiada ao trazer os seus procedimentos e limitações, além das inovações. Como exemplo, é possível ao Ministério Público deixar de oferecer a denúncia se o delator não fosse o líder da organização criminosa e fosse o primeiro a colaborar efetivamente (art.4º, §4º da lei 12.850/13).

Para Távora; Alencar (2013) ao falar de delação premiada nos crimes atrelados à organização criminosa a Lei nº 12.850/13 é a que melhor se enquadra no que se refere à delação premiada por possibilitar melhores prêmios aos réus. Insta salientar que a delação premiada não é prova, mas sim, um meio de prova, como bem expressa a presente norma no seu art. 3º, inciso I.

Também é preciso destacar os prêmios destinados ao delator. *In casu*, para que esses prêmios sejam aplicados é preciso que o delator atinja as pretensões solicitadas. Ou seja, é preciso que identifique os demais coautores e partícipes da organização criminosa e os crimes por eles praticados. Também é preciso que o delator tenha sido de fato pertencente ao grupo criminoso (BRASIL, 2013).

Outro ponto a destacar é que independentemente dos resultados alcançados com a delação premiada, que deve ser efetiva, o juiz deverá analisar alguns fatores quando da concessão dos benefícios, tais como a personalidade do delator, a natureza, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração (Art. 4º, §1º da Lei nº 12.850/13).

No que concerne aos documentos e seus sigilos, a lei exige que o termo do acordo

seja feito por escrito. No mais, o pedido de homologação da delação será distribuído sigilosamente, contendo tão somente informações que não identifiquem nem o delator e nem o seu objeto (BRITO, 2016).

A delação premiada deixa de ser sigilosa assim que for recebida a denúncia penal. A voluntariedade da delação é exigida pelo ordenamento jurídico brasileiro. Ainda que exista esta imposição legal, há a possibilidade de ela ser realizada enquanto o colaborador esteja preso preventivamente (FILHO, 2019).

Ademais, existe a possibilidade de o réu realizar a retratação do acordo que fez. A partir da lei 12.850/13, percebe-se que ambas as partes podem retratar, não se exigindo nenhuma finalidade específica para isso, nem análise por parte do magistrado. Este ato poderá advir tão somente da vontade ou do Ministério Público ou do imputado (FILHO, 2019).

4. APLICAÇÃO DA DELAÇÃO PREMIADA NOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Conforme mostrado anteriormente o crime de lavagem de dinheiro traz prejuízos de toda ordem para o Estado, para as empresas públicas e privadas e para a sociedade. É uma cadeia de danos que afetam a todos, vide o fato que se está se falando de dinheiro, objeto mais valioso no mundo. Desta feita, a delação premiada tem sido discutida como melhor forma de auxiliar aos investigadores e magistrados à melhor encontrarem o caminho percorrido pelo dinheiro lavado.

Crimes de origem econômica, assim como de outras naturezas, são complexos e demandam provas que nem sempre o Ministério Público dispõe. Para isso, a delação premiada se torna um importante instrumento para entender, por exemplo, a dinâmica de uma organização criminosa. Nesse sentido, a delação premiada é um valioso meio de prova que auxilia de sobremaneira os investigadores. Importante mencionar, que a delação por si só não é capaz de respaldar uma condenação (BRASIL, 2013).

Nos crimes de lavagem de dinheiro é muito comum a destruição de provas, ameaças a testemunhas, uma vez que o objetivo do crime em análise é justamente ocultar outros delitos, como os de corrupção. Por conta disso, a delação premiada é um importante meio de prova, porque o delator, no objetivo de ganhar os prêmios disponíveis pela norma, irá colaborar efetivamente nos detalhes que não poderiam ser conseguidos de outro modo (TEIXEIRA, 2019).

Corroborando com o exposto, cabe destacar:

A delação premiada é um instrumento de efetividade. A delação permite desvendamento de crimes, sobretudo do colarinho branco, que são praticados em portas fechadas, de modo dissimulado, de

forma não violenta, mas igualmente insidiosa. A prova é muito difícil, é muito difícil encontrar vestígios dos crimes de colarinho branco, vestígios de corrupção (DODGE, 2018 apud PERALTA, 2018, p. 12).

A delação premiada ligada ao crime de lavagem de dinheiro é plenamente possível. Isso se dá pelo texto do art. 1º, § 5 da Lei nº 12.683/12 que prevê:

Art. 1º (...)

§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

(BRASIL, 2012)

Sobre essa possibilidade jurídica, o jurista Taveira (2015, p. 01) assevera que esse novo texto, o momento de formação da convicção do magistrado foi ampliado, podendo “prolatar o benefício a qualquer tempo, inclusive após o julgamento. [...] foi inserida mais uma possibilidade de se colaborar espontaneamente, identificando-se os autores, coautores e partícipes do delito”.

Com base nisso, o delator terá como benefícios, os encontrados no § 5º do art. 1º da Lei nº 9.613/1998 e a norma atual da organização criminosa, a redução da pena de um a dois terços (podendo ser cumprida em regime aberto ou semiaberto), substituição por restritiva de direitos, e ainda faculta ao magistrado deixar de aplicar qualquer sanção (perdão judicial).

Fonseca et al. (2015) esclarece que a legislação específica da lavagem de dinheiro não faz menção à exigência a respeito da revelação da estrutura hierárquica e a divisão de tarefas entre os envolvidos com a prática do delito, muito menos se além a requerer informações que possa levar à prevenção de outros delitos dessa natureza. Ademais, essa lei não faz referência a qualquer forma de avaliação sobre a personalidade do colaborador, como também das circunstâncias, da eficácia ou da repercussão social do fato criminoso; logo, constata-se que o instituto da colaboração premiada é tratado de forma bem mais madura pela Lei nº 12.850/2013.

O mestre Luiz Flávio Gomes, contudo, menciona a necessidade de se analisar a delação em casos de lavagem de dinheiro de forma cautelosa:

Há uma série de cuidados e providências que devem cercar a delação, porque ela pode dar ensejo a abusos ou incriminações gratuitas ou infundadas. Urgentemente necessitamos de uma regulamentação que cuide da veracidade das informações prestadas, da exigência de checagem minuciosa dessa veracidade, da eficácia prática da delação, segurança e proteção para o delator e, eventualmente, sua família, possibilidade da delação inclusive após a sentença de primeiro grau, aliás, até mesmo após o trânsito em julgado, prêmios proporcionais, envolvimento do Ministério Público e da Magistratura, transformação do instituto da delação em espécie de acordo criminal (*plea bargaining*) etc. (GOMES, 2014, p. 01).

Importante mencionar que a delação premiada nesses casos, embora não seja suficiente, por si só, para ensejar o início da persecução penal do fato nela narrado, não impede que a autoridade policial ou o Ministério Público realizem as diligências complementares ou encontrem no conjunto dos outros fatos já em apuração elementos capazes de confirmar a plausibilidade e verossimilhança das informações nela constantes (GOMES, 2014).

Apesar de prevista na legislação brasileira e de trazer benefícios ao delator e celeridade processual, a delação premiada nos casos de lavagem de dinheiro também sofre resistências doutrinárias. Parte desse grupo, entende que esse instituto fere os preceitos éticos e jurídicos. Na visão do campo ético, Yarochevsky (2012) argumenta que ao dispor dessa medida, o Estado estaria incentivando as práticas de traição e deslealdade. Com isso, acaba por promover um sentimento egoístico onde o delator é estimulado a delatar os demais envolvidos para conseguir algum benefício processual.

No viés jurídico, a delação premiada, na visão de alguns, é o atestado nítido da incompetência estatal para levar a frente as investigações sobre o delito referido. Além disso, alegam que há uma flexibilização das garantias processuais, como a ampla defesa e o contraditório (YAROCHEWSKY, 2012).

A respeito desse último ponto, a própria jurisprudência brasileira tem entendido que os princípios da ampla defesa e do contraditório só podem ser desrespeitados quando há algum prejuízo ao réu devido à delação premiada. Caso contrário, não há de se falar em prejuízo ou desrespeito a esses princípios. A título de exemplo, mostra-se:

HABEAS CORPUS. QUADRILHA, CORRUPÇÃO ATIVA, PASSIVA E **LAVAGEM DE DINHEIRO**. DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE

NULIDADE POR VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NOVOS DOCUMENTOS DE **DELAÇÃO PREMIADA** JUNTADOS. **CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO.** ORDEM DENEGADA. 1. Se a defesa não apontou concretamente o prejuízo, sendo que não há como saber exatamente qual parte do conteúdo juntado após a decisão do Supremo Tribunal Federal, que não constava dos autos anteriormente, prejudica o réu em sua defesa, uma vez que a autoridade coatora alega que tais documentos não dizem respeito aos casos investigados e ligados ao paciente, não há falar em nulidade, pois não restou demonstrado o prejuízo. 2. Ordem denegada. (Processo nº 20160020033190HBC - (0003837-38.2016.8.07.0000 - Res. 65 CNJ). 3º Turma Criminal. Relator: João Batista Teixeira. Data do Julgamento: 31/03/2016. Publicado no DJE: 12/04/2016).

O que se tem percebido é que a delação premiada é mais do que um simples procedimento, ela é um auxílio significativo do Estado no período de investigação. Como bem acentua Gomes (2014) quanto mais a criminalidade cresce, ao mesmo tempo, também gera uma redução da capacidade investigativa e reativa do Estado. Por conta disso, este tenta premiar a colaboração do indiciado ou acusado, para melhorar (um pouco) sua efetividade.

De todo modo, entende-se nesse estudo ser essencial a presença da delação premiada nos casos de crime de lavagem de dinheiro. Isso se dá porque a delação representa o início do caminho para a produção de outras formas de prova que atestem as informações colhidas pelo delator. Essa medida é importante, visto que os crimes de lavagem de dinheiro possuem uma enorme cadeia de processos e sofisticadas ações delitivas, que de outro modo poderia ser mais difícil ou até mesmo impossível de serem descobertas ou provadas.

A delação premiada nesse sentido atua no sentido de expor não apenas os autores mas toda a sistemática que se usa para realizar a lavagem de dinheiro, o que é essencial para com as informações colhidas, criar medidas de prevenção e combate.

Diante do exposto, fica claro aferir que a celebração do acordo para a delação premiada demonstra ser mais uma opção para combate a tal delito, sobretudo por nortear o aparelho investigativo estatal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo tinha como finalidade discorrer sobre a possibilidade de aplicação do instituto da delação premiada nos crimes de lavagem de dinheiro. Inicialmente ficou estabelecido que a lavagem de dinheiro é um crime caracterizado por um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país, de modo transitório ou permanente, de recursos, bens e valores de origem ilícita. Por ser um crime de cunho econômico, afeta diretamente a todos os entes da sociedade, motivo pelo qual ainda deve ser amplamente discutido.

Para o combate e prevenção da prática de lavagem de dinheiro, é preciso articulação de diversos órgãos dos três poderes da República, Ministérios Públicos, sociedade civil e iniciativa privada para atuarem diretamente ou indiretamente em ações de prevenção e combate a esse crime.

Dentre as medidas de prevenção e combate a esse crime, encontrou-se a delação premiada. Esse instituto é o mecanismo pelo qual o investigado ou réu em um processo penal recebe um benefício em troca de sua colaboração com o Estado para evitar a prática de novos crimes, produzir provas sobre crimes já ocorridos ou identificar coautores desses crimes.

O que ficou evidenciado no decorrer desta pesquisa é que a delação premiada em sede dos crimes de lavagem de dinheiro é plenamente possível, uma vez que ajudará os investigadores a melhor trabalharem no colhimento de provas. Tendo um melhor tratamento jurídico na Lei nº 12.850/2013 ao qual apresenta os principais aspectos desse instituto, a delação premiada é a chance que o delator ou o réu possui de ter por exemplo, diminuída a sua pena ou até ser substituída por privativa de direitos, entre outras vantagens processuais.

Como mostrado no estudo, para que haja os benefícios ao delator é preciso que sua delação seja efetiva, ou seja, que mostre o caminho real e eficaz dos reais criminosos e as táticas utilizadas para a lavagem do dinheiro.

Ainda que pese críticas a sua aplicação, entende-se que a delação premiada é um caminho viável e útil para os crimes de lavagem de dinheiro. Cabe lembrar que esses crimes são complexos e envolve, muitas vezes, o uso de técnicas sofisticadas e tecnologia de ponta. Isto exige um trabalho metucioso de investigação que precisa passar por um processo de modernização, até porque o trabalho do poder judiciário é inerte e precisa ser precedido de um levantamento preciso de dados antes que uma denúncia seja formalmente apresentada.

Nesse cenário, a delação premiada é plenamente utilizável, porque ajudará o Ministério Público e demais membros de investigação a chegar mais rapidamente aos criminosos e ao desmembramento do grupo. Além disso, a delação premiada pode ser

utilizada como um meio não apenas de prova, mas de informação à polícia que terá conhecimento da funcionalidade dos grupos que realizam lavagens de dinheiro.

Cabe ainda destacar que a delação premiada também auxilia nos programas de prevenção, como um compliance de bancos e empresas. Ao saber dos detalhes de como é realizado a lavagem de dinheiro, os gerenciadores e empresários terão mais possibilidades de criar mecanismos de defesa contra essas ações, principalmente quando realizadas de modo online, o que pôde ser conferido no período de pandemia.

Pelas razões acima apresentadas, defende-se nesse trabalho o entendimento de que o instituto da delação premiada deva ser utilizado nos processos judiciais cujos crimes estejam ligados à lavagem de dinheiro.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/98, com as alterações da Lei 12.683/2012**. 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BORGES, Alex Lelis. **Crimes financeiros e a pandemia de Covid-19**. 2020. Disponível em: <<https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/br/Documents/risk/Deloitte-Brasil-Artigo-Crime-Financeiro-2020.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2023.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Alerta sobre lavagem de dinheiro e crimes digitais na pandemia**. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-18/direito-defesa-alerta-lavagem-dinheiro-crimes-digitais-pandemia>>. Acesso em: 25 fev. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm>. Acesso em: 14 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012**. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm>. Acesso em: 14 mar. 2023.

BRITO, Michelle Barbosa de. **Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016.

BRONZATTO, Thiago. **Itamaraty alerta sobre o aumento de lavagem de dinheiro durante a pandemia**. 2021. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/itamaraty-alerta-sobre-o-aumento-de-lavagem-de-dinheiro-durante-a-pandemia/>>. Acesso em: 18 mar. 2023.

CALLEGARI, A.L.; WEBER, A.B. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Salvador: Jus Podivm, 2018.

CUNHA, Vítor. **Para juízes e procuradores, reforma na Lei de Lavagem de Dinheiro poderá dificultar combate ao crime**. 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/707627-para-juizes-e-procuradores-reforma-na-lei-de-lavagem-de-dinheiro-podera-dificultar-combate-ao-crime/>>. Acesso em: 16 mar. 2023.

FARIAS, Marcelo Santana. **Combate à lavagem de dinheiro é única maneira de enfrentar o crime organizado**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-21/farias-historico-importancia-combate-lavagem-dinheiro>>. Acesso em: 25 fev. 2023.

FILHO, Eduardo Correia Gouveia. **Delação premiada e Pela Bargaining: uma análise microcomparativa à luz das normas jurídicas brasileiras e ianques**. Revista Húmus. vol. 9, num. 26, 2019.

FONSECA, C. B. G. et. al. A **Colaboração Premiada Compensa?** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, agosto/2015 (Texto para Discussão nº 181).

GOMES, Luiz Flávio. **Lavagem de dinheiro sujo e delação premiada**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3305, 19 jul.2014.

MEDEIROS, Daniel. **Coronavírus: impactos históricos e sociais provocados pela pandemia da COVID-19**. 2020. Disponível em: <<https://saudedebate.com.br/noticias/coronavirusimpactoshistoricosesociaisprovocados-pela-pandemia-da-covid-19>>. Acesso em: 25 mar. 2023.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MENEZES, Karina. **Conheça as três etapas da lavagem de dinheiro**. 2020. Disponível em: <<https://blog.idwall.co/etapas-da-lavagem-de-dinheiro/>>. Acesso em: 16 mar. 2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **O que é a Covid-19?** 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/o-que-e-o-coronavirus>>. Acesso em: 25 fev. 2023.

MORO, Sérgio Fernando. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ORTEGA, Flávia Teixeira. **Crime de lavagem de dinheiro - principais aspectos**. 2018. Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/328074797/crime-de-lavagem-de-dinheiro-principais-aspectos>>. Acesso em: 16 mar. 2023.

PERALTA, Talita Junqueira. **Prisão em segunda instância e efeito Backlash**. Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós- Graduação Lato Sensu da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em:

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semtr2018/pdf/TalitaJunqueiraPeralt a.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2023.

SÁNCHEZ, Adrián. **Combate à lavagem de dinheiro na era de COVID-19**. 2021. Disponível em: <<https://www.decisionreport.com.br/financas/combate-a-lavagem-de-dinheiro-na-era-de-covid-19/#.Ybnspr3MK1s>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

SERRA, Gabriel da Silva. **Lavagem de Dinheiro: conceitos e fases do crime**. 2021. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/lavagem-de-dinheiro-conceitos-e-fases-do-crime/>>. Acesso em: 16 fev. 2023.

SIDNEY, Isaac. **Suspeitas de lavagem de dinheiro cresceram 40% em 2020, diz Febraban**. 2020. Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/economia/2020/10/4884892-suspeitas-de-lavagem-de-dinheiro-cresceram-40--em-2020-diz-febraban.html>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

SILVA, Eduardo Araújo de. **Crime Organizado: procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2017.

TAVEIRA, Daniel P. **O crime de lavagem de dinheiro no Brasil: Considerações acerca das mudanças provenientes da Lei 12.683/12**. Jusbrasil, 2015. Disponível em: <<https://bsbdan.jusbrasil.com.br/artigos/229160546/o-crime-de-lavagem-de-dinheiro-no-brasil>>. Acesso em: 16 mar. 2023.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito processual penal**. 8. ed. São Paulo: Juspodivm, 2013.

TEIXEIRA, Isabella Gontijo. **A “lavagem” de capitais e a delação premiada**. 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/250857/a--lavagem--de-capitais-e-a-delacao-premiada>>. Acesso em: 25 mar. 2023.

VEIGA, Iolanda. **Os offshores e a evasão fiscal das grandes empresas e grupos econômicos**. JURISMAT, Portimão, n.º 3, 2017.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Delação premiada no projeto de reforma do Código Penal: nova roupagem, antigos problemas**. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 15, n. 60, p. 126-142, out./dez. 2012.

ZHANG, W. **Manual de prevenção e controle da Covid-19 segundo o Doutor Wenhong Zhang**. São Paulo (BR): PoloBooks; 2020.

A EFICÁCIA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS NO MUNDO DOS ATOS INFRACIONAIS

THAÍLA NOGUEIRA LINO.
Bacharelado em Direito pela
Universidade de Gurupi – UnirG⁶⁸.

FÁBIO ARAÚJO SILVA⁶⁹

(orientador)

RESUMO: Um dos temas mais discutidos na sociedade é em relação aos atos infracionais cometidos por adolescentes. Muitos desses indivíduos vêm ao longo dos últimos anos cometendo diversos delitos que acabam por afetar a ordem social. No entanto, tão importante quanto discutir sobre a natureza de um ato infracional, é analisar a eficácia das medidas socioeducativas. As medidas são encontradas no Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) que aborda entre outras questões as penalidades impostas pela lei aos jovens infratores. Frente a esse tema, o presente estudo teve a finalidade de discorrer sobre a eficácia das medidas socioeducativas no mundo dos atos infracionais. Os materiais utilizados na sua elaboração foram unicamente bibliográficos e teóricos retirados de livros, periódicos e decisões jurisprudenciais dos tribunais brasileiros. Nos resultados, ficou evidente constatar que de nada adianta ter boas medidas socioeducativas na lei, se na prática essas mesmas medidas não são amplamente efetivas. Consequência maior dessa realidade é a juventude se perdendo no mundo da criminalidade e numa vida vadia e sem rumo, causando um estrago ainda maior na comunidade. A realidade atual brasileira vem mostrando que crianças e adolescentes precisam de um cuidado mais que especial. De nada é útil uma lei importante como o ECA se na prática, as políticas públicas de amparo e desenvolvimento a esses indivíduos seja ineficaz ou negligente.

Palavras-chave: Criança e Adolescente. Infração. Penalidade. Ressocialização.

THE EFFECTIVENESS OF SOCIO-EDUCATIONAL MEASURES IN THE WORLD OF INFRINGING ACTS

ABSTRACT: One of the most discussed topics in society is in relation to the offenses committed by adolescents. Many of these individuals have come over the last few years by committing various crimes that eventually affect the social order. However, as important as discussing the nature of an offense, is to analyze the effectiveness of socio-educational measures. The measures are found in the Child and Adolescent Statute (1990) which

⁶⁸ E-mail: thaila.lino@hotmail.com

⁶⁹ Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: fabiosilva2020@yahoo.com.br

addresses among other issues the penalties imposed by the law on young offenders. Given this theme, the present study was intended to discuss the effectiveness of socio-educational measures in the world of offenses. The materials used in their elaboration were only bibliographic and theoretical taken from books, periodicals and jurisprudential decisions of the Brazilian courts. In the results, it was evident that it is no use having good socio-educational measures in the law, if in practice these same measures are not widely effective. A greater consequence of this reality is youth getting lost in the world of crime and in a bitch and aimless life, causing even greater damage to the community. The current Brazilian reality has been showing that children and adolescents need more than special care. Nothing is useful an important law like ECA if in practice, public policies of support and development to these individuals is ineffective or negligent.

Keywords: Child and teenager. Infringement. Penalty. Resocialization.

Sumário: 1. Introdução. 2. O Estatuto da Criança e do Adolescente: síntese geral. 3. Da prática do ato infracional. 3.1 Dos procedimentos jurídicos do ato infracional. 4. Medidas Socioeducativas: análise da eficácia. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A juventude se caracteriza como a fase mais produtiva do ser humano. Devido a esse fato, é nessa fase de desenvolvimento do cidadão que os jovens são mais vulneráveis a cometerem delitos. Por conta disso, o ECA trouxe em seu texto as medidas socioeducativas que se objetivam em não apenas punir aqueles que cometeram um ato infracional, mas a educá-los e reintegrá-los de volta a sociedade com um novo pensamento e postura.

No entanto, o que se tem notado nas últimas décadas, é que na prática, as medidas socioeducativas não vêm conseguindo fazer com que os jovens infratores (número cada vez mais crescente) saem de vez da criminalidade, ou que não venha a cometer novas infrações (ALMEIDA; MARINHO; ZAPPE, 2021).

Com esse cenário, esta pesquisa teve como problemática a seguinte questão: as medidas socioeducativas são eficazes na diminuição ou prevenção dos atos infracionais? Assim, o presente estudo buscou delinear a eficácia das medidas socioeducativas elencadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) aos jovens infratores. Tais medidas se objetivam em ressocializar e reintegrar o adolescente infrator no meio social e familiar.

Discutir esse assunto é de extrema importância, uma vez que a realidade brasileira nos últimos anos tem evidenciado uma enorme onde crescente de criminalidade causada

pelos jovens. Essa realidade preocupante tem sido o motivo principal de inúmeras discussões a respeito do tratamento concedido pelo Estado, pela família e pela sociedade aos jovens.

Assim, no presente trabalho, além de apresentar o processo histórico do ECA, dos atos infracionários e da análise detalhada das medidas socioeducativas, traz-se um retrato atual da eficácia dessas medidas nos jovens e na sociedade em geral, e o que essas medidas tem representado na diminuição da criminalidade cometida pelos jovens.

No que tange a metodologia utilizada, esse trabalho é uma revisão de literatura, cujo dados foram coletados em base de dados tais como Google Acadêmico e Scielo. Nos critérios de inclusão, buscou-se estudos científicos, monografias, legislação brasileira e jurisprudência. Os critérios de exclusão foram os trabalhos que fugiam do tema proposto. A coleta dos dados se deu nos meses de fevereiro e março de 2023, contendo os seguintes descritores: Ato infracional. Criança e Adolescente. Eficácia. Medida Socioeducativa.

2. O ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE (ECA): SÍNTESE GERAL

Os direitos protetivos aos menores nem sempre existiram. Durante muito tempo, crianças e adolescentes não possuíam qualquer valor. Ambos eram vistos como “adultos em miniatura”, sendo vítimas de inúmeras ações criminosas e omissões feitas pelos próprios pais ou responsáveis.

Dessa forma:

A história da infância é um pesadelo do qual, recentemente começamos a despertar. Quanto mais atrás regressamos na história mais reduzido o nível de cuidado com as crianças, maior probabilidade de que houvessem sido assassinadas, espancadas, aterrorizadas e abusadas sexualmente (BARBIANI, 2018, p. 22).

Ainda nos primórdios, a educação concedida às crianças e aos adolescentes eram feitas de várias formas. No início tinham-se os maus tratos infantis que “foram se amenizando com o passar do tempo, e com o passar dos séculos os pais ou responsáveis agiram de forma mais rigorosa e passaram a desenvolver métodos educativos, rígidos e cruéis” (RUEDA, 2021, p. 24).

No ano de 1923 foi instalado o Juizado de Menores que tinha Mello Mattos como o primeiro Juiz de Menores da América Latina. Em 1927, foi instituído o Código de Menores ou Código de Mello Mattos, que foi o primeiro documento legal a tratar da proteção dos menores de 18 anos (RUEDA, 2021).

Tal Código não abarcava todas as crianças, mas apenas aquelas que estavam em “situação irregular”. Desta feita “o Código de Menores visava estabelecer diretrizes claras para o trato da infância e juventude excluídas, regulamentando questões como trabalho infantil, tutela e pátrio poder, entre outros” (NUNES; FERNANDEZ, 2016, p. 20).

Nos anos 80 existia aproximadamente cerca de 30 milhões de crianças abandonadas e marginalizadas nas ruas brasileiras. Eram crianças que estavam na extrema pobreza e que não tinham qualquer proteção jurídica ou social efetiva. Nesse mesmo período foi promulgada a nova Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988 (BARBIANI, 2018).

Tal norma, “marcada por avanços na área social, introduz um novo modelo de gestão das políticas sociais – que conta com a participação ativa das comunidades através dos conselhos deliberativos e consultivos” (CORDEIRO, 2018, p. 30). Em seu texto, preocupa-se com a proteção das crianças e dos adolescentes. Essa proteção pode ser encontrada no art. 227; *in verbis*:

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

(BRASIL, 1988)

Com base no supracitado artigo, abriu-se espaço para uma legislação mais específica que focalizassem os menores de 18 anos. Nesse sentido, surgiu a Lei nº. 8.069/90 com a alcunha de Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Essa nova lei foi mais do que defender os interesses das crianças e adolescentes, ela veio promover a proteção integral e consagrar os princípios constitucionais, principalmente o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (OLIVEIRA, 2018).

O ECA protege todas as crianças e adolescentes sem distinção. No que tange aos mecanismos de participação, há previsão de participação em nível federal, estadual e municipal. Almeida, Marinho e Zappe (2021) destacam que o ECA é reconhecido pelo UNICEF como um dos instrumentos legislativos mais avançados do mundo sobre a matéria, ultrapassando inclusive a Convenção das Nações Unidas por prever uma parceria mais atuante entre governo e sociedade.

Em termos conceituais, de acordo com o ECA em seu art. 2º “considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade” (BRASIL, 1990). Com esse artigo se conceitua objetivamente o que seja criança e adolescente. Além disso, tem-se a exceção daqueles entre dezoito e vinte e um anos de idade, que também são amparados pelo ECA em situações excepcionais.

Para Oliveira (2018, p. 10) “a criança é uma pessoa em condição peculiar de desenvolvimento. A criança é pessoa, é cidadã, tem voz, tem vez, tem uma visão da realidade, tem uma palavra a dizer sobre ela mesma”, sobre os outros e sobre o mundo.

No aspecto da adolescência, Orth (2019, p. 41) a define como é “o que ainda não alcançou pleno desenvolvimento”. É a fase mais transformadora do ser humano, é a fase do amadurecimento intelectual e de transformações físicas, que são impactantes por toda a vida. Paula et al. (2017) afirmam que adolescente é aquele indivíduo que “está em “transformação”, ou seja, passou da fase infantil para a adolescente e prepara-se para a fase adulta, de amadurecimento, de aumento de responsabilidade e desafio”.

3. DA PRÁTICA DO ATO INFRACIONAL

O Estatuto da Criança e do Adolescente busca a proteção e o bem-estar da criança e do adolescente. Além das garantias, o ECA tenciona colocar a criança e ao adolescente no centro do desenvolvimento social, visto que esses indivíduos são o início da caminhada para uma comunidade mais justa e plena (PIAZZAROLLO, 2020).

Todavia, apesar de buscar proteger e garantir esse bem estar, e prevendo a complexidade humana, o próprio Estatuto leciona a respeito das infrações cometidas pelos seus sujeitos. Ainda que “novos” na idade e na maturidade, a criminalidade não possui faixa etária, nem sexo, nem classe social ou qualquer outra característica, podendo ser encontrada em qualquer ser humano (ALMEIDA; MARINHO; ZAPPE, 2021).

Por conta disso, existe no ECA a prática do ato infracional. Antes disso, Santos e Amaral (2019) salienta que o ECA buscou a responsabilização do adolescente e crianças de forma diferenciada. De acordo com Arantes e Tabora (2019) o cometimento do delito passou a ser encarado como fato jurídico a ser analisado, assegurando garantias processuais e penais, ou seja, os direitos inerentes a qualquer cidadão que venha a praticar um ato infracional.

Com o ECA, não se fala em “infração penal” para designar os delitos cometidos por adolescentes e sim em “ato infracional”, que se encontra incluso o crime e a contravenção penal. Para Coelho e Rosa (2017) o ECA utiliza-se do termo “atos infracionais” para designar

os delitos cometidos por adolescentes e possibilita compreender a prática do delito como um momento transitório dentro da adolescência.

Nos dizeres de Emidio, Silva e Fermoseli (2020, p. 44) “[...] considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção”. Com esse entendimento toda criança ou adolescente não cometem crime ou contravenção, mas sim praticam ato infracional, ou seja, para as crianças e os adolescentes, ato infracional é como se fosse uma infração penal (EMIDIO; SILVA; FERMOSELI, 2020).

Cabe destacar que, “segundo o Estatuto, não existe diferença entre os conceitos de ato infracional e crime, visto que ambos são condutas situadas na categoria de ato ilícito” (PIAZZAROLLO, 2020, p. 25).

O ato infracional praticado por criança irá receber as seguintes medidas:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III - matrícula e frequência obrigatória em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;

V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII - abrigo em entidade;

VIII - colocação em família substituta.

(BRASIL, 1990)

Verifica-se que o legislador tem a preocupação em tocar tanto a criança quanto sua família, porque se a criança cometeu um ato infracional, é porque a base familiar não está bem, ou seja, não estão conseguindo sustentar a criança (VOLPI, 2019). Na concepção de Dias, Arpini e Simon (2018) na verdade pode-se concluir que o desvio de comportamento tem como um dos fatores o problema social, que gera a desorganização familiar.

Tanto a criança quanto os adolescentes são considerados inimputáveis, que para a lei são todos aqueles menores de 18 anos o art. 228 da Carta Magna leciona que “são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às normas da legislação especial” (BRASIL, 1988).

Fato é que no tangente ao ato infracional, as medidas aplicadas são diferentes. Na criança, aplica-se como já supra exposto o art. 101. No caso dos adolescentes, aplica-se o art. 112.

3.1 DOS PROCEDIMENTOS JURÍDICOS DO ATO INFRACIONAL

Uma vez cometido o ato infracional, surge no Direito, vários procedimentos jurídicos na apuração e no processo. Por se tratar de criança e adolescente esses procedimentos são específicos, ou seja, são feitos exclusivamente para esses sujeitos. Inicialmente, tem-se a fase da autoridade policial.

Ao cometer um ato infracional, o adolescente somente será apreendido em duas ocasiões, conforme estabelece o art. 146 do ECA: “em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada do juiz da infância e da juventude” (BRASIL, 1990). O art. 171 dispõe que na apreensão por determinação judicial, “o próprio Juiz ordena a apreensão. Isto quer dizer que o Juiz é que terá a responsabilidade de apurar o ato infracional, isso quando não ocorrer flagrante do ato infracional” (SANTOS; AMARAL, 2019).

No art. 172 do ECA, em caso de apreensão em flagrante de ato infracional, o adolescente deverá ser levado à Delegacia de Polícia, do qual será iniciada a investigação. Acerca desse procedimento, tem-se:

O adolescente somente será apreendido em flagrante se o delito tiver sido praticado mediante violência ou grave ameaça. Isso é que vai diferenciar o procedimento. Ocorrendo o ilícito dessa forma, a autoridade policial deverá lavrar auto de apreensão, que será da seguinte forma: I – ouvirá as testemunhas; II - ouvirá o adolescente; III – fará a apreensão do produto, e de instrumentos utilizados, se houver. Poderá ser requisitado exame pericial se for necessário. Por se tratar de adolescente, utiliza-se a expressão “auto de apreensão”, mas é igual ao auto de prisão em flagrante. Não ocorrendo o delito

com violência ou grave ameaça, será lavrado termo circunstanciado pela autoridade policial (HONORATO, 2022, p. 55).

Passados as realizações das diligências, o adolescente deverá ser apresentado perante o Ministério Público com prazo de até 24 horas. Lembrando ainda que na apreensão em flagrante pela autoridade policial, “o adolescente poderá ser liberado, mediante o comparecimento dos pais ou responsáveis, que assinarão um termo de compromisso, aonde irão se responsabilizar em apresentar o infante ao Ministério Público” (ARANTES; TABORDA, 2019, p. 22).

Em caso de não liberação, só será efetivada quando se tratar de “ato infracional grave e de repercussão social” (BRASIL, 1990). Ainda nessa fase, “o representante do Ministério Público ouvirá informalmente o adolescente, estando presentes os pais ou responsáveis. Poderão estar presentes também testemunhas ou vítimas quando possível” (ARANTES; TABORDA, 2019, p. 22)

De acordo com o art. 180 do ECA, após a oitiva informal, o Promotor de Justiça poderá aplicar as seguintes providências: “a) promover o arquivamento dos autos; b) conceder a remissão; ou, c) representar à autoridade judiciária para aplicação de medida socioeducativa” (BRASIL, 1990).

O arquivamento dos autos e a remissão põe fim ao processo. Em relação a remissão, conceitua-a como “O perdão concedido pelo representante do Ministério Público ao adolescente que cometeu algum ato infracional” (GALLO; WILLAMS, 2019, p. 12). Está previsto no art. 126, do qual:

Art. 126. Antes de iniciado o procedimento judicial para a apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e conseqüências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.

Parágrafo único. Iniciado o procedimento, a concessão da remissão pela autoridade judiciária importará na suspensão ou extinção do processo.

(BRASIL, 1990)

No caso de representação, que corresponde a uma denúncia, o Promotor irá instaurar procedimento para que seja concedida alguma medida socioeducativa. Aqui se

inicia também a fase processual. Nessa fase, o respectivo adolescente possui uma série de garantias, que estão presentes no ECA e retiradas da Constituição Federal de 1988.

Entre as garantias, apresenta-se inicialmente:

Verifica-se que, havendo a formação do processo, o adolescente deverá ser devidamente citado, para que possa tomar pleno e formal conhecimento do ato infracional atribuído a este e, assim, possa formular sua defesa, pois ninguém poderá ser processado sem ter conhecimento da imputação que lhe é feita. Dessa forma, se tem presente o princípio do contraditório e da ampla defesa, elementos essenciais ao processo, uma vez que implica em democracia processual, pois está implícita a participação do indivíduo no ato do Poder Judiciário (GALLO; WILLAMS, 2019, p. 15)

Há de inserir nesta garantia, o direito a uma defesa técnica, ou seja, acompanhada de um advogado, como instrumento da ampla defesa. O art. 207 do referido Estatuto aduz que “nenhum adolescente a quem se atribua a prática de ato infracional, ainda que ausente ou foragido, será processado sem defensor” (BRASIL, 1990).

Além da defesa técnica, o adolescente infrator pode valer da defesa pessoal, onde pode fornecer a sua versão dos fatos. O mesmo pode ainda optar pelo silêncio, que será preservado e que não representará nenhum prejuízo na sua defesa.

Assegura-se também neste contexto o Princípio da Publicidade dos Atos Processuais, que possui o objetivo de garantir a inviolabilidade física e moral do adolescente, é assegurado o segredo de justiça nos processos em que envolvam menores de idade, sendo resguardadas a sua identidade e imagem (MONTE et al., 2020).

Também se menciona a garantia da celeridade do processo, do qual a Justiça da Infância e da Juventude, uma resposta rápida pelo Judiciário se faz necessária, pois está associada às possibilidades de recuperação do adolescente em conflito com a lei (BONALUME; JACINTO, 2019).

Com essas garantias, a fase processual deverá ser justa e lícita, respeitando a dignidade e a integridade do adolescente. Sendo feita o oferecimento da representação e a aceitação do juiz, será designada data para a audiência de apresentação, onde serão ouvidas todas as partes.

Nessa fase de tramitação do processo, o juiz pode manter o adolescente internado ou liberado. A internação, que é provisória, não deve passar de 45 dias, em um estabelecimento adequado. Segundo Andrade (2021, p. 10) “ao decidir-se pela internação

provisória, medida excepcional, a autoridade judiciária competente, deverá fundamentar sua decisão em indícios suficientes de autoria e materialidade”.

Por último, haverá a audiência de instrução. Nesse momento, são feitas as provas, ouve-se as testemunhas arroladas na representação e na defesa prévia. Nessa mesma audiência, ocorrem os debates (20 minutos para cada parte, promotor e defensor), chegando às alegações finais. Após essas alegações, o Juiz pronunciará a sentença (ANDRADE, 2021).

4. MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS: ANÁLISE DA EFICÁCIA

Dando prosseguimento a fase processual do tópico anterior, após a sentença dada pelo Juiz competente, dependendo da gravidade do ato infracional, o magistrado pode escolher qual a medida socioeducativa melhor será adequada para o caso concreto. As medidas socioeducativas são ações que visam a reestruturação do adolescente na sociedade e na família. É uma medida que vem evitar que o infrator venha cometer outro ato infracional (BONALUME; JACINTO, 2019).

Tais medidas podem ser analogicamente interpretadas como uma “punição” ao adolescente. É uma correção do Estado frente ao ato ilícito praticado pelo mesmo. Como no Direito Penal as sanções têm funções de ressocialização e reintegração do criminoso ao convívio social, o ECA também buscou formas de integrar esse adolescente infrator à sociedade depois de cumprida medida socioeducativa imposta (MULLER et al., 2019).

De acordo com Honorato (2022) para tentar suprir as necessidades verificadas nestes adolescentes, é que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a aplicação das Medidas Socioeducativas. O que se pensa nessas medidas é que o adolescente, ainda que inimputável, não está fora de sofrer sanções quando pratica um delito. Aqui não pode consagrar a impunidade.

Ainda de acordo com Andrade (2021) o ECA não significa a porteira aberta para impunidade, a clara definição da lei é no sentido de que nenhum adolescente a quem se atribua a um crime pode deixar de ser julgado.

No entendimento de Barros (2018) as medidas socioeducativas visam, principalmente, a inserção do adolescente na família e na sociedade, além da prevenção da delinquência. E chega à conclusão de que as medidas socioeducativas tem mais caráter de sanção do que pedagógico, visto que não se tem obtido a ressocialização do adolescente com muito sucesso.

Assim, a aplicação da medida socioeducativa é condizente ao ato ilícito cometido, ou seja, não punitivas, que possibilitem a sua educação e o claro discernimento de que aquela conduta não é aceitável perante o mundo jurídico (CASSANDRE, 2018).

É o que apresenta a presente jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. **EXECUÇÃO DE MEDIDAS SÓCIOS EDUCATIVAS - ATO INFRACIONAL** - INTERNAÇÃO POR TEMPO INDETERMINADO - ATO INFRACIONAL ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO DE HOMICÍDIO QUALIFICADO DESCRITO NO ART. 121, § 2º, INCISOS, II E IV DO CÓDIGO PENAL, POR ILAÇÃO DO ARTIGO 103, DA LEI Nº 8.069/90 PRATICADO PELO MENOR AGRAVANTE - PEDIDO DE PROGRESSÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO PARA SEMILIBERDADE - NEGATIVA DE PROGRESSÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE - DECISÃO ACERTADA E MANTIDA - AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1 - Conforme dispõe o art. 112 da Lei nº 8.069/90 (ECA), **verificada a prática de ato infracional, a autoridade poderá aplicar ao adolescente qualquer uma das medidas previstas em um dos 07 (sete) incisos, sendo que a decisão deve levar em consideração a capacidade do infrator de cumpri-la, as circunstâncias que envolveram a prática infracional e a gravidade da infração (nos termos do parágrafo único).** 2 – [...]. 3 – [...]. 4 - Destaco que **é através da punição, com a observância do critério de proporcionalidade entre a gravidade do ato infracional e a medida, que o adolescente poderá obter a sua efetiva ressocialização e reeducação, para que aprenda a conter seus ímpetos e possa ter efetiva inserção na vida em sociedade.** 5 – [...]. (TJTO, Agravo de Instrumento, 0000715-63.2023.8.27.2700, Rel. JACQUELINE ADORNO DE LA CRUZ BARBOSA, julgado em 15/03/2023, DJe 16/03/2023). (grifo meu)

Cassandre (2018) cita que as medidas socioeducativas possuem natureza jurídica sancionatória, impositiva e retributiva, porém cumprem um papel presidido pelo princípio educativo. Nesse processo educativo, utilizam-se mecanismos pedagógicos, psiquiátricos e psicológicos, objetivando, como já visto anteriormente, a proteção total do adolescente e a sua reinserção na sociedade.

Tanto é que a aplicação e a execução das medidas socioeducativas deverão levar em conta o direito da convivência familiar e comunitária, fazendo o possível para não romper os vínculos familiares e comunitários (BARROS, 2018).

As medidas socioeducativas estão elencadas no art. 112 do ECA que dispõe do seguinte texto:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

I – advertência;

II – obrigação de reparar o dano;

III – prestação de serviços à comunidade;

IV – liberdade assistida;

V – inserção em regime de semiliberdade;

VI – internação em estabelecimento educacional;

VII – qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

§1º. A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

§2º. Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

§3º. Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

(BRASIL, 1990)

O ECA separa as supras medidas em dois grupos: no primeiro estão as medidas não privativas de liberdade (advertência, reparação do dano, prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida) e no segundo grupo tem-se as medidas privativas de liberdade (semiliberdade e internação).

De acordo com o art. 115 do ECA “a advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada” (BRASIL, 1990). O termo admoestação representa “repreensão” ou “aviso”. Rueda (2021, p. 35) afirma que “diferentemente das demais, esta é a única medida que pode ser aplicada sempre que houver prova de materialidade e indícios suficientes de autoria”.

Considerada como a medida mais leve, a advertência “é uma forma de coação verbal, que os pais ou responsável estarão presentes em todo procedimento, com o objetivo de que o infrator mude e assim restabeleça a sociedade normalmente” (GONÇALVES, 2019, p. 20).

A aplicação dessa medida pode ser conferida no seguinte caso concreto:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. ATO INFRACIONAL. AMEAÇA. PRELIMINAR. AUSÊNCIA DE LAUDO INTERDISCIPLINAR. MÉRITO. AUTORIA E MATERIALIDADE CONFIRMADA. **APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE ADVERTÊNCIA.** CABIMENTO. PROPORCIONALIDADE ENTRE O ATO INFRACIONAL E A MEDIDA IMPOSTA. IMPROVIMENTO DO APELO. Fato. Provado que o apelante ameaçou, por intermédio de gestos e palavras, causar mal injusto ou grave à vítima, consistente em agredi-la com socos. **Confirmada a sentença condenatória que aplicou medida socioeducativa de advertência. [...] Caso em que vai confirmada a sentença que julgou procedente a representação e aplicou ao representado a medida socioeducativa de advertência,** pelo fato tipificado no art. 147 do Código Penal. REJEITARAM A PRELIMINAR. NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível nº 70057709263, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 27/02/2014). (grifo meu)

De acordo com esse caso, ao praticar o fato tipificado no art. 147 do CP, o jovem recebeu a medida de advertência, ou seja, um aviso de que, se continuasse a praticar ameaças à vítima, uma medida mais grave lhe seria aplicada.

Em relação a medida socioeducativa de reparar o dano, lecionada no art. 116 do ECA, é uma medida aplicada em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais. É uma medida coercitiva e educativa, pois leva o adolescente a reconhecer o erro e repará-lo (KONZEN, 2018).

Nos dizeres de Meneses (2018, p. 56) “a restituição ocorre quando existe a possibilidade de o infrator devolver o bem à vítima, ou seja, retirou de alguma forma a coisa da vítima e esta não se perdeu. Sendo assim, haverá restituição”.

Em relação ao seu objetivo, Volpi (2019) afirma o intuito da medida é despertar e desenvolver no menor o senso de responsabilidade em face do outro do que lhe pertence.

A jurisprudência abaixo confere a sua aplicação:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL. DANO (CP, ART. 163). AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. SENTENÇA QUE FIXOU MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE ADVERTÊNCIA. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA MEDIDA, INFRATOR REINCIDENTE. ATO INFRACIONAL COM REFLEXOS PATRIMONIAIS. **OBRIGAÇÃO DE REPARAR O PREJUÍZO CAUSADO À VÍTIMA.** ALTERAÇÃO QUE SE PÕE COMO ADEQUADA. EXEGESE DOS ARTS. 112, II, E 116, DO ECA. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível nº 70015563364, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ari Azambuja Ramos, Julgado em 17/08/2016) (grifo meu)

Neste caso concreto, o jovem foi advertido anteriormente por praticar ato infracional com reflexos patrimoniais, porém voltou a delinquir, razão pelo qual foi necessário a readequação da medida de Advertência para Reparação do Dano.

A medida de prestação de serviços encontrada no ECA no art. 117, tem um caráter bem socializador, onde busca a ressocialização e a consciência social do adolescente infrator, para que ele não volte a delinquir. Importante lembrar que tal medida não pode ser efetivada contra a vontade do infrator, no caso o adolescente, caso contrário configuraria em trabalho forçado, o que é proibido (BARROS, 2018).

Em relação a sua aplicabilidade, apresenta-se o presente julgado:

APELAÇÃO. **ATO INFRACIONAL.** CONDUTA ANÁLOGA AO DELITO DE CAÇA DE ANIMAIS SILVESTRES. USO DE ARMA DE FOGO DE FABRICAÇÃO CASEIRA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. **MEDIDA SOCIOEDUCATIVA ADEQUADA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO A COMUNIDADE.** SUBSTITUIÇÃO POR ADVERTÊNCIA. DESCABIMENTO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. Trata-se a conduta de abater animal silvestre, de lesão ao meio ambiente, direito indisponível de toda a coletividade, não podendo ser enquadrada como insignificante. Ademais, o abate dos animais ocorreu mediante o uso de arma de fogo, de fabricação caseira do infrator.

2. No caso, não há que se falar em aplicação de medida socioeducativa de advertência, **posto que a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade aplicada, coaduna-se**

com a natureza da infração e possui forte caráter educativo e ressocializante. Ainda mais quando evidenciado que, o adolescente reitera prática de atos infracionais, sendo o cumprimento da prestação de serviço adequada à reeducação e ressocialização do menor, lhe oportunizando aprender um ofício e sentir-se útil, mostrando-se infrutífera a aplicação de medida menos gravosa. (TJTO, Apelação Cível, 0020991-43.2018.8.27.0000, Rel. EURÍPEDES DO CARMO LAMOUNIER, 5ª TURMA DA 2ª CÂMARA CÍVEL, julgado em 07/10/2020, DJe 15/10/2020) (grifo meu).

Já medida de liberdade assistida, prevista no ECA em seus artigos 118 e 119, diz respeito em não afastar o adolescente do seu meio natural, lar, escola ou trabalho, apenas terá acompanhamento de um funcionário qualificado para orientá-lo (CASTRO, 2016).

De acordo com Moraes e Ferreira (2019) a medida de liberdade assistida visa o acompanhamento, o auxílio e a orientação do adolescente por um orientador, que deve promover socialmente o adolescente e sua família, supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente.

Ávila (2018) lembra que o Estatuto não regula prazo máximo para a manutenção da medida, subtende-se que assim, que a medida deva ser cumprida enquanto da necessidade do infrator, que será analisada junto aos relatórios entregues ao juiz pelo orientador.

Na medida do regime de semiliberdade, esta é uma medida de privação de liberdade. Tal análise se dá pelo cerceamento do direito de ir e vir do infrator, entretanto, com a ressalva de que tal medida não irá restringir integralmente o direito do adolescente (SILVA, 2019).

Sua normatização se encontra presente no art. 120 do ECA e é aplicada a adolescentes infratores que estudam e trabalham de dia e a noite recolhidos a uma entidade de atendimento (SILVA, 2019).

A presente medida pode ser aplicada de duas maneiras, a saber:

Essa medida poderá ser aplicada de duas formas: primeiro, aplica-se desde o início, pela autoridade judiciária, respeitando o processo legal; e segundo, poderá acontecer quando houver progressão de regime (ex. adolescente está internado e é beneficiado com a mudança de medida, sendo aplicada a semiliberdade). (COELHO; ROSA, 2017, p. 32)

É uma medida de natureza punitiva, que interfere na liberdade de ir e vir do infrator. Nessa medida também contará com a presença de um técnico social, que irá orientar e auxiliar o adolescente infrator e irá fazer um relatório sobre o andamento do caso (EMIDIO; SILVA; FERMOSELI, 2020).

No geral, a medida em análise busca fazer valer o direito de locomoção dos menores, estimular o cumprimento de normas de relacionamento no meio social, bem como promover trabalhos nas esferas governamentais para realização de uma política de ressocialização (EMIDIO; SILVA; FERMOSELI, 2020).

Em âmbito jurisprudencial, encontra-se:

APELAÇÃO. REPRESENTAÇÃO POR ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE PESSOAS. SEMILIBERDADE. CONCESSÃO DE ADVERTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. MEDIDA ADEQUADA. RECURSO IMPROVIDO. 1. **No caso de prática de ato infracional análogo ao crime de roubo circunstanciado, revela-se adequada a aplicação da medida socioeducativa de semiliberdade, conforme disposto no art. 120, do Estatuto da Criança e do Adolescente.** 2. [...]. 3. [...]. 4. Na hipótese vertente, o recorrente praticou ato infracional equiparado ao delito de roubo majorado pelo concurso de agentes, de forma que **a semiliberdade é a medida socioeducativa indicada frente à gravidade da sua conduta perpetrada e às suas condições pessoais.** (TJTO, Apelação Cível, 0026900-56.2020.8.27.2729, Rel. ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE, 2ª TURMA DA 2ª CÂMARA CÍVEL, julgado em 26/01/2022, DJe 09/02/2022). (grifo meu)

Por fim, encontra-se a medida de internação, encontrada nos arts. 121 a 125 do ECA. Konzen (2018) explica que a presente medida é pautada pelos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito aos adolescentes. No princípio da brevidade, diz respeito ao limite cronológico da medida de internação, ou seja, a duração desta medida deverá ocorrer o mais rápido possível, de acordo com o tempo pré-estabelecido na lei (KONZEN, 2018).

O Princípio da Excepcionalidade se sustenta na ideia de que a privação de liberdade não se constitui na melhor opção para a construção de uma efetiva ação socioeducativa em face do adolescente, somente acionável, enquanto mecanismo de defesa social, se outra alternativa não se apresentar (MULLER et al., 2019).

Por último, encontra-se o princípio da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento. Este princípio “estabelece que deve haver a proteção do menor infrator na imposição e na aplicação das medidas impostas” (MENESES, 2018, p. 57). Matos (2017) aduz que é dever do Estado promover políticas públicas que promovam a proteção da integridade física e psicológica dos internos, no ambiente da execução desta medida, uma vez que se tratam de sujeitos em formação.

Estabelecidos as medidas socioeducativas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, parte-se para a discussão central desse estudo: a sua eficácia na prática.

As medidas socioeducativas vieram para fazer com que o jovem responda judicialmente pelos atos que comete. Para que essa reintegração e ressocialização sejam bem sucedidas é preciso que essas medidas sejam efetivas e que resultem em sucesso, ou seja, é necessário que o jovem infrator saia da vida criminal e se integre a sociedade de forma mais íntegra e honesta.

Quanto às medidas socioeducativas, muitas são as críticas quanto ao seu resultado. No entanto, é importante deixar claro que tais medidas são fundamentais, pois são medidas que devem estar legalmente previstas em qualquer ordenamento jurídico, principalmente no regimento brasileiro, que sempre busca “salvar” o ser humano da criminalidade.

Para Vioto (2020) a eficácia da medida socioeducativa, está diretamente ligada à elaboração de projetos pedagógicos específicos, que respeitem o tipo de medida imposta a cada infrator, diferenciando o grupo por idade e separando-os por gravidade do ato cometido.

Em sentido prático, Meneses (2018) observa que as medidas socioeducativas estão distantes de alcançar o objetivo para que foram criadas, já que no dia-a-dia observa-se que os adolescentes recebem essas medidas e logo cometem outro ato infracional, não se conscientizando do ato que cometeu.

Ainda dentro da realidade crítica em relação a efetivação das medidas socioeducativas, encontra-se a seguinte explanação relatando a crise na interpretação do ECA:

Cumprir lembrar que, embora o número de adolescentes autores de ato infracional seja percentualmente insignificante em face do conjunto da população infanto-juvenil brasileira, a ação deste pequeno grupo tem grande visibilidade. É bom que se destaque que se está a falar de menos de um por cento da população infanto-juvenil do Brasil, se cotejados os números daqueles adolescentes

incluídos em medidas socioeducativas (de privação de liberdade e de meio aberto) com o conjunto da população com menos de dezoito anos. Ainda assim, por conta de uma crise de implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente, que resulta de uma crise de interpretação do próprio Estatuto, as insuficientes ações em face da chamada “delinquência juvenil” acabam tendo o poder de contaminação de toda a política pública de defesa dos direitos humanos da infância e da juventude brasileira, colocando em risco a proposta de funcionamento de todo sistema (NERI, 2020, p. 33).

Analisando mais especificamente cada medida, em relação a medida de advertência, “esta será bem sucedida caso seja aplicada a casos de menor gravidade e para jovens que cometeram o primeiro ato infracional, já que se trata de uma medida somente de repreensão verbal” (VOLPI, 2019).

Na medida de obrigação de reparar o dano, Vioto (2020) acredita que quando é aplicada proporciona a auto-correção do jovem infrator, uma vez que este terá que reparar as consequências de seu ato ilícito. Soma-se a isso, o fato de que terá uma satisfação e senso de punição pela vítima, que vai ser ressarcida pelo seu prejuízo.

Apesar de ser praticamente desconhecida e pouco aplicada, a reparação de danos é uma medida socioeducativa eficaz, por ser capaz de alcançar tanto a esfera jurídica do adolescente como a da vítima e, assim, dirimir o conflito existente. Se de um lado a reparação do dano pode propiciar ao adolescente o reconhecimento do prejuízo causado pelos seus atos, de outro pode garantir à vítima a reparação do dano sofrido e a certeza de que o adolescente é responsabilizado pelo Estado, por seus atos ilícitos (SARAIVA, 2021, p. 48).

Além disso, alguns doutrinadores defendem que essa medida seja ressarcida inteiramente pelo jovem infrator e não apenas pelos pais, como ocorre na maioria das vezes. Eles defendem que só assim o adolescente terá uma verdadeira consciência dos seus atos (MONTE et al., 2020).

Na medida de prestação de serviços à comunidade, é conhecida como uma das mais eficazes. Segundo Rodrigues e Oliveira (2018) observa-se que a realização dos trabalhos comunitários traz ao menor que cometeu delito responsabilidade para exercitar as atividades, sendo forte artifício para a ressocialização. Essa medida ajuda inclusive aos jovens infratores de classe média.

Nesse sentido, Matos (2017) entende que a aplicação dessa medida a menores infratores da classe média alcança excelentes resultados, pois os põe de frente com a realidade fria e palpitante das instituições públicas de assistência, fazendo-os repensar de maneira mais intensa o ato infracional por eles cometido, afastando a reincidência.

No que concerne à liberdade assistida, Muller et al. (2019) defendem que essa medida aplicada corretamente afastaria a reincidência da delinquência juvenil, contudo, deve ponderar que sua execução só será eficaz se a equipe necessária estiver efetivamente empenhada e disponível para tal fiscalização.

No entanto, são muitas as críticas a sua aplicação, pois para alguns estudiosos, principalmente da área sociológica, tal medida propicia a impunidade dos menores infratores, uma vez que não se tem uma infraestrutura adequada para que essa medida atinja a sua finalidade.

A situação atual é de amplo descrédito em relação à Liberdade Assistida, que, em alguns casos, chega a ser vista por juízes, promotores, mídia, opinião pública e até mesmo pelos próprios adolescentes como uma forma de (des) responsabilização e de impunidade. A falta de investimento na capacitação do corpo técnico encarregado de orientar os adolescentes inseridos nessa modalidade de atenção contribui para que sua efetividade como alternativa eficaz e humana à privação de liberdade seja questionada em face dos baixos níveis de eficiência e eficácia verificados no dia a dia (MATOS, 2017, p. 20).

Na medida de semiliberdade, Monte et al. (2020) afirmam que a aplicação da medida de regime de semiliberdade deve ser acompanhada de escolarização e profissionalização obrigatórias, embora e saiba também que não existem escolas suficientes e adequadas ao cumprimento dessa medida.

A medida de internação, talvez seja a mais crítica. Devido a sua característica de privação de liberdade do jovem, a internação representa a realidade brasileira da sua pior forma, ou seja, mostra claramente a deficiência do Estado, da sociedade e principalmente da família no cuidado e amparo ao jovem.

Para Coscioni et al. (2018) a situação atual é que o sistema de internação além de privar os adolescentes em conflito com a lei de sua liberdade acaba privando-os também dos direitos ao respeito, à dignidade, à privacidade, etc.

É nítido observar que no Brasil, os centros socioeducativos que agrupam esses jovens infratores não possuem estrutura física e nem humana para ressocializar esses infratores. Nesse aspecto, cabe citar:

[...] ocorre que as entidades de internação, não têm cumprido este papel, visto que não atendem sequer a previsão instituída pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A grande maioria dos sistemas de internação passa por dificuldades para atender de forma digna os jovens infratores. A falta ou, a má administração dos recursos empregados nas unidades faz com que estes adolescentes sofram maus tratos, advindos da falta de preparo apresentada pelos instrutores e orientadores, e pela falta de estrutura que as unidades apresentam como instalações inadequadas e super lotação das unidades de internamento (VIOTO, 2020, p. 28).

Saraiva (2021) ressalta que deveriam ser unidades especiais, dotadas de todos os serviços psicossociais, as mais variadas e modernas formas de terapias, sejam elas com fins exclusivamente terapêuticos ou de ocupação.

Para que essa medida seja mesmo eficaz, Volpi (2019) diz que não basta apenas colocar o jovem sob privação de liberdade, é preciso que o mesmo tenha um acompanhamento aprofundado, psicológico ou em alguns casos psiquiátricos, além de uma educação de qualidade, que o condicione a uma profissionalização.

Nos dizeres de Neri (2020), para se ter uma plena eficácia das medidas socioeducativas, é necessário um trabalho conjunto, em rede, não pode haver um garantismo isolado: o jurídico, o social e o educativo. Deve haver uma harmonia entre todos esses setores.

Na visão de Matos (2017), no que tange ao argumento de que as medidas não são eficazes, pois não são bem aplicadas, e que as falhas não advêm da normatização do sistema, mas sim da falta de despreparo por parte das instituições responsáveis pela execução das medidas, não é um argumento razoável. Primeiramente, porque a eficácia e a falta de despreparo das instituições não devem ser estudadas no mesmo pólo. Isso porque, com certeza, é sabido por todos que é necessária uma readequação no sistema de execução, um aperfeiçoamento, afinal, o direito da criança e do adolescente é recente e certamente sofrerá mudanças, mudanças essas sempre respeitando os princípios já existentes no nosso Estatuto.

Entende Honorato (2022) que a eficácia de uma medida não depende somente do agir do estado através de uma instituição, a ressocialização e a reeducação é algo que

depende, acima de tudo, da vontade do adolescente e também de um amparo familiar. As ferramentas constitucionais necessárias para a eficácia das medidas socioeducativas, que são Estatuto da Criança e do Adolescente e o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, já foram conquistados. Agora, o que se precisa é exigir o seu efetivo cumprimento, exigir e assegurar que as leis transcendam para a realidade.

Dessa forma, fica evidenciado que a aplicabilidade das medidas socioeducativas existe, conforme mostrado os julgados durante o trabalho, onde tais medidas são aplicadas nos casos em que ensejem a sua colocação. No que se refere a sua eficácia, a situação fica mais frágil, pois a depender da medida, como a internação, a sua efetivação resta duvidosa.

O Brasil, ainda que possua uma excelente lei de proteção e punição aos jovens, não possui uma prática eficaz das suas medidas socioeducativas. O caminho para se mudar esse quadro deve começar com a união de todos os membros da sociedade, do Estado, do âmbito educacional e cultural e dos centros de socioeducativo, já que são esses centros que lidam diretamente com o jovem infrator. Com essa união, abre-se caminho para uma ressocialização e reintegração do jovem infrator à sociedade e ao berço familiar, não mais tendo qualquer vestígio de uma conduta criminal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto neste trabalho, fica claro que a adolescência é uma das fases mais importantes da vida humana, principalmente porque é nessa fase que as transformações físicas e sociológicas estão mais intensas e movimentadas, fazendo com que o adolescente se transforme rapidamente, em muitos casos, em um adulto.

É nessa fase também, que muitos crimes são cometidos. Atualmente é nítido constatar que a criminalidade tem sido maior na faixa etária entre 16 a 18 anos. Muito desse quadro é um reflexo da sociedade moderna, que vem mudando valores e costumes, aumentando a desigualdade social e cultural entre os seus pares.

Por conta disso, dentre outros fatores, o Estado vem tentando coibir esse aumento de criminalidade entre os jovens. A medida mais clara nesse sentido, se encontra no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que desde 1990, ano de sua promulgação, tem se tornado a lei mais importante no que tange a esses indivíduos.

Através de medidas socioeducativas, o ECA juntamente com o Direito Constitucional vem buscando formas de incluir o jovem a uma sociedade mais justa e sadia. As medidas apresentadas nesse estudo são excelentes, se olhar no campo teórico. O que poderia ser uma solução, ainda permanece em um problema.

De nada adianta ter boas medidas socioeducativas na lei, se na prática essas mesmas medidas não são amplamente efetivas. Consequência maior dessa realidade é a juventude

se perdendo no mundo da criminalidade e numa vida vadia e sem rumo, causando um estrago ainda maior na comunidade.

A realidade atual brasileira vem mostrando que crianças e adolescentes precisam de um cuidado mais que especial. De nada é útil uma lei importante como o ECA se na prática, as políticas públicas de amparo e desenvolvimento a esses indivíduos seja ineficaz ou negligente.

É preciso que o Estado, assim como a sociedade e a família estejam empenhados em garantir a esses jovens infratores uma ressocialização digna, longe de preconceitos e obstáculos intangíveis, que só vem a piorar a situação. Encontrado a problemática desta questão, deve-se buscar de forma imediata a solução para a erradicação do aumento de criminalidade de jovens.

Programas governamentais, discussões políticas e públicas com a sociedade e com as famílias, são alguns dos caminhos que podem ser encontrados para a solução desse problema. Maior apoio educacional, juntamente com a integração do esporte e da cultura, também são ferramentas que podem ajudar o jovem não somente a sair da vida do crime, como evitar que o mesmo entre.

O problema da crescente criminalidade juvenil é um alarmante para indicar que o cenário atual não é o ideal e que se encontra longe de um progresso. Uma sociedade em que os jovens estão a sua margem, só pode trazer resultados prejudiciais rápidos a todos os seus membros.

O que se deve fazer, de forma imediata, é a real efetivação dessas medidas, buscando maiores recursos financeiros para melhor equipar os centros de educação e ressocialização, além de equipes multidisciplinares que auxiliem diariamente o jovem infrator a não mais cometer o crime.

A responsabilidade de crianças e jovens é de todos os membros da sociedade e do Estado. Por isso, não há como aceitar que esses indivíduos sejam negligenciados por aqueles que deveriam protegê-los e ampará-los, devendo garantir-lhes uma vida mais plena e de paz.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Sara Peres Dornelles; MARINHO, Juliana da Rosa; ZAPPE, Jana Gonçalves. **Atuação do Psicólogo com Adolescentes que Cumprem Medida Socioeducativa: Uma Revisão Sistemática da Literatura**. Estudos e Pesquisas em Psicologia, vol. 21, núm. 1, 2021, janeiro-abril, pp. 51-72.

ANDRADE, Anderson Pereira. **Direitos Fundamentais e Aplicação das Medidas Socioeducativas Privativas de Liberdade.** 2021. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5553>. Acesso em: 17 mar. 2023.

ARANTES, M. A.; TABORDA, F. **A medida de semiliberdade: monitorar, controlar e punir.** Revista de Políticas Públicas, Maranhão, v. 23, n. 1, p. 27-44, 2019.

ÁVILA, Laura. **As medidas socioeducativas em meio aberto e a relação com a judicialização das violências nas escolas na cidade de Porto Alegre.** 2018. 149f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) - Faculdade de Serviço Social- Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018.

BARBIANI, Ruan. **Violação de direitos de crianças e adolescentes no Brasil: interfaces com a política de saúde.** Saúde Debate, v.40, n.120, p.200-211, 2018.

BARROS, Thaís Allegretti. **A Eficácia das Medidas Socioeducativas frente à Criminalidade Infanto-Juvenil.** 2018. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014_1/t_hais_barros.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2023.

BRASIL. **Lei federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, D. F.: Diário Oficial da União.

BONALUME, B. C.; JACINTO, A. G. **Encarceramento juvenil: o legado histórico de seletividade e criminalização da pobreza.** Revista Katálysis, Santa Catarina, v. 22, n. 1, p. 160-170, 2019.

BRONDANI, Renata Petry; ARPINI, Dorian Mônica. **Experiências escolares de adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa.** Revista De Educação PUC-Campinas, 24(1), 73–88; 2019.

CASSANDRE, Andressa Cristina Chiroza. **A Eficácia das Medidas Sócio-educativas aplicadas ao Adolescente Infrator.** 2018. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/876/846>>. Acesso em: 19 mar. 2023.

CASTRO, Daniel. **A escola e o adolescente em Liberdade Assistida.** 2016. 196f. Tese (Doutorado em Educação) – Escola de Formação de Professores e Humanidades- Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Goiânia, 2016

CAVALCANTI, Luciane Paiva. **Medida socioeducativa em meio aberto: vivências e perspectivas de adolescentes e jovens.** Programa de Pós-Graduação em Serviço Social. Universidade Federal da Paraíba (UFPB), 2019.

COELHO, B. I.; ROSA, E. M. **Ato Infracional e Medida Socioeducativa: Representações de Adolescentes em L.A.** Psicologia & Sociedade, Espírito Santo, pp.163-173, 2017.

CORDEIRO, Diego Matheus Alves. **Juventude nas sombras: escola, trabalho e moradia em territórios de precariedades.** 2018. 186f. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2018.

COSCIONI, Vinicius; FARIAS, Bruno Gonçalves; ROSA, Adriana Gonçalves; KOLLER, Sandra Henrique. **O convívio de adolescentes em medida socioeducativa de internação com a equipe técnica.** Psico, 49(2), 137-147; 2018.

DIAS, A. C. G.; ARPINI, D. M. e SIMON, B. R. **Um olhar sobre a família de jovens que cumprem medidas socioeducativas.** Psicologia & Sociedade. Rio Grande do Sul, v. 23, n. 3, pp. 526-535, 2018.

EMIDIO, Ellen Quintela de; SILVA, Gabryelle Alves; FERMOSELI, André Fernando de Oliveira. **A efetividade da socioeducação de adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas.** Caderno De Graduação - Ciências Humanas E Sociais - UNIT - ALAGOAS, 6(1), 47; 2020.

GALLO, A. E.; WILLAMS, L. C. A. **Adolescentes em conflito com a lei: uma revisão dos fatores de risco para a conduta infracional.** Psicologia: Teoria e Prática, São Paulo, v. 7, n. 1, pp. 81-95, 2019.

GONÇALVES, Rosa Maria D. Bernado. **As medidas socioeducativas do ECA e da reincidência da Delinquência Juvenil.** Curitiba, 2019. Disponível em: <<http://tcconline.utp.br/wpcontent/uploads/2019/09/ASMEDIDASSOCIOEDUCATIVAS-DO-ECA-E-A-REINCIDENCIA-DA-DELINQUENCIA-JUVENIL.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2023.

HONORATO, Rafael Ferreira. **A política de currículo do Programa de Educação Cidadã Integral para o atendimento de adolescentes e jovens em cumprimento de medidas socioeducativas.** Centro de Educação (CE) - Programa de Pós-Graduação em Educação. Universidade Federal da Paraíba (UFPB), 2022.

KONZEN, Afonso Armando. **Pertinência socioeducativa – Reflexões sobre a natureza jurídica das medidas.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

MATOS, Priscila Santini de. **Aplicabilidade e Eficácia das Medidas Socioeducativas imposta ao adolescente infrator.** 2017. Disponível em: <<http://tcconline.utp.br/wpcontent/uploads/2017/05/APLICABILIDADEEEEFICACIADSMEDI DASSOCIOEDUCATIVAS-IMPOSTAS-AO-ADOLESCENTE-INFRATOR.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2023.

MENESES, Elcio Resmini. **Medidas Socioeducativas: uma reflexão jurídico-pedagógica.** 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

MONTE, F. F. C. et al. **Adolescentes autores de atos infracionais: psicologia moral e legislação.** Psicologia & Sociedade, Rio Grande do Sul, v. 23, n. 1, p. 125-134, 2020.

MORAIS, Juscislayne Bianca Tavares de; FERREIRA, Maria D'alva Macedo. **Os desafios na escolarização de adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de liberdade assistida.** Revista de Políticas Públicas, vol. 23, núm. 2, 2019, julho-, pp. 621-639.

MULLER, F. et al. **Perspectivas de adolescentes em conflito com a lei sobre o delito, a medida de internação e as expectativas futuras.** Rev. Bras. Adolescência e Conflitualidade, São Paulo, v. 1, n. 1, pp. 70-87, 2019.

NERI, Aline Patrícia. **A Eficácia das Medidas Socioeducativas aplicadas ao jovem infrator.** 2020. Disponível em: <<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-a22e6638bac2d0bb4ec3b857328c2534.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2023.

NUNES, M. B. A; FERNANDEZ, C. B. **Estado, sociedade e políticas de trabalho e emprego voltadas para os jovens no Brasil.** Revista Katálysis, Santa Catarina, v. 19, n. 1, p. 64-72, 2016.

OLIVEIRA, Bruno Castro S. **"Nenhum passo atrás": algumas reflexões em torno da redução da maioridade penal.** Serviço Social & Sociedade, São Paulo, n. 131, p. 75-88, 2018.

ORTH, Gabriela Mendes N. **A justiça juvenil restaurativa e a rede de proteção social brasileira no atendimento a adolescentes autores de ato infracional em contexto de vulnerabilidade social.** Ponta Grossa, 2019. 274f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais Aplicadas) - Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa. 2019.

PAULA, A. S; CARVALHO, E. A; CROQUE, C. R; SOUZA, K. R. **Perfil sociográfico de adolescentes que cumprem medidas socioeducativas.** Sociedade em debate, Rio Grande do Sul, v. 23, n. 1, p. 393-410, 2017.

PIAZZAROLLO, Danilo Cícero Gonçalves. **Fatores de risco e proteção presentes na vida de adolescentes cumprindo liberdade assistida: permanência e evasão escolar.** 2020.

267 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) Centro de Ciências Humanas e Naturais, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória – ES, 2020.

RODRIGUES, Diego Silva; OLIVEIRA, Marcos Cavalcante S. **Grupo como dispositivo socioeducativo: Pesquisa-intervenção com adolescentes em cumprimento de prestação de serviço à comunidade.** Revista de Psicologia, 9(1), 30-41; 2018.

RUEDA, Marjory Furlan. **O atendimento socioeducativo de adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa em meio aberto no município de Castro.** 2021. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas) - Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa, 2021.

SANTOS, E. C. AMARAL, W. R. **O direito à educação na narrativa dos/das adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa.** Serviço Social em Revista, Londrina, v. 21, n. 2, p. 397-418, 2019.

SARAIVA, João Batista Costa Saraiva. **Compêndio de Direito Penal Juvenil Adolescente e Ato Infracional.** 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

SILVA, Maria. **Violência e controle sócio penal contra adolescentes com práticas infracionais.** Revista Serviço Social & Saúde, Campinas, v.9, n. 9, 2019.

SOUZA, E. G.; ALMEIDA, M. R. **Entre o direito e o preconceito: violência institucional contra adolescente autor de ato infracional.** Sociedade em Debate, Rio Grande do Sul, v. 25, n. 2, p. 92-111, 2019.

SOUZA, J. C. **Medidas socioeducativas em meio aberto: a compreensão de jovens autores de ato infracional.** 2019. 208 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Instituto de Biociências, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Rio Claro-SP, 2019.

TAVARES, O. V. L.; FERREIRA, A. P.; OLIVEIRA, M. H. B.; GIRIANELLI, V. R.; TELLES, F. S. P. **O serviço social no campo socioeducativo: a questão da visibilidade num espaço invisível.** O Social em Questão, Rio de Janeiro, n. 44, p. 307-334. 2019.

VIOTO, Alessandra. **Dos atos infracionais praticados por crianças e adolescentes.** 2020. 81 f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2020.

VOLPI, Mário. **Sem liberdade, sem direitos: a privação de liberdade na percepção do adolescente.** São Paulo: Cortez, 2019.

A CONTRIBUIÇÃO DA CODIFICAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PROGRESSIVO NO JULGAMENTO DO BRASIL PELO CASO FAZENDA BRASIL VERDE

PATRICIA ARAUJO DE BRITO:
advogada e pós-graduanda em direito público pela faculdade Legale.

RESUMO: Esse artigo vem analisar, a partir da perspectiva da codificação e desenvolvimento progressivo das normas de Direito Internacional, o caso da condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pela inércia no que tange à fiscalização, resolução e punição dos criminosos envolvidos na implementação de trabalhos forçados e análogos à escravidão. Cumpre examinar em que medida a codificação e desenvolvimento progressivo solidificam os direitos, a ponto de relativizar a soberania dos Estados, com o objetivo de proteger as garantias dos indivíduos a nível internacional.

Palavras-chave: Codificação. Desenvolvimento Progressivo. Corte Interamericana. Soberania dos Estados. Fazenda Brasil Verde. Inércia do Estado.

ABSTRACT: This article intends to analyze, through the perspective of codification and progressive development of the rules of International Law, the case involving Brazil's condemnation by the Inter-American Court, occurred because of its inertia on inspecting, solving and punishing the criminals involved on the practice of forced labor and in conditions analogous to slavery. It is up to examine to what extent the codification and progressive development solidifies the rights, to the point of relativizing the states sovereignty, objectifying the individual guarantees protection at an international level.

Keywords: Codification. Progressive Development. Inter-American Court. States Sovereignty. Brazil Verde Farm. State Inertia.

Introdução

Visando a proteção dos direitos dos membros da sociedade internacional, assim como a solução pacífica de conflitos, fora necessário a criação de uma ordem pública internacional, que, no entanto, careceria da criação de normas expressas para que os objetivos fins fossem plenamente alcançados. Tais normas foram sistematizadas e interpretadas a partir da codificação e desenvolvimento progressivo, os quais consistem em métodos imprescindíveis para a concretização do Direito Internacional e que acabaram por ampliar o campo da aplicação das normas do Direito Internacional, ultrapassando os limites internos do estado.

Tal ampliação foi provocada por meio da produção escrita das normas do Direito Internacional, bem como dos princípios e costumes, o que, conseqüentemente, proporcionou mais clareza e segurança jurídica. Além disso, muito embora a intensificação desses métodos tenha se intensificado somente após a Segunda Guerra Mundial, sendo uma sistematização lenta, houve demasiado ganho para os membros da comunidade internacional, possibilitando que as práticas internacionais desviantes fossem submetidas às cortes internacionais, como a Corte Interamericana, por exemplo.

Sobre a Corte Interamericana, cabe ressaltar que ela é um dos três tribunais judiciais autônomos, cujo objetivo é aplicar e interpretar a Convenção Americana. Esse tribunal possui entre suas atribuições, a função contenciosa, ou seja, imputa responsabilidade internacional, caso haja eventual descumprimento das normas devidamente codificadas. Porém, para que haja a devida imputação, deve ser observado se o país está sujeito a função contenciosa da corte, como no caso do Brasil.

Como o Brasil está devidamente submetido a essa função, foi condenado a nível internacional no que tange às práticas de trabalho forçado, mais especificamente as ocorridas na Fazenda Brasil Verde, no interior do estado do Pará. O caso ficou conhecido como Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde versus Brasil, pois foi constatado que nessa fazenda, localizada município de Sapucaia, existiam práticas de labor forçado devido a quase inexistência de salário ou liberdade do empregado.

Porém, o que merece ser destacado no caso mencionado é o fato de que, embora a Corte Interamericana seja um tribunal autônomo, tal condenação só foi viabilizada devido à noção bem definida de Direito Internacional, o qual foi concretizado por meio dos institutos da codificação e desenvolvimento progressivo. Diante disso, o presente trabalho visa demonstrar em que proporção tais institutos cooperam para a proteção dos indivíduos frente às práticas que negam vigência constitucional aos direitos humanos, enfatizando sua aplicação no que se refere ao trabalho forçado constatado no caso Fazenda Brasil Verde.

1. Codificação e Desenvolvimento Progressivo no Direito Internacional

Antes de qualquer análise mais aprofundada a respeito do caso em comento, resta necessário discorrer brevemente sobre como se deu a evolução dos direitos universais em âmbito internacional.

Inicialmente, as primeiras menções a direitos individuais, sob a perspectiva de limitação dos poderes do soberano para sua proteção, ocorreram na Magna Carta da Inglaterra, no século XVI. Entretanto, inobstante o ineditismo nesse contexto, ainda eram

direitos que circunscreviam apenas os cidadãos ingleses, não se estendendo à condição humana em seu sentido geral.

Foi apenas com a Declaração de Direitos da Virgínia, nos EUA do século XVIII, e a Declaração de Direitos do Homem da França, em contexto de revolução liberalista, que surgiram as primeiras previsões legais da existência de direitos inteira e exclusivamente ligados à condição do indivíduo, enquanto seres humanos. Ou seja, direitos que abrangem qualquer ser humano, independentemente de suas condições físicas ou de origem.

A partir dessa lógica, nos períodos entre e pós-guerras mundiais, houve a necessidade de criação de uma comunidade internacional que pudesse solidificar direitos e garantias humanas de alcance mundial, a ponto de relativizar a soberania dos Estados e vinculá-los às normas internacionais, podendo os mesmos serem monitorados e cobrados em caso de desrespeito dos direitos previstos, ou falta de punição das suas respectivas violações dentro seu âmbito de atuação estatal.

A princípio, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) não trazia força de obrigação aos Estados membros, que só assinavam e concordavam com as disposições. Porém, não sentiam a carga de uma força jurídica vinculante, que efetivamente ensejasse a proteção fática dos direitos estabelecidos. Nesse momento, a comunidade entendeu pela necessidade de positivação e codificação dos direitos já existentes, trazendo outros efeitos além do da mera declaração, com a formulação e sistematização mais precisas das normas do Direito Internacional, criando, portanto, o Pacto dos Direitos Sociais e Políticos e o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Estes instituíram, pela primeira vez, possibilidades de monitoramento dos Estados.

O sistema acima apresentado se concretizou como um sistema de documentos generalistas de proteção dos Direitos Humanos. De outro lado, instituiu-se o sistema especial de proteção global dos Direitos Humanos, trazendo novos direitos, consolidados especificamente em relação a determinados indivíduos, como a Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio e a Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a mulher, dentre outras.

Nessa esfera de criação de direitos e afirmação de regras novas, ocorre o chamado desenvolvimento progressivo, pelo qual há uma interpretação das normas internacionais para além do que está linearmente positivado, resultando na preparação para implementação de novas normas, já de acordo com a evolução do direito costumeiro, incluindo a criação de novos tratados e convenções, tal qual a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e Práticas Análogas à Escravidão, que será trabalhado mais adiante. Acrescente-se que a própria criação de convenções e tratados decorre do chamado efeito cristizador da codificação, que concentra e impulsiona a força jurídica das normas sob a forma de acordos e pactos internacionais.

Permanecendo nesta lógica, de abrangência da necessidade de monitoramento e punição dos Estados, surgem os Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos, incluindo o Sistema Interamericano de proteção, tendo o Brasil reconhecido a competência da respectiva Corte Interamericana, para a submissão de casos violadores dos direitos humanos, no ano de 1998.

1.1 Panorama da Codificação e Desenvolvimento Progressivo no âmbito do Trabalho e Escravidão

Pode-se concluir, portanto, por meio da noção de Direito Internacional, que este consiste em um conjunto de normas jurídicas que regulam os estados, organizações e o próprio indivíduo, na posição jurídica/público/político das relações internacionais e, por meio dos institutos já mencionados, são elencados objetivos comuns dos membros, para poder, assim, expressá-los de forma escrita.

Os doutrinadores universalistas já asseguravam a intrínseca relação entre o Direito Internacional e esses métodos de codificação e desenvolvimento progressivo, uma vez que, para eles, a partir da noção do Direito Internacional, há um núcleo fundamental de direitos, comum aos atores e instituições internacionais. Estes, por sua vez, devem agir mediante ação coletiva em prol de objetivos universais, ou seja, aqueles princípios e aspirações que são o núcleo essencial do Direito Internacional. Essa formação se dá, sobretudo, a partir da própria codificação e desenvolvimento progressivo, visto que esses objetivos assumem forma escrita, em tratados, por exemplo, conferindo maior rigor, segurança jurídica e certeza, e intensificando o espaço de aplicação.

Como já mencionado anteriormente, em 1948 foi criada a Declaração Internacional dos Direitos Humanos e, juntamente a ela, estabelecida a Comissão de Direito Internacional, composta por 34 membros independentes, que propagam a diversidade dos sistemas jurídicos, promovendo o desenvolvimento progressivo e a codificação do Direito Internacional, de tal modo que preparam projetos de artigos sobre temas que ainda não foram regulados pela legislação.

Dessa forma, resta claro que, no âmbito internacional, são de extrema importância os métodos da codificação e desenvolvimento progressivo, os quais possuem notório papel na proteção de direitos, tendo inclusive, previsão na Carta das Nações Unidas, a qual incentiva a utilização dos institutos:

Artigo 13:

1. A Assembleia Geral iniciará estudos e fará recomendações, destinados a promover cooperação internacional no terreno político e incentivar

o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional e a sua codificação.

Tais métodos são imprescindíveis, pois regulam e interpretam princípios gerais, costume internacional, tratados, jurisprudência e doutrina, sendo esses últimos meios auxiliares. Ajudam, além disso, na proteção do trabalhador frente a práticas que negam vigência constitucional aos direitos fundamentais, como o trabalho forçado. No caso do trabalho forçado, essas aspirações comuns de proteção da dignidade e liberdade do trabalhador iniciaram-se, no âmbito internacional, por meio do amadurecimento de concepções, sobretudo, econômicas e religiosas ao longo do século XIX, tendo em vista a proibição do tráfico de escravos para as colônias.

No que diz respeito às concepções religiosas, pode-se mencionar o autor Francisco de Vitória que, desde o século XVI, discorreu sobre noções inovadoras no que tange aos direitos inerentes ao ser humano e que, aliás, respaldam a lógica do Direito Internacional. Frisamos, como exemplo, o congresso de Viena de 1815, que proibiu a escravidão, tratando das relações internacionais acerca dos Direitos Humanos e da secularização das estruturas político- jurídicas (separação entre estado e igreja).

Na doutrina, Francisco de Vitória é um verdadeiro revolucionário, visto que representou a transição entre as concepções medievais e as modernas. Afirmava que os seres humanos detinham “dignidade inviolável e não passíveis de instrumentalização, sejam castelhanos, crianças, doutos ou ignorantes” (MONTES FERNANDO, 2012, p.23), de modo que há a possibilidade de construção de uma relação entre a proibição da escravidão com a noção de Direitos Humanos, ou seja, seres humanos portadores de dignidade inviolável e domínio.

Posteriormente, ocorreu outra codificação importante, a exposta na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, que teve como finalidade proteger os direitos do ser humano nas relações de trabalho. Sobre isso, todos os itens do artigo em destaque abaixo são imprescindíveis, porém, merece atenção o item 1, uma vez que explicitamente assegura direitos aos indivíduos, tendo como pressuposto evitar o trabalho forçados, vejamos:

Artigo 23:

1. Todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Todo o homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

3. Todo o homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
4. Todo o homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

Mais tarde, em 1919 foi criada a OIT (Organização Internacional do Trabalho), decorrente do tratado de Versalhes, que tem como objetivo a promoção da justiça social. Dentre os objetivos, visa garantir dignidade ao trabalho, evitando o trabalho forçado que por si só, além de ser violação aos direitos humanos, intensifica a pobreza e impede o progresso econômico.

A codificação do trabalho forçado pelo OIT se deu, pela primeira vez em 1930, com a convenção sobre o trabalho forçado, a qual define que essa prática consiste em todo labor ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual ela não se tenha oferecido espontaneamente.

Já no ano de 1956, outra sistematização relacionada a esses tipos de práticas foi ratificada, qual seja a Convenção Suplementar sobre Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura, já referido anteriormente, que estendeu a quantidade de práticas a serem punidas.

Porém, a codificação não foi suficiente para a eliminação do trabalho escravo, necessitando de medidas preventivas a serem adotadas, medidas essas que foram possíveis a partir do desenvolvimento progressivo, pois interpretando a norma, foi possível em 2014, a ratificação de medidas por parte da OIT.

Dentre as recomendações, cabe destacar o item "d", da quarta recomendação, que dispõe sobre a necessidade de adotar medidas que informem as pessoas mais vulneráveis (afrodescendentes, analfabetos, pessoas oriundas da parte mais pobre do país) acerca do trabalho escravo, seja por meio da conscientização, proteção de práticas fraudulentas, entre outras:

Campañas de sensibilización específicas, dirigidas en particular a aquellos en situación de mayor riesgo de ser víctimas de trabajo forzoso u obligatorio, para informarles, entre otras cosas, sobre la manera de protegerse de las prácticas de contratación y empleo fraudulentas o abusivas, sobre sus derechos y responsabilidades en el trabajo y sobre la manera de obtener asistencia si la necesitan (OIT, Recomendación, 2014).

Diante do exposto, pode-se perceber o já existente movimento focado em tratar de questões relacionadas especificamente com os direitos da esfera do trabalho, repugnando e punindo práticas que destoem dessa lógica, sejam elas caracterizadoras óbvias da escravidão ou condutas análogas ou próximas a esse conceito.

2.Caso Fazenda Brasil Verde sob a Ótica da Codificação e Desenvolvimento Progressivo

O Brasil, já assinante da Carta Internacional do Direitos Humanos e, conseqüentemente, integrante do Sistema Geral de Proteção Global aos Direitos Humanos, também passou a ser membro do Sistema Interamericano de proteção, a nível regional.

Nesse contexto, foi descoberto, mediante diversas ações de investigação e fiscalização, que a denominada Fazenda Brasil Verde continha trabalhadores que estavam em condições irregulares e completamente degradantes, estando, ainda, em situações características de trabalho escravo. Alguns trabalhadores que conseguiram fugir da referida fazenda relataram fatos que possibilitaram a constatação de que havia práticas de trabalho forçado, bem como, situações de servidão por dívidas.

Concluiu-se que era uma formação contemporânea de relação de escravidão, com a implementação de salários em valor irrisório, ou inexistência de qualquer contraprestação pecuniária; ameaças de morte em caso de fuga da fazenda; cerceamento da liberdade de ir e vir dos trabalhadores; relação de endividamento com o fazendeiro; e ausência de condições mínimas de moradia, alimentação e saúde, ensejando a violação da principal garantia integrante dos Direitos Humanos: a dignidade da pessoa humana.

Inobstante existirem relatos de violações dos direitos dos trabalhadores na fazenda desde a década de 1980, o sistema interamericano só foi acionado para atuar no caso no ano de 1998, mediante a apresentação de denúncia e petição nesse sentido. Vale enfatizar que a possibilidade da interposição de petição é uma das formas de monitoramento permitidas no contexto do Sistema Regional Interamericano, tendo esta sido realizada através de alegações de que o Estado estava ciente das atrocidades ocorridas na fazenda, entretanto, permanecia inerte, sem tomar as providências adequadas e cabíveis a respeito.

A petição foi encaminhada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que elaborou recomendações, a serem metas de cumprimento que o Brasil deveria adotar e pôr em prática, devendo o Estado apresentar relatórios que demonstrassem a evolução do país nesse sentido. O prazo dado para tal fora de dois meses, prorrogado por dez vezes, não tendo ocorrido mudança positiva relevante nas investigações, reparação de danos morais ou materiais relativas às vítimas, bem como, os relatórios não trouxeram elementos que possibilitassem a constatação de uma ação positiva do Estado para resolver o caso concreto, nem para implementação de políticas de combate a esses tipos de crimes.

Sendo assim, visualizada a clara falta de atuação do Estado na resolução da demanda, a Comissão Interamericana enviou o caso para julgamento na Corte Interamericana, no ano de 2015.

Percebe-se, nessa narrativa, como a positivação e codificação dos dispositivos de vedação à violação dos direitos do homem, especificamente sob a perspectiva do trabalho em condições degradantes e em situação análoga ao trabalho escravo, é indispensável para a possibilidade real de cobrança da proteção dos referidos direitos pelo Estado. Ainda, quanto mais específicas as normas, no sentido de discriminação detalhada das condutas e sujeitos, mais óbvia fica a necessidade de cumprimento das mesmas pelo Estado.

Isso podemos ver através da gama de conceitos trazidos pela Convenção Suplementar sobre Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura, que facilitam o enquadramento da situação ocorrida no Brasil como violação dos direitos assegurados, trazendo outras práticas, que não apenas as de escravidão em seu sentido histórico, como também ações violadoras diversas, mas que também devem ser punidas como tal:

Artigo 1º

Cada um dos Estados Membros à presente Convenção tomará todas as medidas, legislativas e de outra natureza, que sejam viáveis e necessárias, para obter progressivamente e logo que possível a abolição completa ou o abandono das instituições e práticas seguintes, onde quer ainda subsistam, enquadrem-se ou não na definição de escravidão assinada em Genebra, em 25 de setembro de 1926:

§1. A servidão por dívidas, isto é, o estado ou a condição resultante do fato de que um devedor se haja comprometido a fornecer, em garantia de uma dívida, seus serviços pessoais ou os de alguém sobre o qual tenha autoridade, se o valor desses serviços não for

eqüitativamente avaliado no ato da liquidação da dívida ou se a duração desses serviços não for limitada nem sua natureza definida.

§2. A servidão, isto é, a condição de qualquer um que seja obrigado pela lei, pelo costume ou por um acordo, a viver e trabalhar numa terra pertencente a outra pessoa e a fornecer a essa outra pessoa, contra remuneração ou gratuitamente, determinados serviços, sem poder mudar sua condição.

§3. Toda instituição ou prática em virtude da qual:

§4. Uma mulher é, sem que tenha o direito de recusa, prometida ou dada em casamento, mediante remuneração em dinheiro ou espécie entregue a seus pais, tutor, família ou a qualquer outra pessoa ou grupo de pessoas.

§5. O marido de uma mulher, a família ou clã deste têm o direito de cedê-la a um terceiro, a título oneroso ou não.

§6. A mulher pode, por morte do marido, ser transmitida por sucessão a outra pessoa.

§7. Toda instituição ou prática em virtude da qual uma criança ou um adolescente de menos de dezoito anos é entregue, quer por seus pais ou um deles, quer por seu tutor, a um terceiro, mediante remuneração ou sem ela, com o fim da exploração da pessoa ou do trabalho da referida criança ou adolescente.

A codificação e o desenvolvimento progressivo redimensionam e expandem a área de atuação do Direito Internacional, bem como, fortificam suas previsões, atribuindo força normativa suficiente para intervir, perpassando a soberania de um país, em vista da promoção do cumprimento de suas normas, em favor de todos os indivíduos que têm seus direitos fundamentais desrespeitados.

É interessante perceber como a Ordem Internacional não se limita a reproduzir os costumes e núcleo essencial dos direitos a nível internacional, ela também determina e cria direitos novos, mediante seu desenvolvimento progressivo que, por sua vez, influenciam o Direito interno dos Estados, fortificando-se ainda mais. Nota-se essa modificação interna na situação em comento, quando percebemos que, enquanto signatário da Convenção Suplementar sobre Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura, o Brasil internalizou os direitos ali descritos e acrescentou o art. 149 ao Código Penal Brasileiro:

Art. 148 - Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado: (Vide Lei nº 10.446, de 2002)

Pena - reclusão, de um a três anos.

Sendo assim, é um movimento de desenvolvimento progressivo contínuo e ilimitado que transpassa o liame do internacional para o nacional, a partir do momento que ele não apenas inclui normas no âmbito internacional, mas também toma proporções muito maiores, adentrando os ordenamentos jurídicos dos países ratificadores das convenções, declarações, tratados etc. Tal fenômeno fortalece a vinculação do Estado ao cumprimento dos estabelecimentos legais, visto que estes tornam-se presentes tanto externa, quanto internamente.

Isto posto, há o que se chama de efeito clarificador, através do qual as normas internacionais, baseadas em regras costumeiras, passam a basear, elas mesmas, novos costumes, em uma atuação inversa da usual, visto que majoritariamente, as normas internacionais apenas replicam os referidos costumes, ao invés de inspirá-los. *In verbis*:

(...) uma vez codificada, isto é, passada a escrito (ou transcrita), **a norma preexistente, na sua nova roupagem, poderá espoletar processos costumeiros ulteriores, de harmonia com as solicitações da comunidade internacional em cada momento**, ou até servir de "guiding light" para a jurisprudência internacional. Com o que, aliás, se demonstra que, ao contrário do que pretendem certos autores, a codificação não "para o tempo"; bem ao invés, ela cadencia o tempo do desenvolvimento do direito (...) (grifo nosso) (ALMEIDA, 2012, p. Pág. 08).

Diante de todo o exposto, percebe-se que não poderia haver um monitoramento e cobrança do Brasil, em relação aos direitos dos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, se não houvesse a codificação prévia vedando a caracterização de relação de trabalho próxima à escravidão. Assim, sua obrigação frente à Corte Interamericana se dá em função de o país ser um signatário dos dispositivos globais gerais e específicos, bem como, por estar duplamente vinculado ao Direito interno e ao externo

Prosseguindo, já em sede da Corte Interamericana, o Estado apresentou sua defesa, contendo dez exceções preliminares, tendo algumas sido parcialmente acatadas pela Corte. Destaquemos a preliminar que versava sobre a incompetência *ratione temporis*, pela qual o Brasil alegava que não poderia ser condenado a respeito de fatos ocorridos antes do reconhecimento de jurisdição da Corte Interamericana, feito na data de 10 de dezembro de 1998. Nesse sentido, e focando no pressuposto de voluntariedade dos

Estados à assinatura de quaisquer que sejam as convenções ou tratados, segue o entendimento da Corte a esse respeito:

O Brasil reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana em 10 de dezembro de 1998 e, em sua declaração, afirmou que o Tribunal teria competência sobre “fatos posteriores” a este reconhecimento. 43 Com base no anterior e no princípio de irretroatividade, a Corte não pode exercer sua competência contenciosa para aplicar a Convenção e declarar uma violação a suas normas quando os fatos alegados ou a conduta do Estado que poderiam representar sua responsabilidade internacional são anteriores a este reconhecimento da competência. 44 **Por essa razão, permanecem fora da competência do Tribunal os fatos ocorridos antes do reconhecimento da competência contenciosa da Corte por parte do Brasil** (grifo nosso) (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016).

Por fim, tendo assumido incompetência para julgamentos de situações ocorridas antes de 1998, devido ao fato de que o Brasil ainda não havia reconhecido a competência da Corte Interamericana até esse ano, percebe-se mais evidente a indispensabilidade da concordância estatal para que a vinculação venha a ocorrer efetivamente. Essa indispensabilidade que, por sua vez, pressupõe necessariamente a positivação dos direitos, seja mediante tratados, pactos ou convenções, demonstrando novamente a codificação e desenvolvimento progressivo como os principais responsáveis pela obrigatoriedade do cumprimento das normas.

3. Julgamento do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos

Considerando que as recomendações feitas pela Comissão Interamericana não surtiram os efeitos desejados, ela procedeu o envio do caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sendo assim, a partir da exposição das codificações ocorridas ao longo dos anos, bem como da influência do desenvolvimento progressivo na proteção efetiva dos direitos, além da noção bem definida entre os estados sobre o Direito Internacional, foi possível a condenação do Brasil em contexto internacional pela Corte Interamericana, a respeito das práticas de trabalho forçado ocorridas dentro da Fazenda Brasil Verde, em que pese a incompetência *ratione temporis* da Corte.

O Brasil foi condenado por terem sido constatadas, como já explanado, práticas de labor a partir de ameaças, de tal modo que inexistia liberdade por parte do empregado, bem como a existência de remuneração ou salário ínfimo. Além disso, foi observado o endividamento dos trabalhadores com o empregador em troca de moradia, alimentação e saúde, de maneira que tais ações negaram vigência aos dispositivos da Declaração

Americana de Direitos e Deveres do Homem, da OIT, bem como o artigo 1º, §1º, da Convenção Suplementar sobre Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura, sem falar do próprio art. 149 do Código Penal Brasileiro.

Um dos pontos que merecem ser elencados da fundamentação da Corte sobre a condenação é o fato de a imputação ter tido como uma das bases a omissão do estado brasileiro em adotar medidas de prevenção e resposta, além do descaso em fornecer mecanismos jurídicos para que houvesse a proteção dos direitos e a devida punição dos responsáveis. Merece atenção por tal argumento ser intrínseco ao desenvolvimento progressivo, já que observou não só as regras do Direito Internacional, mas também os princípios comuns elencados na sua codificação.

Assim, tendo em vista o papel finalístico dos princípios, há no caso em análise dois princípios importantes, a dignidade da pessoa humana e liberdade. Princípios esses que possuem relação com os objetivos comuns das organizações internacionais, o que nos permite dizer que passa a ser papel do estado observar cada vez mais medidas para que esses direitos sejam protegidos. Isso justamente por se tratar de princípios projetados para o futuro, que visam um objetivo em comum, sendo insuficiente apenas a referida punição, mas também um comprometimento do Estado com vistas a mudar a realidade em comento, para garantir a não repetição das práticas violadoras.

Ademais, desde o advento dos direitos econômicos, sociais e culturais, direitos de segunda geração, a Ordem Internacional apresenta uma perspectiva de proteção positiva do Estado, buscando a igualdade material, em contraposição ao ideal liberalista de igualdade formal, que pregava a necessidade de completa abstenção do Estado para garantir a liberdade dos indivíduos. Na lógica atual, o Estado não apenas deve se abster, em respeito aos direitos individuais, mas, principalmente, deve promover políticas de efetivação desses direitos, mediante fiscalização, reparação em relação às vítimas e punição em relação aos autores das práticas violadoras.

Assim, a Corte Interamericana acertadamente decidiu o caso, já que era dever do país promover o princípio, de forma que deveria ter adotado comportamentos que visassem à concretização da dignidade das vítimas do trabalho forçado ocorrido na Fazenda Brasil Verde, face a clara inércia estatal nesse sentido.

A decisão, portanto, de acordo com o viés principiológico prospectivo, obrigou o Brasil a adotar reformas legislativas e políticas públicas que transponham os obstáculos à realização de justiça no âmbito penal, a realizar a investigação e persecução criminal dos envolvidos na prática de crimes de trabalho escravo, trabalho forçado, servidão por dívidas e tráfico de pessoas que venham a ocorrer.

Em relação ao caso em específico, a Corte condenou o Brasil a indenizar individualmente as 128 vítimas resgatadas durante as fiscalizações do Ministério Público do Trabalho, tendo sido obrigado, também, a restituir os direitos das vítimas, com medidas de satisfação e garantias de não repetição; investigar, processar e responsabilizar todos os envolvidos nas violações de direitos humanos das vítimas do presente caso; publicar e divulgar a sentença; e promover a chamada Reparação Simbólica, nos seguintes termos:

Como medida simbólica de reparação o Estado brasileiro deverá promover a instalação de uma placa localizada em órgão público da cidade de Sapucaia, local dos fatos e região com alto índice de resgate de trabalhadores submetidos a condição análoga à de escravo, com o objetivo de estabelecer um marco que expresse não apenas a memória dos fatos, mas a informação sobre o resultado da denúncia internacional das graves violações de direitos humanos relacionadas ao trabalho escravo, concretizado por meio da sentença dessa honorável Corte Interamericana (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016).

Conclusão

Como já explanado, em outro momento da Ordem Jurídica Internacional não havia a efetiva obrigatoriedade de proteção fática das garantias fundamentais, visto existir apenas o efeito declaratório da codificação, mediante o advento da Declaração Internacional de Direitos Humanos. Tal efeito apenas trazia a reafirmação das garantias, sem, contudo, haver mecanismos de monitoramento e cobrança dos Estados nesse sentido.

Após a criação do Pacto de Direitos Sociais e Políticos e do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os referidos mecanismos foram implementados, incluindo relatórios, comunicações interestatais, inclusive petições individuais, pleiteando a proteção de direitos que estejam sendo violados pelo Estado ou não tendo as respectivas práticas violadoras punidas, em função da inércia estatal.

Nesse contexto, é a codificação e o desenvolvimento progressivo que possibilitam o estabelecimento e solidificação dos direitos enquanto garantias fundamentais, em conjunto com a expressão voluntária de comprometimento dos estados em ratificá-las, e ensejam, dentre outros, a submissão dos estados a julgamento de cortes internacionais.

A codificação e desenvolvimento progressivo também influenciam o próprio Direito Interno dos países signatários, que, em uma atuação inversa, permitem a influência dos fenômenos de codificação na própria implementação de elementos costumeiros,

consolidando ainda mais os dispositivos internacionais e trazendo mais imperatividade em relação aos mesmos.

Dentro dessa possibilidade, e já no âmbito do sistema regional de proteção internacional dos direitos, está incluso o caso da Fazenda Brasil Verde, que refletiu a situação de atos violadores da dignidade e liberdade da pessoa humana no norte do país, através da prática de submissão de trabalhadores a contextos análogos à escravidão. Esteve o Brasil, portanto, em julgamento na Corte Interamericana de Direitos Humanos, pela inércia em relação aos mencionados acontecimentos, tendo sido condenado pela violação dos estabelecimentos internacionais.

Diante de todo o exposto, fica clara a estreita relação da codificação e desenvolvimento progressivo com a punição estatal no caso Fazenda Brasil Verde. Dentro da sistemática possibilitada por esses elementos do Direito Internacional, juntamente com seus efeitos declaratório, cristizador e clarificador, surge a possibilidade de vinculação dos Estados em relação à proteção dos direitos humanos previstos tanto no sistema geral, quanto especial, de proteção global dos direitos em comento, viabilizando a proteção dos direitos humanos da forma mais abrangente e eficaz possível.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Francisco António de M.L. Ferreira. **Codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional penal**. Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra, ISSN 0303-9773, V. 88, 2, 2012, págs. 605-638.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15ª edição. São Paulo: Malheiro Editores. 2014

D'OCA, Fernando Rodrigues Montes. **Política, Direito e Relações Internacionais em Francisco de Vitória**. Revista Opinião Filosófica, [S.I.], v. 3, n. 1, fev. 2017. ISSN 2178-1176.

KOWALSKI, Mateus. **A "Ordem Pública Universal" como o fim da história?** Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra, ISSN 0303-9773, V. 88, 2, 2012, págs. 857-880.

OIT, **Recomendación sobre el trabajo forzoso**. Disponível em <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:3174688> Acessado em 18.09.2022.

PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O INTERESSE PÚBLICO PELA INFORMAÇÃO

RENILDO ARGÔLO NERY:

Analista Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (JFPE). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).⁷⁰

RESUMO: O presente artigo científico investigou a problemática dos limites de relativização dos direitos da personalidade diante do direito à informação (incluindo a liberdade de imprensa), com o intuito de estabelecer parâmetros que permitam, no caso concreto, distinguir situações em que a flexibilização é constitucionalmente admissível e os casos que não recebem o mesmo tratamento. A pesquisa examinou os principais julgamentos dos Tribunais Superiores brasileiros na última década a respeito do tema, com o resumo das questões debatidas em cada caso paradigmático e a tese adotada.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho emergiu do pressuposto de que o processo de devassamento das fronteiras dos direitos da personalidade tornou-se mais intenso com o advento da era tecnológica. É que, diuturnamente, por meio da imprensa e, especialmente, através da rede mundial de computadores, muitas são as situações em que há violação aos direitos da personalidade ou cerceamento da liberdade informacional, com o acionamento do Poder Judiciário para dirimir a controvérsia instaurada.

De acordo com Tartuce⁷¹, os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade (honra, nome, imagem, intimidade, vida privada, dentre outros). Os direitos personalíssimos têm por objeto os modos de ser, físicos ou morais, dos indivíduos, havendo proteção dos atributos inerentes ao ente considerado pessoa, por se tratar de direitos essenciais ao desenvolvimento nessa condição.

70 E-mail: argolo.nery@gmail.com

71 TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 8ª ed. São Paulo: Método, 2017, fl. 102.

A base constitucional dos direitos da personalidade está posta no artigo 5º, X, da Constituição Federal⁷² que, para imprimir real efetividade, garante ainda indenização por danos materiais e morais decorrentes de sua violação.

No âmbito infraconstitucional, o artigo 12 do Código Civil⁷³ estabelece que a tutela jurisdicional poderá ser preventiva ou repressiva, dando ensejo também à reclamação por perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Conforme expõe Roxana Borges⁷⁴, ao reconhecer o direito à privacidade como direito da personalidade, reconhece-se também a necessidade de proteger a esfera privada da pessoa contra a intromissão, curiosidade e bisbilhotice alheia, além de evitar a divulgação das informações obtidas por meio da intromissão indevida ou, mesmo, que uma informação obtida legitimamente seja, sem autorização, divulgada.

Noutro giro, o artigo 5º, IV, da Carta Magna, prevê que é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. O artigo 220 do mesmo diploma⁷⁵, ao tratar da comunicação social, determina que nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, devendo o direito informacional ser exercido em consonância com os demais direitos fundamentais.

Novelino⁷⁶ leciona que o texto constitucional conferiu ampla proteção à liberdade de imprensa, permitindo-se apenas limitações que encontrem sustentação nos direitos e

72 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:

(...)

X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

73 Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

74 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada. São Paulo: Saraiva, 2005, fl. 162.

75 Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

76 NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 13ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2018, fl. 909.

garantias individuais. De acordo com o doutrinador, por não ostentar caráter absoluto, esta liberdade não está imune à apreciação judicial, devendo ser exercida em harmonia com os demais direitos constitucionalmente protegidos.

Por tais razões, imprescindível o exame da atividade jurisprudencial nos últimos anos, para que se possa compreender empiricamente a maneira como o Judiciário brasileiro vem solucionando lides decorrentes do conflito entre os direitos da personalidade e a liberdade de informação, tendo em vista que os dois direitos foram igualmente previstos na Constituição de 1988, por vontade do constituinte originário.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 DO INTERESSE PÚBLICO PELA INFORMAÇÃO

Embora a pesquisa referente aos direitos da personalidade tenha cunho intrinsecamente civilista, o estudo interdisciplinar à luz das diretrizes do direito administrativo mostrou-se viável para melhor compreensão do interesse público pela informação. Tal necessidade decorre do fato de a atividade jornalística gozar do status de serviço de utilidade pública, a despeito de, na doutrina civilista nacional, poucos autores dedicarem um capítulo específico para tratar do "interesse público" como efetivo princípio.

Ora, o simples fato de o princípio do interesse público não ter sido objeto de catalogação expressa pelo artigo 37 da Carta Magna não quer dizer que não foi contemplado pelo ordenamento jurídico. Afinal de contas, todas as atividades realizadas pela Administração Pública, diretamente ou por meio de delegação, devem ter como escopo os interesses da coletividade, donde se infere a localização implícita do referido princípio no sistema jurídico constitucional.

Em decorrência da previsão contida no artigo 223 da Constituição Federal, compete ao Poder Executivo (federal) outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal. A não renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal. Além disso, o cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial.

Com efeito, compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens (artigo 21, XII, "a", da Carta Magna).

Como o serviço público de radiodifusão será prestado exclusivamente pela União, diretamente ou por meio de contrato ou ato administrativo, não resta qualquer dúvida de

que o direito de informar se submete ao pressuposto principiológico do interesse público, inerente ao direito administrativo.

Nas judiciosas ponderações de Bandeira de Melo, o interesse público, como o interesse do todo, nada mais é do que uma forma, um aspecto, uma função qualificada do interesse das partes, ou seja, não há como se conceber que o interesse público seja contraposto e antinômico ao interesse privado, caso assim fosse, teríamos que rever imediatamente nossa concepção do que seja a função administrativa.

O renomado administrativista conceitua interesse público como sendo "*o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de serem*"⁷⁷.

Em um regime democrático, o interesse público pela informação é presumido, conquanto de modo relativo, não podendo a atividade jornalística estar submetida ao crivo de conteúdo por parte do Estado⁷⁸. A publicidade das informações deve ser a regra, sendo excepcionais as hipóteses de sigilo ou de restrições⁷⁹, sempre em função do interesse

77 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27ª Ed. Rev. e At. São Paulo: Malheiros, 2010, fl. 61.

78 Nesse sentido, o STF, no bojo da ADI 2404/DF (Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 31/08/2016) declarou a inconstitucionalidade da expressão "em horário diverso do autorizado", contida no artigo 254 do ECA, por entender que as emissoras de rádio e TV gozam da "liberdade de programação", em decorrência da liberdade de informação em sentido amplo. A classificação etária do espetáculo (artigo 21, XVI, da Constituição Federal), a cargo da União, é meramente indicativa (informa ao telespectador o conteúdo inadequado para certa idade) e não se confunde com autorização estatal para exibir programas.

Sem embargo, o STJ reconhece que "*É possível, em tese, a condenação da emissora de televisão ao pagamento de indenização por danos morais coletivos, quando, ao exibir determinada programação fora do horário recomendado, verificar-se uma conduta que afronte gravemente os valores e interesse coletivos fundamentais*" (REsp 1840463/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 19/11/2019, DJe 03/12/2019).

79 O artigo 24 da Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) prevê que a informação sigilosa (aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado), em poder dos órgãos e entidades públicas, poderá ser classificada como ultrassecreta, secreta ou reservada.

O artigo 19 da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) traz a seguinte regra: "*Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.*"

público. Eventual abuso do direito à informação deve ser reparado preferencialmente por meio de retificação, direito de resposta (nos termos da Lei 13.188/2015) ou indenização pecuniária.

Como se observa, o interesse público pela informação e o banimento da censura pela Constituição de 1988 são garantias fundamentais da atividade jornalística, malgrado o artigo 220, §1º, da Carta Magna, citado em linhas pretéritas, exija o seu exercício em consonância com os direitos fundamentais da pessoa humana.

2.2 DA DISPONIBILIDADE RELATIVA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A vida privada das pessoas, especialmente nas últimas décadas, em decorrência do aperfeiçoamento e expansão horizontal dos meios de comunicação de massa, passou a ser tratada como verdadeiro objeto de negócio jurídico. São muitos os casos em que a imagem de algum artista é vinculada a determinado produto ou serviço em propagandas comerciais, ou até mesmo a vida privada de alguém é transmitida durante vinte e quatro horas por dia em rede nacional (nos chamados *reality shows*). Tudo isso leva à conclusão de que os direitos da personalidade (assim como os demais direitos fundamentais) não são absolutos, intangíveis, podendo ser objeto de relativa disponibilidade.

Embora o direito brasileiro tenha desenvolvido uma série de instrumentos preventivos e repressivos para tutelar os direitos da personalidade, há, por outro lado, pessoas que tratam a vida privada, própria ou alheia, como verdadeiro objeto de negócio jurídico. A existência de programas de televisão, sítios eletrônicos e revistas que exploram economicamente o conteúdo da vida privada das pessoas só se explica através da realização de ato negocial que tenha por objeto a privacidade, a imagem e a intimidade das pessoas.

Conforme expõe Roxana Borges⁸⁰, os direitos da personalidade não são disponíveis em sentido estrito, sendo transmissíveis apenas as expressões do uso do direito da personalidade. Ou seja, existem aspectos materiais dos direitos da personalidade que admitem transmissão, de modo limitado, em decorrência da própria dignidade da pessoa humana.

De igual maneira, Guilherme Couto de Castro⁸¹ esclarece que os direitos da personalidade são irrenunciáveis, imprescritíveis, inalienáveis, impenhoráveis e intransmissíveis, como regra geral. Sem embargo, reconhece que pode haver limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral, como ocorre nos contratos que

80 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada. São Paulo: Saraiva, 2005, fl. 11.

81 CASTRO, Guilherme Couto de. Direito Civil – Lições. 6ª Ed. Impetus: Niteroi, 2016, fls. 21/22.

limitam temporariamente, de modo tolerável (com previsão de multa, em caso de quebra do ajuste), a intimidade e a imagem dos contratados em programas de televisão.

Com efeito, o reconhecimento da autonomia privada no campo dos direitos da personalidade é de suma importância para a compreensão da sua relatividade, sendo admissível a disponibilidade do referido direito, com observância dos requisitos de existência, validade e eficácia do negócio jurídico, mantido o seu núcleo jurídico essencial, com respeito aos direitos essenciais dos contratados.

Como um princípio normativo e principiológico, a autonomia privada também possui limites intrínsecos de atuação: a ordem pública, os bons costumes e a lei, bem como o sentimento médio de pudor de determinada sociedade em certo momento histórico.

Em decorrência do reconhecimento da autonomia privada no direito civil, haverá observância dos princípios da liberdade contratual, da força obrigatória dos contratos, do efeito relativo dos contratos, do consensualismo e da natureza supletiva ou dispositiva da maioria das normas estatais do direito das obrigações, e, ainda, da teoria dos vícios de consentimento.

2.3 DA NÃO RECEPÇÃO DA LEI DE IMPRENSA PELA CARTA DE 1988

O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da ADPF 130/DF82, declarou a não recepção da chamada Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967) pela Constituição Federal de 1988.

Conforme acórdão paradigmático, a Constituição reservou à imprensa todo um bloco normativo, com o apropriado nome “Da Comunicação Social”. O corpo normativo da Constituição brasileira trata liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa como expressões sinônimas, rechaçando qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização.

De acordo com o STF, o artigo 220 da Constituição Federal de 1988 é de imediata observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do artigo 5º da mesma Constituição Federal: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à

82 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 130/DF, Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, Julgamento: 30/04/2009.

imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV).

O Supremo também destacou o fato de a manifestação do pensamento, que já era “livre” (por força do artigo 5º, IV e IX), ter recebido o qualificativo de “plena”, quando a Constituição Federal tratou da liberdade de informação jornalística (artigo 220, §1º), de modo que o texto constitucional repele qualquer espécie de censura prévia.

Ao fim, o STF reconheceu a incompatibilidade material insuperável entre a Lei 5.250/1967 e a Constituição de 1988, com a total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei de Imprensa.

Como se observa, a Constituição Federal de 1988 proíbe enfaticamente a censura de publicações jornalísticas, bem como tornou excepcional qualquer tipo de intervenção estatal na divulgação de notícias e de opiniões. A liberdade de expressão desfruta de uma posição preferencial no Estado democrático brasileiro, por ser uma precondição para o exercício esclarecido dos demais direitos e liberdades, de modo que eventual uso abusivo da liberdade informacional deve ser reparado, preferencialmente, por meio de retificação, direito de resposta ou indenização.

2.4 DA INCOMPATIBILIDADE DO “DIREITO AO ESQUECIMENTO” COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O direito ao esquecimento consiste na faculdade de impedir que um fato pretérito, ainda que verídico, seja novamente exposto ao público em geral, através da imprensa, com o escopo de proteger a vida privada do indivíduo objeto da matéria jornalística.

No âmbito internacional, o julgamento mais emblemático do direito ao esquecimento é o *Caso Lebach*, apreciado pelo Tribunal Constitucional Alemão. Ocorreu o seguinte: um condenado, após cumprir integralmente pena, ficou sabendo que determinado programa de televisão iria exibir uma matéria a respeito do crime ocorrido há muitos anos. A questão chegou até o Tribunal Constitucional, que decidiu que a exibição de documentário sobre crime notório fere o direito de personalidade do condenado quando, além de não haver significativo e atual interesse público na informação, ante o transcurso de tempo desde os fatos, for capaz de comprometer a ressocialização do indivíduo⁸³.

83 MARTINS, Leonardo. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, fls. 486/493.

Conforme lições de Gilmar Mendes⁸⁴, se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver exibidos novamente ao público os fatos que o levaram à prisão.

Sobre o tema, o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal preconiza que a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

A questão sempre foi polêmica na jurisprudência brasileira, havendo decisões nos dois sentidos, a depender do caso concreto.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do REsp 1.334.097-RJ⁸⁵, pontuou que, embora a notícia inverídica seja um obstáculo à liberdade de informação, a veracidade da notícia não lhe confere inquestionável licitude, nem transforma a liberdade de imprensa em um direito absoluto e ilimitado.

De acordo com o STJ, o interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso, a qual, certamente, encontra seu último suspiro com a extinção da pena ou com a absolvição, ambas irreversivelmente consumadas. Se os condenados que já cumpriram a pena têm direito ao sigilo da folha de antecedentes, bem como a exclusão dos registros da condenação no Instituto de Identificação, por maiores razões aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma, conferindo-lhes a lei o mesmo direito de serem esquecidos.

Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, sinalizaria uma evolução humanitária e cultural da sociedade. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, afirmando-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana.

84 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, fl. 374.

85 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.334.097-RJ, 4ª Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Julgamento: 28/05/2013.

Sem embargo, o STF, no bojo do RE 1010606/RJ86, em virada jurisprudencial, definiu que o ordenamento jurídico brasileiro não consagra o denominado direito ao esquecimento, entendido como a pretensão apta a impedir a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos, mas que, em razão da simples passagem do tempo, teriam se tornado descontextualizados ou destituídos de interesse público relevante.

A aplicação de um direito ao esquecimento afrontaria a liberdade informacional, de sorte que eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação deveriam ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais (especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral) e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.

De acordo com o STF, o direito ao esquecimento caracterizaria restrição excessiva e peremptória às liberdades de expressão e de manifestação de pensamento e ao direito que todo cidadão tem de se manter informado a respeito de fatos relevantes da história social, bem como atribuiria, de forma absoluta e em abstrato, maior peso aos direitos à imagem e à vida privada, em detrimento da liberdade de expressão, compreensão que não se compatibiliza com a ideia de unidade da Constituição.

Com base nesse entendimento, o Plenário do STF, ao apreciar o Tema 786 da repercussão geral, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário e indeferiu o pedido de reparação de danos formulado contra a recorrida.

2.5 DA DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO PRÉVIA DO INDIVÍDUO BIOGRAFADO

No julgamento da ADI 481587, o STF definiu que a autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular, não sendo compatível com a liberdade de expressão consagrada pela Carta de 1988.

Caso o biografado ou qualquer outra pessoa retratada na biografia entenda que seus direitos foram violados pela publicação, poderá valer-se de indenização pecuniária, publicação de ressalva, de nova edição com correção, ou de direito de resposta.

De acordo com o STF, a liberdade de expressão é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional, menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem.

86 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1010606/RJ, Relator: Min. Dias Toffoli, Julgamento: 11/02/2021.

87 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI 4815, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 10/06/2015.

Assim, a ação direta foi julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil⁸⁸, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes).

2.6 DA REQUISIÇÃO DIRETA DE INFORMAÇÕES BANCÁRIAS PELO FISCO

O Plenário do STF, no julgamento da ADI 2859/DF⁸⁹, entendeu que a previsão contida nos artigos 5º e 6º da Lei Complementar 105/2001⁹⁰ é constitucional, sendo

88 Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma

89 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2859, Relator: Min. Dias Toffoli, Julgamento: 24/02/2016, DJE 21/10/2016.

90 Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

§1º Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo: I– depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança; II– pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques; III– emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados; IV– resgates em contas de depósitos à vista ou a prazo, inclusive de poupança; V– contratos de mútuo; VI– descontos de duplicatas, notas promissórias e outros títulos de crédito; VII– aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável; VIII– aplicações em fundos de investimentos; IX– aquisições de moeda estrangeira; X– conversões de moeda estrangeira em moeda nacional; XI– transferências de moeda e outros valores para o exterior; XII– operações com ouro, ativo financeiro; XIII– operações com cartão de crédito; XIV– operações de arrendamento mercantil; e XV– quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente.

(...) Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

possível que o Fisco requirite das instituições financeiras informações bancárias sobre os contribuintes, sem a intermediação do Poder Judiciário.

Destacou que o ponto central da ação direta seria a alegada violação à intimidade, havendo clara confluência entre os deveres do contribuinte (o dever fundamental de pagar tributos) e os deveres do Fisco (o dever de bem tributar e fiscalizar), tendo em vista que a própria Constituição Federal (artigo 145, §1º), para dar concretude ao princípio tributário da capacidade contributiva, autorizara a administração tributária a adotar mecanismos legais para identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais.

Nesse sentido, o STF entendeu que não haveria propriamente uma quebra de sigilo, mas a “transferência de sigilo” dos bancos ao Fisco. Os segredos impostos às instituições financeiras seriam mantidos, com ainda mais razão, com relação aos órgãos fiscais integrantes da Administração Pública, submetidos à estrita legalidade⁹¹.

O Plenário destacou, em síntese, que a Lei Complementar 105/2001 possibilita o acesso de dados bancários pelo Fisco, para identificação, com maior precisão, por meio de legítima atividade fiscalizatória, do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas do contribuinte. Não permite, contudo, a divulgação dessas informações, resguardando-se a intimidade e a vida íntima do correntista.

Além de consistir em medida fiscalizatória sigilosa e pontual, o acesso amplo a dados bancários pelo Fisco exige instauração de processo administrativo fiscal. Isso por si, já atrairia para o contribuinte todas as garantias da Lei 9.784/1999 (dentre elas, a observância dos princípios da finalidade, da motivação, da proporcionalidade e do interesse público), a permitir extensa possibilidade de controle sobre os atos da Administração Pública.

A Corte também ressaltou que os Estados-Membros e os Municípios somente poderiam obter as informações previstas no artigo 6º da Lei Complementar 105/2001, uma vez regulamentada a matéria de forma análoga ao Decreto 3.724/2001, observados os seguintes parâmetros: a) pertinência temática entre a obtenção das informações bancárias

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

⁹¹ Vale destacar que o artigo 4º, §1º da Lei Complementar 105/2001 também autoriza a CPI a requisitar das instituições financeiras, sem autorização judicial, informações bancárias sobre o contribuinte. Porém, “os dados obtidos por meio da quebra dos sigilos bancário, telefônico e fiscal devem ser mantidos sob reserva. Com base nesse entendimento, o Plenário concedeu mandado de segurança para determinar ao Senado Federal que retire de sua página na Internet os dados obtidos por meio da quebra de sigilo determinada por comissão parlamentar de inquérito.” (STF. Plenário. MS 25940, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 26/04/2018).

e o tributo objeto de cobrança no procedimento administrativo instaurado; b) prévia notificação do contribuinte quanto à instauração do processo e a todos os demais atos, garantido o mais amplo acesso do contribuinte aos autos, permitindo-lhe tirar cópias, não apenas de documentos, mas também de decisões; c) sujeição do pedido de acesso a um superior hierárquico; d) existência de sistemas eletrônicos de segurança que fossem certificados e com o registro de acesso; e, finalmente, e) estabelecimento de mecanismos efetivos de apuração e correção de desvios.

2.7 DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DISCURSO DE ÓDIO (*HATE SPEECH*) OU PROPAGAÇÃO DE NOTÍCIAS FALSAS (*FAKE NEWS*)

Mais recentemente, no julgamento da AP 1044/DF92, o STF definiu que a liberdade de expressão existe para a manifestação de opiniões contrárias, jocosas, satíricas e até mesmo errôneas, mas não para opiniões criminosas, discurso de ódio (*hate speech*) ou atentados contra o Estado Democrático de Direito e a democracia.

É que a Constituição garante a liberdade de expressão, com responsabilidade, não podendo ser usada para a prática de atividades ilícitas ou para a prática de discursos de ódio, contra a democracia ou contra as instituições. Nesse sentido, são inadmissíveis manifestações proferidas em redes sociais que objetivem a abolição do Estado de Direito e o impedimento, com graves ameaças, do livre exercício de seus poderes constituídos e de suas instituições.

Ademais, conforme entendimento do STF, a garantia constitucional da imunidade parlamentar incide apenas sobre manifestações proferidas no desempenho da função legislativa ou em razão desta, não sendo possível utilizá-la como escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas.

Por sua vez, em julgamento paradigmático, o STJ93 definiu que a irresponsabilidade da imprensa ao exibir, em rede nacional, programa que veicule matéria ofensiva à honra e à dignidade de cidadão enseja dano moral indenizável e este deve ser suficiente para reparar o dano, servir de sanção da conduta praticada e coibir novos abusos.

De acordo com o STJ, a liberdade de imprensa precisa ser exercida com responsabilidade social e individual, dentro de limites éticos e legais, especialmente nos

92 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 1044/DF, Relator: Min. Alexandre de Moraes, Julgamento: 20/04/2022.

93 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo sob sigilo de justiça, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Rel. para acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, por maioria, julgado em 22/11/2022, DJe 02/02/2023.

tempos atuais, em que se vive um contexto de dualidades, tumultuado por discursos de ódio. Isso é imperativo para a construção de um país livre e democrático.

Conforme destacado durante o julgamento, o caso não tem paralelo porque não se trata de mera notícia veiculada, tampouco de mera narração de fatos criminosos mencionados na denúncia. Ao contrário, trata-se de um programa de televisão de grande repercussão, exibido em horário nobre em rede nacional, da emissora mais vista pelo país naquela época, em que, mais que a mera narrativa dos fatos da denúncia feita pelo Ministério Público, houve dramatização com cores muito mais vivas que as da própria realidade, uma simulação do ocorrido por atores profissionais, vez por outra, interrompida para exibição do testemunho de funcionários da igreja, pais de vítimas, psicólogos, autoridades policiais, dentre outros. Os prejudicados foram mostrados claramente como criminosos, pessoas sem caráter, sujeitos que usaram da figura do palhaço (tão rica para a infância) para atrair a atenção de crianças com a exclusiva intenção de abusar sexualmente delas.

A absolvição dos acusados em sentença confirmada por acórdão do Tribunal local que, inclusive, já transitou em julgado, só reforçaria a fragilidade de todo o conjunto probatório produzido à época da exibição do programa e, portanto, a inconseqüência do programa, da forma como foi feita e as desastrosas conseqüências para a vida daquelas pessoas.

Ao fim, entendeu que a sanção precisa corresponder ao grau de irresponsabilidade demonstrado, devendo-se manter o valor fixado pelo Tribunal de origem.

No julgamento da ADPF-572/DF94, o STF enumerou diversos dispositivos constitucionais e de direito internacional voltados à proteção da liberdade de expressão e concluiu que seu regime jurídico garante, por um lado, a impossibilidade de censura prévia, e, por outro, a possibilidade de responsabilização civil e penal posterior.

Ressaltou que, atualmente, existe o problema relativo às notícias falsas (*fake news*), disseminadas especialmente pelas mídias sociais. Nesse contexto, não há mais propriamente sujeitos de direito, mas algoritmos que espalham algum tipo de informação, com o escopo de prejudicar alguém. Portanto, mesmo com a preponderância que a liberdade de expressão assume, e de sua posição preferencial, seu uso em casos concretos pode se tornar abusivo. É por essa razão que o exercício legítimo da liberdade de expressão pode estar agregado a alguns condicionantes que balizam a aferição de responsabilidades civis e penais.

94 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 572 MC/DF, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 17 e 18/06/2020.

Especificamente no que diz respeito à ameaça, exige-se seriedade, gravidade e verossimilhança, sendo indispensável que o ofendido se sinta ameaçado e acredite que algo de mal lhe pode acontecer. Quando a vítima é agente público, essa exigência é mais rigorosa, pois a submissão à crítica é inerente à sua atividade. A liberdade de expressão, nesse contexto, atua como exercício de direitos políticos e de controle da coisa pública. Isso porque não pode haver privilégios ou tratamentos desiguais com o escopo de beneficiar agentes públicos que exercem o poder em nome do povo. A proibição do dissenso equivale a impor um mandado de conformidade, condicionando a sociedade à informação oficial, ou um efeito dissuasório, culminando com a aniquilação do próprio ato individual de reflexão.

Portanto, as exceções à liberdade de expressão são restritas, e seus limites estão na alteridade e na democracia. Nesse sentido, são vedados discursos racistas, de ódio, supressores de direitos e tendentes a excluir determinadas pessoas da sociedade.

O STF concluiu no sentido de que as investigações não têm como objeto qualquer ofensa ao agente público, mas devem se limitar às manifestações que denotam risco efetivo à independência do Judiciário, pela via da ameaça a seus membros e, assim, risco aos Poderes instituídos, ao Estado de Direito e à democracia. Atos atentatórios contra o STF, que incitem seu fechamento, a morte e a prisão de seus membros, a desobediência a seus atos, o vazamento de informações sigilosas, não são manifestações protegidas pela liberdade de expressão. O dissenso intolerável é aquele que visa a impor com violência o consenso.

2.8 DAS CRÍTICAS JORNALÍSTICAS DIRIGIDAS A AUTORIDADES PÚBLICAS

O STJ estabeleceu, para situações de conflito entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, entre outros, os seguintes elementos de ponderação: "(I) o compromisso ético com a informação verossímil; (II) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e (III) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (*animus injuriandi vel diffamandi*)" (REsp 801.109/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe de 12/03/2013).

Especificamente no bojo do RESP 1.325.938-SE95, ao tratar de críticas jornalísticas a decisão proferida por magistrado, o STJ definiu que a divulgação de notícia ou crítica acerca de atos ou decisões do Poder Público, ou de comportamento de seus agentes, não

95 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 1.325.938-SE. Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, por unanimidade, julgado em 23/08/2022, DJe 31/08/2022.

configuram, a princípio, abuso no exercício da liberdade de imprensa, desde que não se refiram a núcleo essencial de intimidade e de vida privada da pessoa.

Assim, a publicação de matéria jornalística que narra fatos verídicos ou verossímeis não caracteriza hipótese de responsabilidade civil, ainda que apresentando opiniões severas, irônicas ou impiedosas, sobretudo quando se tratar de figura pública que exerça atividade tipicamente estatal, gerindo interesses da coletividade, e que se refira a fatos de interesse geral relacionados à atividade pública desenvolvida pela pessoa noticiada.

A liberdade de expressão, nessas hipóteses, é prevalente, atraindo verdadeira excludente anímica, a afastar o intuito doloso de ofender a honra da pessoa a que se refere a reportagem.

De acordo com o julgado em análise, em que pese o tom ácido da referida reportagem, com o emprego de expressões como "aberração jurídica" e "descalabro", as críticas estão inseridas no âmbito da matéria jornalística de cunho informativo, baseada em levantamentos de fatos de interesse público, sem ingressar na intimidade e na vida privada do magistrado que proferiu a decisão, o que significa que não extrapola claramente o direito de crítica, principalmente porque exercida em relação a caso que ostenta gravidade e ampla repercussão e interesse social.

Desse modo, quando não ficar caracterizado o abuso ofensivo na crítica exercida pela parte no exercício da liberdade de expressão jornalística, deve-se afastar o dever de indenização, por força da "imperiosa cláusula de modicidade subjacente" a que alude a Suprema Corte no julgamento da ADPF 130/DF.

2.9 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE EXCESSOS NO EXERCÍCIO DO DIREITO DE INFORMAR

No julgamento do REsp 1.842.613-SP96, o STJ entendeu que o excesso no exercício do direito de informar é capaz de gerar dano moral ao denunciado, quando o membro do Ministério Público comete abusos ao divulgar, na mídia (em coletiva de imprensa), o oferecimento da denúncia criminal.

Com efeito, o artigo 187 do Código Civil estabelece que "*comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*"

Na circunstância em análise, para verificação da ocorrência da subsunção dos fatos à cláusula geral do abuso do direito, em virtude da realização de coletiva de imprensa,

96 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.842.613-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, por maioria, julgado em 22/03/2022.

transmitida em rede nacional, cujo pretexto era informar a apresentação de denúncia criminal contra denunciado, o Procurador da República utilizou-se de expressões e qualificações não técnicas, alheias ao objeto da denúncia, desabonadoras da honra e imagem do denunciado.

Assim, o agente, atuando dentro das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe confere (artigos 127 a 129 da Constituição Federal), não observou a função social do direito subjetivo e, ao exercitá-lo, desconsideradamente, ocasionou prejuízo a outrem.

De acordo com o referido julgado, é imprescindível, para a eficiente custódia dos direitos fundamentais, que a divulgação do oferecimento de denúncia criminal se faça de forma precisa, coerente e fundamentada. Assim como a peça acusatória deve ser o espelho das investigações nas quais se alicerça, sua divulgação deve ser o espelho de seu estrito teor, balizada pelos fatos que a acusação imputou ao denunciado, sob pena de não apenas vilipendiar-se direitos subjetivos, mas, também, e com igual gravidade, desacreditar o sistema jurídico.

Na linha desse raciocínio, o STJ entendeu que a conduta do membro do Ministério Público revelara-se inadequada, evidenciando o abuso de direito, ao caracterizar o denunciado de forma pejorativa, assim como ao anunciar a imputação de fatos que não constavam do objeto da denúncia a que se conferia publicidade por meio da coletiva.

Desse modo, concluiu o STJ que a notícia se afastara da impessoalidade necessária, retirando o tom informativo (princípio da publicidade), com agressão aos direitos personalíssimos da vítima (honra e imagem), o que gera o dever de reparação civil.

3. CONCLUSÃO

O embate entre direitos da personalidade e liberdade informacional constitui hipótese de conflito entre princípios, uma vez que a atividade midiática, por previsão constitucional expressa, é livre e plena, ao passo que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Nenhum dos direitos, todavia, é absoluto.

De acordo com Novelino⁹⁷, em sociedades democráticas e plurais, a norma constitucional resulta de pequenos pactos entre grupos representativos de setores distintos e com valores, por vezes, antagônicos. A rigor, em conflitos envolvendo esta espécie normativa, o que se pondera não são as regras em si, mas os princípios nos quais se fundamentam. A ponderação de princípios deve ser empregada como último recurso metodológico, quando os elementos interpretativos tradicionais forem insuficientes para

97 NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 13ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2018, fls. 148/149.

solucionar o problema, após atribuição de sentido aos enunciados normativos, com observância da concordância prática e do efeito integrador.

José Afonso da Silva⁹⁸, por sua vez, leciona que o regime democrático é uma garantia geral da realização dos direitos humanos, uma vez que é neste regime de governo que a liberdade encontra terreno fértil para expansão. É na democracia que o homem dispõe da mais ampla possibilidade de coordenar os meios necessários à realização de sua felicidade pessoal, libertando-se dos obstáculos que o constroem.

Como se observa, o conflito entre princípios constitucionais jamais poderia ser resolvido com a introdução de uma cláusula de exceção tradicional (fundada em critério cronológico, hierárquico ou de especialidade normativa). É que o conflito entre regras se opera no plano de validade, ao passo que a colisão entre princípios se dá na esfera dos valores, com o necessário sopesamento pelo órgão julgador, não havendo preponderância abstrata de certo mandamento de otimização com relação aos demais.

Conquanto não se possa ter a mensuração exata do peso axiológico de um princípio constitucional em comparação a outro, tal avaliação deve ser empreendida pelo magistrado como condição indispensável para que haja uma resposta estatal condizente com os ditames de equidade. Deve o Judiciário desenvolver padrões decisórios capazes de permitir que casos equivalentes recebam soluções equivalentes, à luz da segurança jurídica e da isonomia na prestação jurisdicional, com observância da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Nessa esteira de raciocínio, Robert Alexy desenvolveu a denominada Lei de Colisão, destinada a resolver eventual embate através da ponderação de precedências e pesos dos princípios conflitantes. Assim, propõe a utilização do critério da proporcionalidade, sendo que na ponderação dos princípios serão atravessadas necessariamente as fases de análise da adequação da medida, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A etapa de estudo da adequação avaliará as possibilidades fáticas que envolvem o litígio entre direitos fundamentais, verificando se há algum desvio de finalidade. Em seguida, o estágio da necessidade perquirirá se o meio escolhido era o único possível e existente para que fosse solucionado o problema, bem como se o caminho empregado foi mais benéfico à coletividade humana. Por fim, na fase da proporcionalidade em sentido estrito, analisar-se-á a relação custo-benefício entre a

⁹⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 42ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2019, fl. 236.

eleição de um princípio em detrimento de outro, bem como a dimensão da intervenção no direito fundamental relativizado⁹⁹.

Também é importante destacar que as pessoas públicas e notórias têm proteção mais flexível dos direitos personalíssimos, em decorrência do interesse social que permeia a atividade pública desempenhada, ou até mesmo da autonomia privada, no caso de pessoas que auferem lucro e prestígio com a exposição consentida da própria imagem na mídia. De modo mais restrito, estes indivíduos também dispõem de uma esfera privada para exercer sua personalidade, não podendo ser vítimas de informações falsas ou levianas, ou ser objeto de matéria jornalística sobre aspecto confidencial da sua vida privada, não abarcado pela disponibilidade relativa dos direitos da personalidade.

Embora não exista, atualmente, no Brasil, um estatuto regulamentador da atividade midiática (havendo séria controvérsia acerca da própria viabilidade constitucional da medida), o regime de responsabilidade civil extracontratual aplicável à mídia não se difere do comum. A imprensa não é imune à jurisdição estatal, nem a rede mundial de computadores se insere em um vácuo de normatividade, a permitir livre agressão à esfera jurídica alheia sem qualquer reprimenda. A divulgação de notícias desprovidas de interesse público, com a intenção deliberada de prejudicar alguém, constitui abuso da liberdade informacional, sujeitando o infrator às sanções legais.

A imprensa contribui para a consolidação do regime democrático quando atua no exercício regular do direito, com responsabilidade e ética, cobrando a observância dos princípios republicanos, divulgando informações de interesse público, fiscalizando a atuação dos Poderes e denunciando irregularidades, além de sempre franquear oportunidade para manifestação contrária dos indivíduos noticiados.

As exceções à liberdade de expressão são muito restritas, e seus limites estão na alteridade e na democracia. Para situações de conflito entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, deve se observar o compromisso ético com a informação verossímil, a preservação dos chamados direitos da personalidade (dentre os quais se incluem os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade) e a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar certas pessoas ou grupos.

O regime constitucional vigente proíbe enfaticamente a censura de publicações jornalísticas, bem como torna excepcional qualquer tipo de intervenção estatal na divulgação de notícias e de opiniões. A liberdade de expressão desfruta de uma posição preferencial no Estado brasileiro, por ser uma precondição para o exercício esclarecido dos

⁹⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, fls. 94/103.

demais direitos e liberdades. Assim, eventual uso abusivo da liberdade de imprensa deve ser reparado, preferencialmente, por meio de retificação, direito de resposta ou indenização, sem prejuízo da responsabilização dos indivíduos também na esfera penal, quando o fato for tipificado como crime.

Em um regime democrático, há presunção relativa de que a informação a ser veiculada é de interesse público, não podendo a atividade jornalística estar submetida a controle prévio de conteúdo por parte do Estado. A publicidade das informações deve ser a regra, sendo excepcionais as hipóteses de sigilo ou de restrições, com base na lei e sempre em função do interesse coletivo. A liberdade informacional pode sofrer restrições quando, por causa do seu exercício imoderado, for capaz de esvaziar o núcleo essencial do direito fundamental atingido, em descompasso com a concordância prática dos princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.334.097-RJ**, 4ª Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Julgamento: 28/05/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.842.613-SP**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, por maioria, julgado em 22/03/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 1.325.938-SE**. Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, por unanimidade, julgado em 23/08/2022, DJe 31/08/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Processo sob sigredo de justiça**. Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Rel. para acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, por maioria, julgado em 22/11/2022, DJe 02/02/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 130/DF**, Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, Julgamento: 30/04/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2859**, Relator: Min. Dias Toffoli, Julgamento: 24/02/2016, DJE 21/10/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 572 MC/DF**, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 17 e 18/06/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1010606/RJ**, Relator: Min. Dias Toffoli, Julgamento: 11/02/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP 1044/DF**, Relator: Min. Alexandre de Moraes, Julgamento: 20/04/2022.

CASTRO, Guilherme Couto de. **Direito Civil – Lições**. 6ª Ed. Impetus: Niteroi, 2016.

MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª Ed. Rev. e At. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 8ª ed. São Paulo: Método, 2017.

O USO DAS REDES SOCIAIS POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES E SEUS EFEITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

GISLAINE BARBOSA DE OLIVEIRA:
Bacharelada em Direito pela
Universidade de Gurupi – UnirG¹⁰⁰

VERÔNICA SILVA DO PADRO DISCONZI

(orientadora)

RESUMO: O termo abandono digital, objeto de estudo deste artigo, é considerado a negligência parental caracterizada pela falta de atenção dos pais em relação à segurança de seus filhos no mundo virtual, o que leva à exposição de crianças e adolescentes a uma série de riscos, incluindo cyberbullying, violência sexual e outras consequências negativas, isso leva a outras consequências, como dependência tecnológica e, em casos mais graves, suicídio. Assim, uma vez definido o abandono digital, reconhecem-se as consequências negativas deste tipo de negligência, pelo que se impõe a intervenção do Estado no sentido de mitigar os danos e proteger estas crianças e adolescentes, bem como, se necessário, alterar a situação familiar. Portanto, através de um estudo bibliográfico e qualitativo para abordar acerca da temática.

Palavras-chave: abandono digital; crianças e adolescentes; estado; negligência.

ABSTRACT: The term digital abandonment, object of study in this article, is considered parental negligence characterized by the lack of attention of parents in relation to the safety of their children in the virtual world, which leads to the exposure of children and adolescents to a series of risks, including cyberbullying, sexual violence and other negative consequences, this leads to other consequences such as technology addiction and, in more serious cases, suicide. Thus, once digital abandonment has been defined, the negative consequences of this type of negligence are recognized, which is why the State must intervene in order to mitigate the damage and protect these children and adolescents, as well as, if necessary, change the situation familiar. Therefore, through a bibliographical and qualitative study to approach about the theme.

Keywords: digital abandonment; children and adolescents; state; negligence.

INTRODUÇÃO

Uma das dificuldades mais significativas hoje é como lidar com a acessibilidade de crianças e adolescentes aos meios digitais virtuais. Isso porque a internet é cada vez mais

100 E-mail: gislaineoliveira@unirg.edu.br

utilizada por uma gama diversificada de pessoas, o que tem levado a novos conflitos e realidades a serem enfrentadas e analisadas.

As redes sociais têm um lado positivo: promovem a inclusão digital, facilitam a interação social globalizada sem fronteiras e têm o potencial de reduzir o isolamento. No entanto, é possível observar a crescente dificuldade em estabelecer, dentro da internet, fronteiras entre espaços públicos e privados.

Esse contexto negativo é mais significativo quando os usuários das redes sociais e aplicativos virtuais são crianças e adolescentes, situação que pode se tornar ainda mais problemática quando o acesso não possui as devidas orientações, limites e fiscalização.

O ordenamento jurídico brasileiro determina que os pais tenham certos poderes e deveres derivados do poder de sua família, crianças e adolescentes estão em processo de desenvolvimento, por isso são considerados em estado de fluxo. A família é responsável por zelar pela efetividade dos direitos fundamentais, cabendo-lhe assistir, educar e educar os filhos menores. Os pais devem exercer o poder familiar no interesse dos filhos, obedecendo ao princípio da proteção integral, assegurando a integridade física e psíquica de crianças e adolescentes.

Justifica-se a pesquisa, na ótica de que as crianças estão resguardadas pelo poder familiar, disposto na Constituição Federal de 1988, portanto, precisam de proteção e orientação. Assim, não se pode deixar crianças ter acesso livre a internet, visto que, a facilidade de acesso a conteúdos que não são condizentes com a idade é muito grande.

Este descuido, que coloca as crianças e os adolescentes em situação precária e pode prejudicar gravemente o seu desenvolvimento saudável, implica também a responsabilidade parental no que diz respeito ao dever de cuidado e ao regular exercício da autoridade familiar. A pesquisa, busca então analisar o ordenamento jurídico e trazer respostas coerentes acerca da temática.

No Brasil não existe uma legislação específica sobre abandono digital, por isso, por meio deste projeto, buscamos analisar a possibilidade de responsabilização de pais ou responsáveis por negligência no cuidado de seus filhos na internet em todo o mundo, bem como definir a abandono de crianças e adolescentes de acordo com a legislação brasileira vigente, identificando os riscos de exposição de crianças e adolescentes no mundo cibernético e demonstrando disposições da legislação, bem como decisões judiciais no Brasil sobre a responsabilidade dos pais pelos atos de seus filhos.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A evolução histórica do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) no Brasil tem sido marcada por importantes mudanças legais e sociais. Desde a promulgação do Código de Menores em 1927, a legislação brasileira tem passado por diversos ajustes com o objetivo de proteger os direitos de crianças e adolescentes e garantir-lhes uma vida digna.

Conforme preceitua CARVALHO (2015, p. 48):

O Código de Menores de 1927 representou uma visão de mundo marcada por uma concepção hierarquizada das relações sociais, em que os menores eram vistos como seres inferiores e carentes de tutela. A partir da promulgação da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, foi possível inaugurar um novo paradigma jurídico, que reconhece a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e agentes de sua própria história.

O Código de Menores de 1927 foi a primeira legislação brasileira que tratou especificamente dos direitos e deveres dos menores. Contudo, sua abordagem era focada na punição e na repressão aos menores infratores. O Código considerava as crianças e adolescentes como objetos de tutela do Estado e previa a internação em instituições correccionais para menores que cometessem atos infracionais. A partir da década de 1970, a crítica à política de internação e repressão aos menores infratores começou a ganhar força e a exigir mudanças na legislação.

Em 1990, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que substituiu o Código de Menores. O ECA foi um marco na legislação brasileira por ter adotado uma abordagem mais humanitária e de proteção aos direitos da criança e do adolescente. O Estatuto reconhece a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e estabelece a obrigação do Estado, da família e da sociedade em garantir-lhes proteção integral. O ECA estabelece, por exemplo, que a internação de menores deve ser a última medida a ser adotada em casos de atos infracionais.

FONSECA (2015, p. 12) disciplina acerca da temática:

O ECA é um dos marcos do constitucionalismo social brasileiro, representando um passo importante para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária. A partir do Estatuto, foram criados espaços de diálogo e de participação social, o que reforça a sua importância como instrumento de transformação social.

Desde a promulgação do ECA, diversas atualizações foram feitas na legislação para aprimorar a proteção dos direitos da criança e do adolescente. Em 2012, foi sancionada a Lei da Primeira Infância, que estabelece políticas públicas voltadas para crianças de até 6

anos de idade. Em 2015, foi promulgada a Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, que tem como objetivo aperfeiçoar o sistema de medidas socioeducativas para menores infratores. Em 2021, foi sancionada a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, que estabelece normas para inclusão social e igualdade de oportunidades para pessoas com deficiência, incluindo crianças e adolescentes.

Conceitua LIMA (2012, p. 88):

O ECA é uma legislação moderna que tem o mérito de cuidar de uma área social muito sensível, qual seja, a proteção da infância e da juventude. É uma lei avançada porque tem um conjunto de princípios e normas que garantem, de forma prioritária, os direitos fundamentais desses grupos vulneráveis

A evolução histórica do Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil mostra a importância de uma legislação que proteja os direitos da criança e do adolescente. A passagem do Código de Menores para o ECA representou um avanço significativo na proteção dos direitos das crianças e adolescentes, garantindo-lhes proteção integral e reconhecendo-os como sujeitos de direitos. As atualizações do ECA, como a Lei da Primeira Infância, a Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo e a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, têm contribuído para aprimorar a legislação e garantir mais proteção aos direitos da criança e do adolescente.

CRIANÇAS E JOVENS NO CONTEXTO DIGITAL: O USO DA INTERNET E DAS REDES SOCIAIS

Com o avanço das tecnologias de informação e comunicação, as crianças e jovens têm acesso cada vez mais precoce à internet e às redes sociais. Essas ferramentas têm um papel importante na vida desses indivíduos, que as utilizam para se comunicar com amigos e familiares, compartilhar informações e se informar sobre o mundo. No entanto, é preciso destacar que o uso inadequado e excessivo dessas ferramentas pode trazer riscos para o desenvolvimento desses jovens.

De acordo com CÉSAR; YUNES (2019, p. 5):

Os jovens que usam a internet estão em constante processo de aprendizagem, mas precisam ser orientados sobre os riscos e oportunidades que a internet oferece, assim como os meios para prevenção e enfrentamento de situações que possam causar danos a eles mesmos ou a terceiros.

Um dos principais riscos associados ao uso da internet e das redes sociais por crianças e jovens é a exposição a conteúdos inapropriados. De acordo com Araújo et al. (2017), o acesso a conteúdos violentos, pornográficos e discriminatórios pode ter efeitos negativos no desenvolvimento desses indivíduos. Além disso, é preciso lembrar que o uso excessivo dessas ferramentas pode levar a problemas de saúde mental, como a ansiedade e a depressão. Segundo Abreu et al. (2019), a dependência tecnológica é um problema crescente entre jovens brasileiros, e pode estar associada a sintomas de ansiedade e depressão.

A exposição excessiva à internet e às redes sociais pode afetar o desenvolvimento socioemocional dos jovens, especialmente no que se refere à construção de relações interpessoais saudáveis e à habilidade de lidar com conflitos (ARAÚJO et al., 2017, p. 4)

Outro aspecto importante a ser destacado é a necessidade de uma educação digital que ensine os jovens sobre o uso responsável e seguro da internet e das redes sociais. Segundo Silva et al. (2019), a educação digital deve ser pautada por valores como respeito, privacidade, ética e segurança. Essa educação pode ser realizada por meio de programas escolares, palestras e campanhas de conscientização.

Além disso, é preciso destacar o papel dos pais e responsáveis na orientação dos jovens sobre o uso da internet e das redes sociais. De acordo com César e Yunes (2019), os pais têm um papel importante na mediação do acesso à internet e na orientação sobre os cuidados necessários. Os autores destacam a importância de uma conversa aberta e franca sobre os riscos e benefícios do uso dessas ferramentas.

SILVA et al. (2019, p. 3) sobre o tema:

A educação digital pode ser um caminho para a promoção da cidadania na sociedade da informação, desde que os jovens sejam preparados para a utilização crítica e consciente das tecnologias de informação e comunicação, tendo em vista o respeito aos direitos humanos e o exercício da participação social.

Em suma, é importante lembrar que o uso da internet e das redes sociais por crianças e jovens deve ser encarado com responsabilidade e cautela. É preciso estar atento aos riscos associados a essas ferramentas, como a exposição a conteúdos inapropriados e os problemas de saúde mental. Por outro lado, é importante destacar o potencial positivo dessas ferramentas para a comunicação e a educação. Nesse sentido, é fundamental investir em uma educação digital que ensine valores éticos e respeito à privacidade, além de uma orientação adequada por parte dos pais e responsáveis.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS RESPONSÁVEIS DIANTE DA SUPEREXPOSIÇÃO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NAS REDES SOCIAIS

Com o avanço das tecnologias de informação e comunicação, o uso das redes sociais por crianças e adolescentes tem se tornado cada vez mais comum. No entanto, a exposição excessiva desses jovens na internet pode gerar diversos riscos, como cyberbullying, exposição a conteúdos inadequados e até mesmo aliciamento para crimes sexuais.

Diante desse cenário, surge a questão da responsabilidade civil dos responsáveis legais desses jovens, que devem zelar pela segurança e privacidade dos mesmos nas redes sociais. FARIAS (2020, p. 65) disciplina acerca do assunto:

A responsabilidade civil é um instrumento jurídico utilizado para regular as relações entre pessoas em sociedade. No caso da superexposição de crianças e adolescentes nas redes sociais, a responsabilidade recai sobre os pais, tutores ou responsáveis legais que devem zelar pela integridade física e moral desses menores.

Nesse contexto, é importante destacar que a legislação brasileira prevê a responsabilidade civil dos pais ou responsáveis pelos atos praticados pelos filhos menores de idade, conforme previsto no Código Civil (BRASIL, 2002). Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) estabelece que é dever dos pais zelar pelo bem-estar dos filhos, garantindo-lhes condições adequadas de vida e proteção contra qualquer forma de violência ou negligência (BRASIL, 1990).

Assim, diante da superexposição das crianças e adolescentes nas redes sociais, os responsáveis legais devem tomar medidas para garantir a privacidade e segurança desses jovens, como monitorar o acesso às redes sociais, limitar a exposição de informações pessoais e orientar os filhos sobre os riscos e perigos da internet. AINDA, SILVA (2019, p. 45):

A falta de acompanhamento dos pais ou responsáveis legais pode acarretar consequências graves para os menores, como a exposição a conteúdos impróprios e até mesmo o risco de abusos e crimes virtuais. É importante que haja uma conscientização sobre a responsabilidade civil no uso das redes sociais.

Ainda sobre o assunto, MORAES (2020, p. 89):

Os pais e responsáveis legais devem estar atentos às informações compartilhadas nas redes sociais, evitando expor a vida privada dos seus filhos e respeitando a intimidade dos mesmos. Caso contrário, podem ser responsabilizados por danos morais ou materiais.

Caso não cumpram essa responsabilidade, podem ser responsabilizados civilmente por eventuais danos causados a terceiros ou aos próprios jovens. A exposição excessiva de crianças e adolescentes nas redes sociais pode causar danos emocionais e psicológicos, além de colocá-los em situações de risco, o que reforça a necessidade da responsabilidade civil dos pais e responsáveis. (COSTA, 2020, p. 55).

NASCIMENTO (2019, p. 56), sobre a superexposição:

A superexposição de crianças e adolescentes nas redes sociais pode gerar sérios prejuízos à sua imagem e privacidade. Os pais ou responsáveis legais devem ter o cuidado de não expor os seus filhos de maneira excessiva, respeitando o direito à intimidade e à privacidade dos mesmos.

A questão da responsabilidade civil dos responsáveis diante da superexposição das crianças e adolescentes nas redes sociais é um tema atual e relevante, que tem despertado debates e reflexões na sociedade e na área jurídica. Os pais devem estar atentos à conduta de seus filhos na internet, de forma a garantir a proteção da imagem e privacidade das crianças e adolescentes, evitando exposições indevidas e possíveis responsabilidades civis. (MORAES, 2017, p. 121)

É preciso encontrar um equilíbrio entre o uso responsável e seguro da internet pelos jovens e a responsabilidade dos responsáveis legais em zelar pelo bem-estar desses mesmos jovens.

Outro aspecto relevante a ser considerado é a questão da privacidade. As crianças e adolescentes muitas vezes não têm a consciência necessária para entender as implicações de compartilhar informações pessoais na internet, o que pode colocá-los em situações de risco, como o cyberbullying e o stalking digital. Como alerta Isabela Maiolino (2017, p. 65):

A exposição excessiva e inadequada de crianças e adolescentes nas redes sociais e a falta de cuidado ao compartilhar informações pessoais, são práticas que podem trazer riscos e prejudicar a privacidade das crianças e adolescentes na internet, uma vez que informações compartilhadas virtualmente ficam expostas e disponíveis a qualquer pessoa que tenha acesso à rede mundial de computadores.

Portanto, é necessário que os responsáveis por crianças e adolescentes sejam conscientes e responsáveis no que diz respeito ao uso da internet e das redes sociais por parte desses indivíduos. Como destaca Maíra Diniz (2019, p. 186), “a utilização responsável das tecnologias é fundamental para garantir a segurança e o bem-estar das crianças e dos adolescentes, devendo ser incentivada e acompanhada pelos responsáveis”.

Nesse sentido, a responsabilidade civil dos pais ou responsáveis é uma questão que vem sendo cada vez mais discutida na justiça brasileira. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), os responsáveis por menores de idade têm o dever de vigilância e orientação em relação ao uso da internet pelos mesmos, e podem ser responsabilizados caso haja danos causados por esse uso inadequado (BRASIL, 2013).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, é fundamental que os pais ou responsáveis estejam atentos e conscientes da importância de orientar e monitorar o uso da internet e das redes sociais por parte das crianças e adolescentes. Além disso, é imprescindível que haja uma legislação clara e específica para garantir a segurança e privacidade desses indivíduos no ambiente virtual. A superexposição desses indivíduos na internet pode ter consequências graves, e a responsabilidade civil dos responsáveis é um assunto que merece ser discutido e esclarecido.

Ao longo deste artigo, foi possível discutir a importância de se compreender a responsabilidade civil dos responsáveis diante da superexposição de crianças e adolescentes nas redes sociais. O uso dessas plataformas digitais é cada vez mais frequente e isso pode acarretar em riscos que precisam ser analisados e mitigados.

Nesse sentido, é fundamental que os responsáveis entendam seu papel na proteção dos jovens, estabelecendo limites e regras para o uso da internet, monitorando suas atividades e tomando as devidas precauções. Caso contrário, podem ser responsabilizados por eventuais danos causados por suas ações ou omissões.

Assim, cabe ao poder público, à sociedade civil e aos próprios responsáveis atuarem de forma conjunta na promoção de uma cultura de segurança digital, garantindo que crianças e adolescentes possam usufruir das vantagens da tecnologia sem correrem riscos desnecessários.

É necessário, portanto, a promoção de campanhas de conscientização sobre o uso responsável das redes sociais e a criação de políticas públicas que protejam os direitos das crianças e dos adolescentes. Somente assim será possível construir um ambiente digital

seguro e saudável para essa parcela da população, tão vulnerável e exposta às consequências da superexposição nas redes sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Caroline Noronha; SANTOS, Hérica Karine Pimentel; SEBOLD, Bruna Fernanda et al. Dependência tecnológica e saúde mental em jovens: uma revisão integrativa. *Revista Brasileira de Promoção da Saúde*, v. 32, n. 2, p. 1-8, 2019.

ALMEIDA, R. C. O uso das redes sociais e a responsabilidade civil dos pais. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 13, p. 73-91, 2018.

ARAÚJO, Ana Maria Fernandes et al. Uso de tecnologia da informação e comunicação na infância e na adolescência: uma revisão integrativa. *Revista da Escola de Enfermagem da USP*, v. 51, e03231, 2017.

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

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

BRASIL. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. Estabelece princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 mar. 2016.

BRASIL. Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 jan. 2012.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 7 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.231.435/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/06/2011, DJe 01/08/2011. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=null&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3. Acesso em: 08 jul. 2021.

DINIZ, Maíra. Cyberbullying: uma análise à luz da responsabilidade civil. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). *Direito, tecnologia e informação*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 183-205.

CÉSAR, Maria Elisa Maximo; YUNES, Maria Angela Mattar. O uso da internet por crianças e adolescentes: riscos e oportunidades. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, v. 35, n. 3, p. 1-8, 2019.

COSTA, M. F. A responsabilidade civil dos pais diante da superexposição dos filhos nas redes sociais. *Revista Jurídica*, v. 23, n. 43, p. 51-63, 2020.

CARVALHO, Salo de. *Infância e Juventude*. São Paulo: Saraiva, 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAGALHÃES, Juliana. A responsabilidade civil dos pais e o uso das redes sociais pelos filhos menores. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/doutrina/civil/a-responsabilidade-civil-dos-pais-e-o-uso-das-redes-sociais-pelos-filhos-menores>. Acesso em: 19 de abril de 2023.

SOUZA, José Geraldo. Responsabilidade civil dos pais por danos causados por filhos menores no uso da internet. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27719/responsabilidade-civil-dos-pais-por-danos-causados-por-filhos-menores-no-uso-da-internet>. Acesso em: 19 de abril de 2023.

VASCONCELOS, Tereza Cristina Cavalcanti de Albuquerque. Crianças, adolescentes e o direito à privacidade no ambiente virtual. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/3zf3lhwt/xq3o0ywaO9V7rPUz.pdf>. Acesso em: 19 de abril de 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2015.

MORAES, P. C. A. Responsabilidade civil dos pais na superexposição dos filhos em redes sociais. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 11, n. 2, p. 120-138, 2017.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Comentários à Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

SILVA, Camila de Figueiredo et al. Educação digital: um caminho para a cidadania na sociedade da informação. *Revista Brasileira de Educação*, v. 24, e240011, 2019.

ANÁLISE SOBRE O TELETRABALHO DEPOIS DA REFORMA TRABALHISTA

JOÃO VICTOR DIAS SILVA.

Acadêmico do curso de Direito na
Universidade de Gurupi – UNIRG.
Gurupi/TO¹⁰¹.

PAULO IZIDIO DA SILVA REZENDE¹⁰².

(orientador)

RESUMO: Nos últimos anos, as leis do Trabalho tiveram significativas mudanças. Dentre elas, destaca-se as novidades trazidas pela Lei nº 13.467/2017 que reformou parte área. Cabe destacar que a presente norma, também conhecida como Reforma Trabalhista, não criou uma nova legislação do trabalho, mas fez mudanças estruturais fundamentais nas normativas até então vigentes. Nesse aspecto, já nesse período, trouxe maior evidência a regulamentação do teletrabalho, ou trabalho em *home office*. Esse tipo de trabalho ficou ainda mais em evidência com a expansão da Covid-19 que impactou o mundo de 2020 até a presente data. Frente a esse novo cenário, o presente estudo teve o objetivo de analisar o impacto jurídico e social que o teletrabalho trouxe para o mercado. Buscou-se compreender os pontos positivos e também negativos do teletrabalho e os desafios encarados pelos empregadores e empregados nesse cenário. Na metodologia empregada, realizou-se uma revisão da literatura, tendo como base livros, artigos científicos e normas pertinentes ao tema proposto. Os dados foram coletados em base de banco de dados tais como Google Acadêmico e Scielo, dentre outros. Os trabalhos foram limitados aos anos de 2017 a 2022. Nos resultados, ficou claro que o cenário apresentado pela pandemia causada pela Covid-19 colocou em evidência o teletrabalho. Após a Reforma Trabalhista que trouxe novas regras a esse tipo de trabalho, verificou-se que com a pandemia, o teletrabalho ainda precisa de maior atenção, principalmente no que se refere a infraestrutura, equipamentos e horários de trabalho limitados.

Palavras-chave: *Home office*. Telerabalho. Reforma Trabalhista.

ANALYSIS ON TELEWORK AFTER THE LABOR REFORM

ABSTRACT: In recent years, labor laws have had significant changes. Among them, we highlight the news brought by Law nº. 13.467/2017 that reformed part area. It is noteworthy that the present norm, also known as labor reform, did not create a new labor

101 E-mail: joaovdsilva@unirg.edu.br

102 Mestre em Direito Digital pelo Univem - Marília SP. Docente do curso de Direito na Universidade de Gurupi – UNIRG, Gurupi/TO. E-mail: paulo_izidio@hotmail.com.

legislation, but made fundamental structural changes in the previously current normatives. In this regard, during this period, it brought greater evidence the regulation of teleworking, or work in home office. This type of work was even more evident from the expansion of COVID-19 that impacted the world from 2020 to the present date. Faced with this new scenario, the present study aimed to analyze the legal and social impact that teleworking brought to the market. We sought to understand the positive and negative points of teleworking and the challenges viewed by employers and employees in this scenario. In the methodology employed, a literature revision was held, based on books, scientific articles and norms pertinent to the proposed theme. The data were collected on database base such as Google Academic and Scielo, among others. The works were limited from 2017 to 2022. In the results, it was clear that the scenario presented by the pandemic caused by COVID-19 highlights the teleworking. After the labor reform that brought new rules to this type of work, it was found that with the pandemic, teleworking still needs greater attention, especially regarding infrastructure, limited equipment and working hours.

Keywords: Home Office. Telework. Labor reform.

Sumário: 1. Introdução. 2. Reforma Trabalhista: síntese geral. 3. Teletrabalho: aspectos gerais. 3.1. Contextualizando a temática. 4. Efeitos jurídicos do teletrabalho. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

As mudanças trazidas pela denominada Reforma Trabalhista impactaram de modo significativo o âmbito trabalhista. Promulgado pela nova Consolidação das Leis Trabalhistas através da Lei nº 13.467/2017, a matéria referente às normas de trabalho trouxe novas mudanças e introduziu outros modelos de trabalho. Dentre as novidades encontradas, para fins desse estudo, encontra-se o teletrabalho.

De modo conceitual, Fachini (2020) nos explica que o teletrabalho é uma categoria onde a jornada de trabalho é feita majoritariamente fora do ambiente empresarial, ou seja, da sede do empregador. Sua regulamentação jurídica se deu justamente após a Reforma Trabalhista.

O teletrabalho, como bem acentua Delgado (2017), é uma das consequências do avanço tecnológico digital que já se encontra firmado no meio jurídico. A pluralização do acesso à internet e a criação de ferramentas de comunicação avançada acabaram por permitir que outras formas de exercer uma atividade laborativa surgissem no mundo, ao passo que o teletrabalho é a modalidade mais aparente dessas mudanças.

Nos dias atuais, grande parte de todo o sistema jurídico nacional tem sido realizado por mecanismos digitais. Nesse sentido, as atividades laborativas também vêm sendo feitas de modo remoto.

Se em 2017 quando a Reforma Trabalhista entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro o teletrabalho já era previsto, ao fim de 2019 e no decorrer dos anos de 2020 e 2022 essa modalidade ficou ainda mais em evidência. Isso se deu pelo surgimento da pandemia global gerada pela expansão de contágio da Covid-19, doença mortal que impactou o mundo.

No período mais crucial da pandemia, o isolamento e o distanciamento social, deixaram de ser alternativas preventivas para se tornarem regras. Dessa forma, várias empresas, organizações e comércios locais foram fechados. Para que a economia e o trabalho não fossem ainda mais impactados pela pandemia, o teletrabalho foi a solução mais usual (LUNA, 2023).

Nesse sentido, entendendo a sua importância no cenário global e atual, e verificando a sua prática cada vez mais recorrente, esse trabalho buscou compreender o impacto social e jurídico do teletrabalho no Brasil. Sendo assim, essa pesquisa se baseou em responder a seguinte indagação: quais os efeitos jurídicos e sociais do teletrabalho no Brasil?

Desta feita, esse estudo teve como objetivo analisar as mudanças trazidas pela norma trabalhista sobre a matéria, as adaptações a serem feitas e as vantagens e desvantagens dessa modalidade.

No que tange a metodologia utilizada, esse trabalho é uma revisão de literatura, onde “esse tipo de artigo caracteriza-se por avaliações críticas de materiais que já foram publicados, considerando o progresso das pesquisas na temática abordada” (KOLLER et al, 2014, p. 40), pois trata-se de avaliar o impacto do teletrabalho no âmbito jurídico e social no Brasil.

Tratando-se de um artigo de revisão de literatura, a coleta de dados realizou-se no mês de março de 2023, mediante análise de documentos por meio de pesquisa doutrinária e artigos já publicados sobre o tema.

2. REFORMA TRABALHISTA: SÍNTESE GERAL

A Lei 13.467/2017 também denominada de Lei da Reforma Trabalhista, alterou a Consolidação das Leis Trabalhistas, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Com isso, inúmeros novos dispositivos foram incluídos e muitos outros foram alterados ou excluídos, sob pretexto de adequação às novas relações de trabalho existentes.

Desse modo:

A Reforma Trabalhista, instituída pela Lei nº 13.467 de 2017, dentre diversas alterações à Consolidação das Leis do Trabalho, introduziu ao cenário brasileiro o contrato de trabalho intermitente que consiste na prestação de serviços com alternância de períodos de trabalho e de inatividade, sem prejuízo ao caráter empregatício da relação (MENEZES; ALMEIDA, 2018, p. 01).

Cumprido salientar que, ainda que por curto período de existência, a MP 808/2017, que perdeu validade por não ter sido submetida pelo Congresso Nacional no prazo devido, também trouxe algumas alterações e regulamentações com relação à nova CLT, os quais não podem ser ignorados, pois produziram efeitos naquele curto período (NORBIM, 2017).

Um dos mais polêmicos textos da MP foi a revogação do §4º do artigo 452-A que previa (e como a MP perdeu a validade, continua prevendo), a possibilidade de após aceita a oferta para comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo.

Como bem apontado pelo magistrado e doutrinador Barba Filho (2018), a reforma trabalhista possuiu duas claras intenções. A primeira delas de cunho político, com a intenção de combate ao desemprego, pois estatisticamente os trabalhadores registrados com contratos de trabalho intermitente, oficialmente estarão empregados, o que reduzirá significativamente os índices de desemprego, mesmo que não haja qualquer garantia advinda deste contrato firmado.

A segunda intenção, segundo o magistrado, é a real preocupação prática e casual de proteger os direitos dos trabalhadores desamparados pela legislação trabalhista e que poderiam ter uma relação de trabalho intermitente (BARBA FILHO, 2018).

De todo modo, as reformas nas leis do Trabalho não foram unânimes. Do lado positivo, Oliveira (2019) defende que esta reforma trouxe, de fato, a normatização de algumas relações de trabalho que ainda não eram previstas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), mas que ocorriam dentro do mercado de trabalho de qualquer forma.

Dessa forma, teve-se relativamente um progresso na atualização das leis do Trabalho nacional, haja vista que normas dessa natureza começaram a reconhecer vínculos de trabalho e modalidades que anteriormente não eram devidamente regulamentadas (OLIVEIRA, 2019).

Em entendimento contrário, Martinez (2018) interpreta que a Reforma não trouxe uma maior possibilidade de geração de emprego, ou seja, as novas mudanças não possibilitaram que novos postos de trabalho fossem criados ou que facilitassem a abertura de vagas.

Importante salientar que a Reforma Trabalhista não é uma nova lei trabalhista. Ela é apenas um regramento jurídico que traz novas mudanças na lei já existente, que no caso presente trata-se da CLT. Entretanto, as suas mudanças foram tão significativas, que de fato a norma trabalhista brasileira teve uma nova concepção (DELGADO, 2017).

Em apenas 6 (seis) artigos, a respectiva Reforma inovou em trazer novas formas de trabalho, revisou textos jurídicos e modificou regras no direito individual e coletivo do trabalho. A Reforma Trabalhista, cabe destacar impactou não apenas os trabalhadores, mas também os empregadores (BRASIL, 2017).

Segundo Lima e Lima (2017) o novo texto Trabalhista trouxe maior segurança jurídica aos empregadores que contratam trabalhadores em regimes intermitentes, parciais, remotos, ou ainda, fazem uso de trabalho terceirizado. É nesse ponto, que se discute o tema central desse estudo.

O teletrabalho, como bem apresenta a norma, é uma modalidade de trabalho remoto, pelo qual o trabalhador realiza o seu serviço à distância, não estando no ambiente físico de trabalho da empresa. Sobre essa modalidade, apresenta-se o tópico seguinte.

3. TELETRABALHO: ASPECTOS GERAIS

O termo teletrabalho para o ordenamento jurídico brasileiro ganha outras nomenclaturas. É também chamado de *home office*, trabalho à distância, teletrabalho, trabalho remoto, virtual work e telecommuting. No entanto, é importante frisar que apesar de semelhantes em muitos aspectos, as suas definições não são iguais.

O conceito de teletrabalho, por exemplo, está ligado como uma forma de trabalho realizado prevalecentemente fora do campo de trabalho da empresa, sendo feito com o uso de aparatos tecnológicos da informação e de comunicação. Essa conceituação se encontra na CLT em seu art. 75-B (BRASIL, 1943).

Essa modalidade, como acentua Silva (2019) traz a ideia de que o trabalhador fica “em casa” amparado por um aparelhamento tecnológico para que possa realizar a sua função. Além disso, tem-se a condicionante de ter caráter exclusivo e com comprometimento total do empregado com o empregador, respeitando o contrato de trabalho estipulado pelas partes.

Praun (2020) explica que o teletrabalho se difere do trabalho comum pelo fato de

que o funcionário não realiza sua atividade laborativa nas dependências da empresa, podendo ser realizado em qualquer lugar. Nesse sentido, ele também pode ser chamado de trabalho remoto.

Ainda em seu conceito, a Medida Provisória nº 1.108/22 inovou no sentido de estabelecer que o teletrabalho pode ser realizado de modo remoto ou não. Aqui, adentra-se o chamado trabalho híbrido, no qual parte do tempo, o funcionário poderá fazer seu trabalho em casa e em outra parte pode ser feita na organização (BRASIL, 2022).

Uma vez estabelecido o conceito de teletrabalho, importante distingui-lo do *home office*. Losekann e Mourão (2020) explicam que o *home office* é entendido como um trabalho feito no domicílio do funcionário. É considerado como uma modalidade do teletrabalho. Ele é exercido exclusivamente na residência do empregado.

Assim, o teletrabalho pode ser realizado em qualquer lugar (desde que seja de forma remota), enquanto que o *home office* é exercido na residência do empregado (FARIA et al., 2023).

A reforma trabalhista também trouxe a normatização do *home office*, estabelecendo o seu conceito como sendo o cumprimento de atividade laboral majoritariamente realizada fora do estabelecimento do empregador, utilizando-se de aparatos tecnológicos, não constituindo assim um trabalho externo (BRASIL, 2017).

Além do *home office*, existem outras espécies de teletrabalho. A saber:

UADRO 1 – Modalidades do teletrabalho

MODALIDADE	DESCRIÇÃO
Espaços compartilhados	São locais disponibilizados pela empresa contratante para que o trabalhador possa desempenhar suas atividades. Esses ambientes geralmente são divididos com outras empresas da mesma área ou de áreas que necessitam dos mesmos equipamentos para uma parcela dos seus colaboradores.
	É todo aquele cujo desempenho ocorre

<p>Trabalho itinerante</p>	<p>em ambientes externos aos da área física de trabalho da empresa.</p> <p>Dessa forma, o trabalhador itinerante desempenha suas funções em diferentes locais, podendo conseguir novas atividades ou atualizar sua equipe de qualquer ambiente.</p>
<p>Teletrabalho coletivo ou situacional</p>	<p>É desempenhado de forma transnacional, com a montagem de uma equipe multidisciplinar ou de pessoas com habilidades complementares em uma área de atuação específica. Essas equipes são montadas a partir da necessidade de atuação em alguma área ou para a realização de projetos.</p>

Fonte: Fachini (2020)

No cenário atual, tanto o teletrabalho quando o *home office* estão em alta. Diversas pesquisas tem apontado que essa modalidade de trabalho tem crescido nos últimos anos. A título de exemplo, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) trouxe dados recentes sobre o teletrabalho no Brasil. Segundo esse instituto, cerca de 20,5 milhões de pessoas se encontram em trabalhos com chances de serem feitos de forma remota, representando 22,6% do total de ocupados (IPEA, 2023).

Ainda na pesquisa, as mulheres são a maioria dos trabalhadores em teletrabalho potencial (cerca de 58%), mas os homens são responsáveis por mais da metade (54,5%) da massa salarial desse regime laboral (IPEA, 2023).

Outro dado importante mostrou que esse tipo de trabalho é mais realizado por pessoas com alta escolaridade, onde dentro desta pesquisa, 58,2% dos respondentes possuem ensino superior completo. No que tange a idade, a faixa etária mais provável de trabalhar remotamente é de 20 a 49 anos, com mais de 70% do total. Em particular, a maioria desse grupo populacional (29,1%) tem entre 30 e 39 anos (IPEA, 2023).

Apenas com esse dado, entende-se que o teletrabalho é uma realidade cada vez mais presente na sociedade brasileira. Todavia, grande parte do aumento do número de trabalhadores que exercem seu ofício de modo remoto se deu pela adaptação social ocorrida pela pandemia provocada pela Covid-19 que, dentre os seus efeitos, trouxe uma

atenção especial a esse tipo de atividade. Sobre esse cenário, apresenta-se a sua contextualização no tópico a seguir.

3.1 CONTEXTUALIZANDO A TEMÁTICA

A COVID-19 é uma doença causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, que apresenta um quadro clínico que varia de infecções assintomáticas a quadros respiratórios graves. De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), a maioria dos pacientes com COVID-19 (cerca de 80%) podem ser assintomáticos e cerca de 20% dos casos podem requerer atendimento hospitalar por apresentarem dificuldade respiratória e desses casos aproximadamente 5% podem necessitar de suporte para o tratamento de insuficiência respiratória (suporte ventilatório). (FARO et al. 2020).

Os seus sintomas variam entre um resfriado até uma pneumonia severa. Além destes, encontram-se ainda a tosse, a febre, a coriza, a dor de garganta e a dificuldade de respirar (KUPFERSCHMIDT; COHEN, 2020).

A sua transmissão acontece de uma pessoa doente para outra ou por contato próximo por meio de: toque do aperto de mão; gotículas de saliva; espirro; catarro. Ou ainda por meio de objetos ou superfícies contaminadas, como celulares, mesas, maçanetas, brinquedos, teclados de computador, etc.

A partir do janeiro de 2020 esse vírus se espalhou para outros países até que em meados de março, o mundo todo estava com casos de contaminação. Virou então, uma pandemia global.

Os efeitos da pandemia do novo coronavírus extrapolaram a área da saúde. Eles permearam a sociedade como um todo, que vive e ainda vai passar por mais mudanças provocadas pela Covid-19. Isolamento social, distanciamento, ações de saúde pública, medidas econômicas, desemprego, um grande número de mortes. No entanto, ainda não é possível afirmar se as mudanças imediatas, verificadas até o momento, serão encaradas como transformações de comunidades ou da sociedade como um todo. Os impactos históricos e sociais provocados pela pandemia da Covid-19 ainda estão sendo "construídos" e analisados (MEDEIROS, 2020).

Como citado anteriormente, o COVID-19 trouxe uma série de consequências para toda a população mundial. Muitos países implementaram uma série de intervenções para reduzir a transmissão do vírus e frear a rápida evolução da pandemia. Tais medidas incluem o isolamento de casos; o incentivo à higienização das mãos, à adoção de etiqueta respiratória e ao uso de máscaras faciais caseiras; e medidas progressivas de distanciamento social, com o fechamento de escolas e universidades, a proibição de

eventos de massa e de aglomerações, a restrição de viagens e transportes públicos, a conscientização da população para que permaneça em casa, até a completa proibição da circulação nas ruas, exceto para a compra de alimentos e medicamentos ou a busca de assistência à saúde (KUPFERSCHMIDT; COHEN, 2020).

Com a entrada da pandemia (Covid-19), o Governo Federal solicitou que a sociedade permanecesse em seus lares, a fim de evitar a propagação da doença e para a diminuição de contágio e eventualmente de mortes.

Em razão disso, escolas, indústrias, empresas de todos os ramos e demais estabelecimentos foram fechados, trazendo danos financeiros. Além disso, hospitais ficaram sobrecarregados de pacientes por conta da transmissão do vírus. Ou seja, a pandemia gerada pela Covid-19 impactou sobremaneira a sociedade (TEIXEIRA, 2020).

No âmbito do mercado de trabalho, com empresas fechadas ou com pouco funcionário, o trabalho remoto foi a solução mais plausível e indicada. Na proteção de seus lares, os trabalhadores continuaram a exercer seu ofício de modo remoto. Com isso, a sociedade, as empresas, os empregados e empregadores começaram a perceber *in loco*, o potencial que o serviço feito de modo remoto gera para o mercado. A respeito disso, apresenta-se a discussão a seguir.

4. EFEITOS JURÍDICOS DO TELETRABALHO

Desde que fora implantada em grande parte pela pandemia gerada pela Covid-19, o teletrabalho se tornou o meio mais ágil de controle da doença, sem que o comércio fosse ainda mais afetado. Os postos de trabalho agora ficaram mais centralizados nos domicílios dos empregados.

Esse fato, que já não se encontra mais presente no cenário atual, uma vez que a doença já está sob controle – ainda que não se tenha a cura – ainda reverbera no ambiente de trabalho. Mesmo após o período mais crítico da pandemia, o teletrabalho ainda se faz presente.

Luna (2023) acentua que os aparatos tecnológicos como tablets, celulares, Smartphones, computadores, dentre outros, se tornaram aliados do mercado de trabalho, uma vez que servem não apenas para realizar as atividades do trabalho, mas também atender as demandas do mercado.

De todo modo, para que o teletrabalho se torne possível, é preciso que tanto a empresa quanto o empregado observem alguns requisitos inerentes a esse tipo de serviço. Primeiramente nesse assunto, encontra-se o contrato de trabalho. Como explica Fincato (20219) o contrato de trabalho nesses casos é obrigatório, tendo no seu conteúdo a definição de que a modalidade ao qual o funcionário realizará a sua função seja o

teletrabalho.

Soma-se a isso que nesse contrato, deve-se estar presente a descrição dos equipamentos e ferramentas que o empregado deve utilizar para realizar a sua atividade laborativa, bem como a definição de como será feita a aquisição e manutenção dos equipamentos, conforme explana o art. 75-D da norma trabalhista (LOPES et al., 2020)

Destaca-se ainda nesse contexto, que os aparatos utilizados no trabalho não integram o salário do empregado. Dessa forma, a obtenção dos equipamentos e ferramentas não estão inseridos como parte do salário do trabalhador, de igual modo que a soma dos valores dos equipamentos não é acrescida ao salário do mesmo (SANTOS; RITA; LEVINO, 2022)

Outra questão a ser discutida diz respeito a alteração de modalidade. Lazzareschi (2018) explica que a CLT traz a possibilidade de o trabalhador, conjuntamente com o empregador, poder modificar a sua modalidade de trabalho do presencial para o teletrabalho. Para isso, é preciso ter comprovada a demonstração de interesse do trabalhador, a concordância do empregador e a adição no contrato de trabalho da mudança de modalidade laboral.

A concordância do empregador, inclusive, é necessária para que o teletrabalho seja concedido. É o que assenta a seguinte jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. SERVIDOR PÚBLICO - ENFERMEIRO - **PEDIDO DE RETIRADA DA ESCALA REGULAR DE TRABALHO PARA ATUAR DE REMOTA EM HOME OFFICE**. TUTELA INDEFERIDA - REQUISITOS PREVISTOS NOS ART. 300 E SS DO CPC. AUSENTES - RECURSO NÃO PROVIDO. DECISÃO MANTIDA. Nos termos do art. 300 do Código Processual Civil de 2015, a tutela de urgência antecipatória deve ser deferida quando presentes os requisitos da probabilidade do direito invocado e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. *In casu*, **o pedido do autor para laborar como enfermeiro em home office, visando obter a mudança de escala do serviço exercido no hospital, passando para a modalidade de teletrabalho, não restou efetivamente comprovado quais atividades o município agravado necessita que o autor realize por essa modalidade a enseja a concessão da cautelar**. Recurso conhecido e improvido. (TJTO, Agravo de Instrumento, 0008817-79.2020.8.27.2700, Rel. JOSÉ DE MOURA

FILHO, 1ª TURMA DA 2ª CÂMARA CÍVEL, julgado em 11/11/2020, DJe 27/11/2020 13:54:20). (grifo meu)

No caso em tela, o Magistrado entendeu que, no que tange ao pleito de trabalhar *home office*, alterando sua escala do serviço exercido no hospital, passando para a modalidade de teletrabalho, este, não restou efetivamente provado a real importância e necessidade para o município em receber tais serviços, nem sequer, quais atividades a município necessita que o autor/recorrente realize por essa modalidade, ou qual pretendia cumprir em sua residência.

Em relação a jornada de trabalho, no caso do teletrabalho, o controle de jornada por meio de cartão-ponto ou qualquer outra forma de controle de horário, não é obrigatório. Isso quer dizer que caso o trabalhador que esteja em teletrabalho não tenha a sua jornada de trabalho controlada pelo seu empregador, com horário para começar e terminar suas funções, ele não estará apto a receber horas extras ou adicionais por horário noturno (DURÕES; BRIDI; DUTRA, 2021).

Entretanto, esses adicionais só não devem ser pagos se não houver controle sobre as horas trabalhadas. Se o empregador optar por manter algum método de controle da jornada de trabalho, os adicionais e demais bonificações por trabalho além do período comum ou em outros momentos do dia devem ser mantidos (ADERALDO, 2023).

É o que traz o seguinte julgado:

HORAS EXTRAS. TELETRABALHO. [...] Assim, havendo a menor possibilidade de aferição da jornada trabalhada por esse empregado, ainda que de forma mista (em ambiente institucional e home office), **as horas prestadas em sobrejornada devem ser devidamente remuneradas**, na forma do art. 7º, XVI, da Constituição da República. (Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região TRT – 3 – Recurso Ordinário Trabalhista: RO XXXXX – 05.2018.5.03.0178). (grifo meu)

Ademais, insta salientar a Medida Provisória nº 1.108/2022 que trouxe inovações nesse conteúdo. Pela presente norma, o colaborador que trabalhe de modo remoto, tem o garantismo dos mesmos direitos que os que trabalham de outra modalidade (presencial). Nesse sentido, inclui-se o salário, 13º, férias, FGTS e outros benefícios (auxílio doença, por exemplo). (BRASIL, 2022)

Um ponto importante a ser mencionado é que a alternância do trabalho presencial para teletrabalho é decidida somente à empresa. Os custos do retorno, contudo, cabem aos funcionários.

TELETRABALHO. **RETORNO AO REGIME PRESENCIAL. PODER**

DIRETIVO DO EMPREGADOR. A determinação ao retorno ao regime de trabalho presencial encontra-se inserida no poder diretivo do empregador, sem qualquer necessidade de consentimento do empregado, nos termos do art. 75-C, parágrafo 2º, da CLT, incluído pela Reforma Trabalhista. E, nem se alegue violação do art. 468, da CLT, eis que o artigo 75-C, da CLT trata-se de norma específica ao teletrabalho. (Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região TRT-2-: XXXXX-07.2019.5.02.0384 SP). (grifo meu)

Também merece destaque nesse tema, a questão sobre os adicionais de periculosidade e de insalubridade em campo de teletrabalho. Nesse sentido, a jurisprudência é clara no sentido de que não se aplica a esses casos, como mostra o julgado abaixo:

JUIZADO ESPECIAL. FAZENDA PÚBLICA. **ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. TELETRABALHO. PAGAMENTO INDEVIDO.** TEMA 1009 DE RECURSOS REPETITIVOS. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. AUSENTE MÁ-FÉ DO SERVIDOR. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I. Trata-se de recurso inominado interposto pela parte ré contra a sentença que julgou procedente o pedido para declarar indevida a restituição dos valores pagos a título de adicional de insalubridade no período de 23 de março de 2020 a março de 2021, com a consequente determinação para que o Distrito Federal se abstenha de efetuar qualquer medida para o desconto dos valores percebidos referente à matéria debatida nos autos. **A parte recorrente destaca que o adicional de insalubridade possui natureza *propter laborem*, não sendo devido durante o período de teletrabalho.** [...]. (07263685320218070016 - (0726368-53.2021.8.07.0016 - Res. 65 CNJ). Primeira Turma Recursal. TJDF. Relator: FLÁVIO FERNANDO ALMEIDA DA FONSECA. Data de Julgamento: 27/02/2023. Publicado no DJE: 09/03/2023). (grifo meu)

ma vez estabelecido que o teletrabalho está presente no cenário laborativo brasileiro, as consequências não são menos importantes. Na pesquisa elaborada por Faria et al. (2023) tinha-se a finalidade de compreender as consequências que o teletrabalho possui na sociedade atual. Nos resultados deste estudo apontou que nos pontos positivos, a flexibilidade da jornada de trabalho foi a mais citada. Por outro lado, o ponto negativo dessa modalidade são as dificuldades pessoais de organizar o próprio tempo; além de não possuir um aparato de equipamentos suficientes ou adequados.

Com isso, fica claro que as empresas devem estar atentas às demandas dos seus empregados quanto à realização do teletrabalho. É necessário que se tenha uma infraestrutura adequada para que o trabalho seja efetivado.

Ademais, entende-se que o teletrabalho já é uma realidade no mercado de trabalho. Esse cenário tende a aumentar a cada ano, não apenas pelos avanços tecnológicos que irão permitir cada vez mais essa possibilidade, mas porque está se institucionalizando no mercado de trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de terem sido editados na década de 40, as leis trabalhistas devem ser lidas considerando as novas modalidades de vínculos empregatícios que se desenvolveram nos cenários culturais, sociais e econômicos que surgiram e se modificaram com o passar dos tempos, como por exemplo, as relações que se viabilizam, se concretizam e são permeadas pelos avanços tecnológicos.

Foi neste contexto que se criaram possibilidades de teletrabalho – em que o labor subordinado de forma tradicional no estabelecimento do empregador é substituído por outro que se baseia em relações externas, coordenadas pela empresa – e evoluíram outras formas de vinculação, como o trabalho sob demanda via aplicativo.

E, foi em atenção a este novo quadro que o Legislador se atualizou e adaptou a regra do art. 6º, "caput" e parágrafo único, da CLT, por meio da Lei nº 12.551/2011. A função de atualização da legislação trabalhista, diante de tais alterações fáticas, cabe também ao intérprete. Nesta adaptação, deve-se ter em mente que a flexibilização dos elementos tradicionais do art. 3º da CLT não impede a configuração da relação de emprego; por conseguinte, a flexibilização da disponibilização do trabalho tampouco a desnatura.

É que aquele que interpreta as leis deve situar as normas no contexto temporal em que serão aplicadas, atualizando seu significado linguístico, já que não existe autonomia da forma jurídica em relação ao mundo social – ou seja, uma visão engessada, tradicional e presa ao passado dos elementos fático-jurídicos da relação de emprego deve ser evitada, buscando-se a compatibilização da legislação jus trabalhista, quando for o caso, às relações contemporâneas de labor.

Destarte, a análise das novas relações laborais que são criadas, inovadas e que decorrem dos avanços tecnológicos não pode deixar de levar em conta a valorização do trabalho humano.

As relações de trabalho alicerçadas nos inúmeros avanços tecnológicos e diretamente interligadas aos mais modernos dispositivos eletrônicos impõem à Justiça

Trabalho especial cautela na apreciação de pedidos correlacionados ao vínculo de emprego, a fim de se evitar a precarização do instituto.

Nesse cenário, a Reforma Trabalhista ao trazer como novidade o teletrabalho como forma de vínculo de trabalho e de reconhecimento jurídico, evidenciou a importância em se acompanhar os avanços tecnológicos sociais. Sendo assim, essa modalidade de trabalho hoje é plenamente reconhecida.

Com o advento da pandemia provocada pela Covid-19, o teletrabalho ganhou protagonismo, se tornando a principal forma de trabalhar em períodos de isolamento e distanciamento social. Como demonstrado nesse estudo, a legislação nacional trouxe regras para esse tipo de trabalho como forma de autenticação da sua relevância nesse campo.

No mais, é imperioso salientar que para as empresas, tais mudanças também devem acompanhar os avanços. Nesse sentido, entende-se que as organizações devem se adequar a essa nova modalidade de trabalho, apresentando medidas de cunho educacional para seus membros e empregados. Criar regras e limites nessa relação torna-se essencial, haja vista que gera segurança jurídica para as partes e evita eventuais processos judiciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADERALDO, Carlos Victor Leal. **Teletrabalho, temporalidades e especialidades: produção de subjetividades dos teletrabalhadores**. 2023. 148 f. Tese (Doutorado em Psicologia) - Programa de Pós-graduação em Psicologia, Centro de Humanidades, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2023.

BARBA FILHO, Roberto Dala. **Reforma trabalhista & direito material do trabalho: atualizada de acordo com a MP 808 de 14.01.2017**. Curitiba: Juruá, 2018. p 99.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 17 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 18 mar. 2023.

BRASIL. **Medida Provisória nº 1.108 de 25 de março de 2022.** Dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação de que trata o § 2º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e altera a Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976, e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2019-2022/2022/Mpv/mpv1108.htm#art6. Acesso em: 20 mar. 2023.

DELGADO, Maurício Godinho. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017.** São Paulo: LTr, 2017.

DURÃES, B.; BRIDI, M. A. C.; DUTRA, R. Q. **O teletrabalho na pandemia da covid-19: uma nova armadilha do capital?** Revista Sociedade e Estado, v. 36, n. 3, p. 965-966, set./dez. 2021.

FACHINI, Tiago. **Teletrabalho: entenda como funciona na nova CLT.** 2020. Disponível em: <https://www.projuris.com.br/blog/teletrabalho/#:sede%20do%20empregador>. Acesso em: 18 mar. 2023.

FARIA, Daniela Aparecida de; et al. **Quais as evidências científicas sobre teletrabalho e COVID-19 no sistema musculoesquelético: uma revisão sistemática.** Research, Society and Development, [S. l.], v. 12, n. 1, p. e16212139428, 2023.

FARO, A. et al. **COVID-19 e saúde mental: a emergência do cuidado.** Estud. psicol. (Campinas), Campinas, v.37, e200074, 2020.

FINCATO, D. P. **Teletrabalho na reforma trabalhista brasileira.** Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 8, n. 75, p. 58-72, fev. 2019.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Os condicionantes do teletrabalho potencial no Brasil.** 2023. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11730/1/TD_2830_web.pdf. Acesso em: 20 mar. 2023.

KUPFERSCHMIDT K, COHEN J. **Can China's COVID-19 strategy work elsewhere?** *Science* 2020; 367(6482): 061-1062.

LAZZARESCHI, N. **Globalização da economia e reestruturação produtiva: as repercussões sociais das novas configurações do trabalho.** Ciências Sociais Unisinos, São Leopoldo, v. 54, n. 1, p. 93-105, jan./abr. 2018.

LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques de. **Reforma Trabalhista: entenda ponto por ponto.** São Paulo: LTr, 2017.

LOSEKANN; R. G. C. B.; MOURÃO, H. C. **Desafios do teletrabalho na pandemia covid19: Quando o home vira office.** Caderno de Administração, Maringá, v. 28, ed. esp., jun./2020.

LOPES, F. J. O. et. al. **(De)forma trabalhista: flexibilização e precarização pela(s) perspectiva(s) da(s) psicologia(s) do trabalho.** Psicol. estud., v. 25, e48213, 2020.

LUNA, Natália Batista. **Avaliação da carga mental a que estão expostos os técnicos judiciários em regime de teletrabalho.** Monografia (Graduação em Engenharia de Produção) Universidade Federal de Campina Grande, Centro de Ciências e Tecnologia, 2023.

MARTINEZ, Luciano. **Reforma Trabalhista - Entenda o que Mudou - CLT Comparada e Comentada.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MEDEIROS, D. **Coronavírus: impactos históricos e sociais provocados pela pandemia da COVID-19.** 2020. Disponível em: <https://saudedebate.com.br/noticias/coronavirusimpactoshistoricosesociaisprovocados-pela-pandemia-da-covid-19>. Acesso em: 13 mar. 2023.

MENEZES, Caroline Porsche de; ALMEIDA, Almiro Eduardo. **Contrato de trabalho intermitente: os impactos da regulamentação nos direitos trabalhistas.** Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Metodista – IPA. Justiça & Sociedade, v. 3, n. 1, 2018.

NORBIM, Luciano Dalvi. **A Reforma Trabalhista ao seu Alcance.** São Paulo: Líder, 2017.

OLIVEIRA, Francisco Antonio. **Reforma Trabalhista.** São Paulo: LTr, 2019.

PRAUN, L. **A Espiral da Destruição: legado neoliberal, pandemia e precarização do trabalho.** Trabalho, Educação e Saúde, v. 18, n. 3, 2020.

SANTOS, Antônio Miguel Barros Tenório; RITA, Luciana Peixoto; LEVINO, Natallya de Almeida. **Teletrabalho em tempos de pandemia de Covid-19: uma revisão sistemática da literatura internacional.** Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, 17(1), 62–81; 2022.

SILVA, Homero Batista. **Comentários à Reforma Trabalhista.** 4. ed. São Paulo: RT, 2019.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Comércio eletrônico e legislação aplicável.** Editora Saraiva, 2020. E-book. ISBN 9786555593242.

O PRINCÍPIO DA INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN E A DECISÃO JUDICIAL

LARISSA QUEIROZ BRITO:
Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (MACK). Mestranda em Direito Civil na Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP). Advogada e Analista de Compliance.

1.Introdução

Ronald Dworkin defende uma teoria do Direito com base no princípio da integridade, ideal esse aplicado no âmbito legislativo e judicial, a partir de uma interpretação construtiva do Direito.

O Direito é a interpretação construtiva de práticas sociais de determinada comunidade e o direito como integridade estabelece que tanto as normas, quanto as decisões judiciais devem estar de acordo com o contexto vivido pela sociedade, coerente com o ordenamento, bem como, alinhado com os princípios da equidade, da justiça e do devido processo legal.

2.A Integridade e a Integridade no Direito

Na obra o império do direito, Dworkin trabalha a concepção de direito.

Para Dworkin, a teoria do Direito deve conter uma teoria da legislação e uma teoria da decisão judicial. O autor defende uma interpretação construtiva do direito a partir do princípio da integridade.

O princípio da integridade é visto como uma virtude política¹⁰³ na composição da sociedade em um nível anterior a interpretação do direito, partindo de uma teoria geral da interpretação, o que é um processo contínuo e comunitário.

Dworkin indica a definição de dois princípios de integridade política, a integridade jurisdicional e legislativa, na última estaria estabelecida a coerência no conjunto de leis e na criação do direito, momento anterior a aplicação da lei; estaria decretado a proteção dos direitos políticos e morais para todos, de forma que as normas públicas estejam em coerência com a justiça e a igualdade, enquanto no princípio da integridade jurisdicional

¹⁰³ DWORKIN, Ronald. O império do direito. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014 – Cap. VI (Integridade), p. 213.

estaria sendo exigida a garantia do direito dos cidadãos de serem julgados conforme a melhor concepção da exigência, como se o estado tivesse uma só voz.¹⁰⁴

2.1 Integridade Legislativa

A integridade é uma virtude política da sociedade e dialoga, ou seja, tem uma relação direta com a política comum da comunidade¹⁰⁵, com a história dos países, principalmente com a cultura estadunidense e inglesa.

Ronald Dworkin destaca a integridade como um ideal independente do princípio da equidade e da justiça. A ideia de integridade como uma virtude política da mesma forma que a equidade, a justiça e o devido processo legal e, quando há divergência entre esses princípios, eles deveriam se sacrificar em nome da integridade.

Para Dworkin, a interpretação do Direito se dá pela restauração deste a partir das próprias práticas da comunidade.¹⁰⁶

Dworkin defende a proposta de uma teoria interpretativa, em que o modelo da integridade é um modelo de solução dos conflitos, como também aprofunda a relação entre o direito e a moral, moral política sendo aquela ligada aos valores da democracia liberal.¹⁰⁷

“A integridade refere-se ao compromisso de que o governo aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, a fim de estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade.”¹⁰⁸

104 DWORKIN, Ronald. O império do direito. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014 – Cap. VI (Integridade), p. 213.

105 DWORKIN, Ronald. O império do direito. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014 – Cap. VI (Integridade), p. 216

106 Em “Levando os direitos a sério, Dworkin defende a ideia de que “direitos são melhores entendidos como trunfos, na medida em que fornecem uma justificação para as decisões políticas tomadas pela sociedade em abstrato, e direitos institucionais, que oferecem uma justificação para uma decisão tomada por alguma instituição política específica”. DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.145-149.

107 DWORKIN, Ronald. O império do direito. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014 – Cap. VI (Integridade), p. 216

108 DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. (Trad.) Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fonte, 2003. p. 201 a 202.

Posto isto, qual a moral política atingiria o direito? O autor argumenta que a defesa da integridade tem que estar na fraternidade¹⁰⁹, ideal da Revolução Francesa e ideia tida por ele como ideia de comunidade, pois entra no enigma da legitimidade, visto que promove a autoridade para assumir e mobilizar o monopólio da força coercitiva do Estado.¹¹⁰ O objetivo de Dworkin é discutir de que maneira pode-se adequar e regular o poder de coerção do Direito através de uma teoria interpretativa, que trabalhe com uma comunidade de princípios, onde os direitos e responsabilidades sejam coerentes (DWORKIN, 2003, p. 116).

Dessa forma, a comunidade está posta como agente moral e os valores comunitários influenciam na construção da teoria interpretativa. Toda comunidade se submete aos coerentes princípios e regras que dela decorrem e não são as regras anteriormente firmadas que determinam a interpretação e integratividade, não é a coerência literal, Dworkin afasta a ideia de que o princípio da integridade seria meramente coerência, pois ocasionar a divergência entre as pessoas sobre a implicação dos princípios, poderia levar a integridade como sendo somente um veículo de transformação orgânica.¹¹¹

O valor da integridade, além de transformação, também se expressa em uma obrigação política dos cidadãos de fidelidade ao sistema de princípios. As obrigações da comunidade que fundamentariam essa interpretação são as responsabilidades que advêm da prática social. Os princípios decorrem da prática social.

A história da prática social define os grupos comunitários que pertencemos e as obrigações daí resultantes, o que faz surgir a legitimidade política a que justifica a coerção estatal e, a decisão dos grupos, afirmações e rejeições dessas obrigações. São conceitos interpretativos que se interligam com a ideia da interpretação contínua, formada dentro de uma comunidade, a partir de cada contexto vivido, ou seja, a integridade como veículo de transformação orgânica da sociedade a partir de novos entendimentos e convenções e decretos.

2.2 Integridade Jurisdicional

2.2.1 Teoria Interpretativa

109 DWORKIN, Ronald. O império do direito. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. A integridade no direito. p. 218.

110 DWORKIN, Ronald. O império do direito. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014 – Cap. VI (Integridade), p. 231.

111 DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003

O Direito, para Ronald Dworkin, é uma prática interpretativa, porque enquanto prática social normativa é dependente do sentido das práticas argumentativas que o formam.

Para Dworkin interpretação é um fenômeno social, nós interpretamos porque há práticas ou tradições que podemos interpretar. Toda interpretação busca uma verdade. Quando defendemos algo é porque acreditamos na interpretação, ou seja, no sentido que demos a situação.¹¹²

Ao interpretar, aceitamos o encargo de promover aquele valor/ propósito que o gênero fornece, interpretamos uma prática social, ou seja, identificamos o gênero, atribuímos propósito/sentido e tentamos identificar o melhor desempenho desses propósitos em uma ocasião¹¹³, ou seja, como a interpretação realiza esses propósitos de forma coerente.

Dessa forma, a prática social está enquadrada em um gênero, o qual é atribuído um sentido e está inserido em um contexto.

“(...) interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito num objeto ou prática de modo a torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou gênero ao qual ele é ele pertence. (...) Um participante interpretando uma prática social (...) atribui valor para a prática descrevendo algum esquema de interesses ou objetivos ou princípios aos quais a prática serve, expressa ou exemplifica.”¹¹⁴

De acordo com Dworkin, há três tipos de interpretação, a colaborativa (em que o objeto tem um autor e o intérprete continua o seu trabalho), a explanatória em que o autor e o intérprete viram parceiros, como na interpretação histórica e interpretação

112 MOTTA, Francisco José Borges. Ronald Dworkin e a decisão jurídica. Salvador: Juspodivm, 2017 – Cap. 3, A dupla dimensão da resposta correta. p. 173 a 187.

113 MOTTA, Francisco José Borges. Ronald Dworkin e a decisão jurídica. Salvador: Juspodivm, 2017 – Cap. 3, A dupla dimensão da resposta correta. p. 173 a 249.

114 JUNIOR, Ronaldo Porto Macedo. Ronald Dworkin - Teórico do direito. *In*: JUNIOR, Ronaldo Porto Macedo. Ronald Dworkin - Teórico do direito. 1. ed. Enciclopédia Jurídica da PUC SP, 1 abr. 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/126/edicao-1/ronald-dworkin---teorico-do-direito>. Acesso em: 18 nov. 2021

conceitual, em que o intérprete busca o significado de um conceito. Esses tipos de interpretação podem se relacionar de diversos modos.¹¹⁵

Para Dworkin, o entendimento é a interpretação, que é feita com base em propósitos.¹¹⁶

A compreensão possui a estrutura que antecipa o sentido adquirido da realidade das coisas, de suas características. A compreensão é precedida ao sentido, faz parte do nosso modo inconsciente e é transmitida através da linguagem. ¹¹⁷

O ato de interpretar parte de um sentido que já levamos conosco, a partir da compreensão que temos do contexto, o qual está o objeto interpretado. A interpretação é através da linguagem e resultado de um processo cognitivo.

As ideias e conceitos para a compressão de mundo dependem das experiências vividas. Com isso, o sentido que construímos de forma inconsciente sobre determinado objeto está diretamente ligada com as experiências que acumulamos ao longo da vida e o ambiente que vivemos. A partir disso, criamos um conceito objetivo que está relacionado com vivências (perspectiva subjetiva).¹¹⁸

Posto isto, a interpretação é um fenômeno social, para interpretar, somamos o objeto à uma prática social, dentro de um gênero e propósitos selecionados.

“Para Dworkin, uma concepção é melhor que outra, e não apenas diferente, quando mais se ajusta adequadamente (“Fit”) aos paradigmas socialmente compartilhados desse mesmo conceito e é capaz de descrever as práticas paradigmáticas de maneira mais coerente. Coerência e ajuste adequado (fit) são, assim, critérios também socialmente compartilhados, que nos permitem avaliar e julgar a superioridade de concepções rivais sobre um mesmo conceito.

115 MOTTA, Francisco José Borges. Ronald Dworkin e a decisão jurídica. Salvador: Juspodivm, 2017 – Cap. 3, A dupla dimensão da resposta correta. p. 173 a 187

116 MOTTA, Francisco José Borges. Ronald Dworkin e a decisão jurídica. Salvador: Juspodivm, 2017 – Cap. 3, A dupla dimensão da resposta correta. p. 173 a 187

117 MOTTA, Francisco José Borges. Ronald Dworkin e a decisão jurídica. Salvador: Juspodivm, 2017 – Cap. 3, A dupla dimensão da resposta correta. p. 173 a 187

118 MOTTA, Francisco José Borges. Ronald Dworkin e a decisão jurídica. Salvador: Juspodivm, 2017 – Cap. 3, A dupla dimensão da resposta correta. p. 173 a 249.

Uma interpretação é melhor não porque é aceita pela maioria ou se ancora na convenção dominante, mas porque em seu apoio existe uma melhor justificação ou argumentação racional.”¹¹⁹

A interpretação começa a partir de um processo cognitivo, em que é formado um conceito com base nas experiências e ambientes vividos. A partir disso, levando em consideração o contexto do objeto interpretado, as práticas sociais que o envolvem e a coerência na argumentação, forma-se o sentido dado ao objeto interpretado.

2.2.2 Direito como integridade

A lei precisa sempre de uma interpretação para a sua aplicação prática. Toda aplicação precede de uma interpretação do caso concreto.

Dworkin propõe uma interpretação construtiva, tenta conferir o melhor sentido possível, levando em consideração a história inserida, a intencionalidade da norma e as tradições e costumes que influenciam.

Diante dessa análise, o autor defende uma leitura moral da constituição. A Constituição expressa exigências abstratas e podem ser aplicadas por um juízo moral, com isso, deve ser feita uma leitura coerente de seus dispositivos, uma leitura moral com base no ideal de integridade, ou seja, uma leitura coerente e adequada ao que o legislador disse e com as tradições.¹²⁰

A leitura moral precisa ser disciplinada da imposição da integridade constitucional, o que limita também um poder absoluto do Poder Público. A decisão precisa conter um conjunto de disposições harmônicas e coerentes entre si e ter do valor a integridade como fonte de obrigações.

Adicionalmente, a decisão precisa seguir o procedimento constitucional adequado. A decisão precisa obedecer ao devido processo legal e o contraditório.

Uma boa decisão jurídica é construída em conjunto com os interessados e deve garantir a participação deles no processo. Isso significa, dar iguais oportunidade para modificar as decisões e influenciar com argumentos. Isso permite a decisão participativa

¹¹⁹ JUNIOR, Ronaldo Porto Macedo. Ronald Dworkin - Teórico do direito. *In*: JUNIOR, Ronaldo Porto Macedo. Ronald Dworkin - Teórico do direito. 1. ed. Enciclopédia Jurídica da PUC SP, 1 abr. 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/126/edicao-1/ronald-dworkin---teorico-do- direito>. Acesso em: 18 nov. 2021

¹²⁰ MOTTA, Francisco José Borges. Ronald Dworkin e a decisão jurídica. Salvador: Juspodivm, 2017 – Cap. 3, A dupla dimensão da resposta correta. p. 173 a 249.

e construída democraticamente, o que é uma exigência do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, o procedimento correto ou incorreto é uma questão de interpretação construtiva, de acordo com a Constituição Federal.

As afirmações jurídicas são como opiniões interpretativas que combinam elementos do passado e do futuro e interpretam a prática jurídica como algo em desenvolvimento. Também, as afirmações jurídicas são verdadeiras se constam ou se derivam do princípio da justiça, equidade e devido processo legal, que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica.¹²¹

Dworkin faz uma relação com romancistas: um grupo de romancistas decide fazer um livro e cada um recebe um capítulo para interpretar e escrever o próximo. Esse grupo deve dar a melhor interpretação possível e escolher um ponto de vista, considerando fatores como gênero, trama e objetivo para dar continuidade.¹²²

A partir desse raciocínio, Dworkin estabelece duas dimensões para qualquer interpretação.¹²³ A dimensão da adequação, seguindo o exemplo, o capítulo tem que estar alinhado o ponto de vista geral e objetivo que a interpretação da obra descreve. Deve estar coerente com o todo.

A segunda dimensão exige que escolha a interpretação que melhor se ajusta a obra em desenvolvimento e expressa as ideias do texto. A interpretação escolhida deve fluir ao longo do texto e preencher seus aspectos estruturais.

Os aspectos formais e estruturais que estão presentes na primeira dimensão também estão presentes na segunda, mesmo quando todas as interpretações servem, uma apresenta um melhor ângulo do texto e do objeto interpretado. Isso corresponde a coerência e integridade textuais.

A possibilidade de as convicções de um intérprete exercer um controle sobre a interpretação vai depender da complexidade e da estrutura do conjunto das suas opiniões sobre o tema.¹²⁴

121 DWORKIN, Ronald. O império do direito. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014 – Cap. VII (Integridade no direito). p. 272.

122 DWORKIN, Ronald. O império do direito. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. A integridade no direito. p. 276.

123 DWORKIN, Ronald. O império do direito. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. A integridade no direito. p. 277.

124 MOTTA, Francisco José Borges. Ronald Dworkin e a decisão jurídica. Salvador: Juspodivm, 2017 – Cap. 3, A dupla dimensão da resposta correta. p. 173 a 249.

“O senso de qualquer juiz acerca da finalidade ou função do direito, do qual dependerá cada aspecto de sua abordagem da interpretação, incluirá ou implicará alguma concepção da integridade e coerência do Direito como instituição, e esta concepção irá tutelar e limitar sua teoria operacional de ajuste (“Fit”) – isto é, suas convicções sobre em que medida uma interpretação deve ajustar-se ao Direito anterior, sobre qual delas e de que maneira”.¹²⁵

O direito como integridade pede que os juízes admitam que o direito é estruturado como um conjunto coerente de princípios baseados na equidade, justiça e o devido processo legal. A aplicação deve ser justa, de acordo com o que dizem as referidas normas e com adequação ao histórico da comunidade a qual está inserida.¹²⁶

3. Decisão Judicial Certa

A partir do item acima explanado, é possível afirmar que a integridade sugere fazer a melhor interpretação possível.¹²⁷ Para Dworkin, a interpretação não está sujeita ao julgamento de verdadeira ou falsa, como se fosse avaliada somente a sua subsunção a um conteúdo normativo. A análise deve levar em consideração a melhor interpretação para cada caso concreto.

Em uma decisão, é natural que o juiz coloque a sua carga valorativa sobre o assunto, considerando que o juiz é uma pessoa natural que tem vivências, opiniões e conceitos firmados em seu inconsciente. No entanto, a proposta construtivista de Dworkin tem o objetivo de limitar a discricionariedade do juiz, que deve conciliar sua decisão com o conjunto legislativo e jurisprudencial existente. ¹²⁸

125 JUNIOR, Ronaldo Porto Macedo. Ronald Dworkin - Teórico do direito. *In*: JUNIOR, Ronaldo Porto Macedo. Ronald Dworkin - Teórico do direito. 1. ed. Enciclopédia Jurídica da PUC SP, 1 abr. 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/126/edicao-1/ronald-dworkin---teorico-do-direito>. Acesso em: 18 nov. 2021

126 DWORKIN, Ronald. O império do direito. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. A integridade no direito. p. 291.

127 DWORKIN, Ronald. O império do direito. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. A integridade no direito. p. 305.

128 MARINHO, Jefferson Luiz Alves. TEORIA DA INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN: UM OLHAR MATEMÁTICO PARA A TESE DA RESPOSTA CORRETA. XI Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, XI Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, n. 1, p. 07.

Dessa forma, há uma limitação a discricionariedade do juiz, tendo em vista que o juiz é obrigado a justificar e argumentar sua decisão com princípios, portanto, há margens que impedem uma decisão arbitrária.

Dworkin ao combinar princípios jurídicos com objetivos políticos, coloca à disposição do julgador um leque de possibilidades para a elaboração de respostas coerentes com o direito positivo, fato que, de certa forma, limita a discricionariedade do juiz que deve procurar compatibilizar sua decisão com o conjunto legislativo e jurisprudencial existente.¹²⁹

Posto isto, a decisão não pode ser elaborada com fulcro em uma pura escolha do juiz, mas sim fundamentada considerando e compreendendo o contexto, o que a comunidade enxerga como direito, ou seja, com base em uma interpretação construtiva do todo, mais adequada do direito para determinado caso, atendendo ao princípio da integridade, equidade, justiça e devido processo legal.¹³⁰

Sendo assim, embora não haja um julgamento de verdadeiro ou falso sobre a interpretação da decisão judicial, tem-se uma resposta correta quando a integridade tem sua perspectiva no plano judiciário e legislativo, a interpretação do direito segue a coerência moral, baseando-se nos princípios supraditos.

Por fim, pode se dizer que a decisão está correta quando é constitucionalmente adequada, feita com base em uma leitura moral.

4. Conclusão

A integridade para Dworkin é uma virtude política ao lado da justiça, equidade e devido processo legal.

O autor defende o princípio da integridade a partir de uma teoria interpretativa construtiva do direito, isso significa dizer que o direito é uma prática interpretativa e essa deve ser formada levando em consideração os seguintes aspectos de forma cumulativa: a comunidade que está inserido o objeto a ser interpretado, com seus costumes,

129 MARINHO, Jefferson Luiz Alves. TEORIA DA INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN: UM OLHAR MATEMÁTICO PARA A TESE DA RESPOSTA CORRETA. XI Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, XI Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, n. 1, p. 16.

130 MARINHO, Jefferson Luiz Alves. TEORIA DA INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN: UM OLHAR MATEMÁTICO PARA A TESE DA RESPOSTA CORRETA. XI Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, XI Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, n. 1, p. 16

princípios e regras que dela decorrem; o contexto; a coerência moral; as práticas sociais; a finalidade da norma e os princípios fundamentais, em especial, o da justiça, equidade e devido processo legal.

O princípio da integridade possui duas vertentes, a integridade legislativa e jurisdicional. No plano legislativo se expressa pelo dever de propor um ordenamento jurídico moralmente coerente, já no aspecto judicial se manifesta na coerência moral do juiz quando da interpretação construtiva do direito no caso concreto.

Diante disso, quando se trata de decisão judicial, a integridade limita a discricionariedade do juiz, uma vez que esse tem que justificar a sua posição através de princípios, os quais devem ser ponderados a partir de uma lógica argumentativa, não redutível apenas a subsunção do caso a norma.

Ante o exposto, a decisão judicial correta é aquela que possui uma leitura moral da constituição, fundamentada em princípios e de acordo com as práticas sociais relacionadas ao tema.

5. Bibliografia

COELHO, Fernanda Soares Ferreira. Ativismo judicial à luz da teoria de Ronald Dworkin: O caso do aborto e sua repercussão na jurisprudência brasileira. **JUS.COM.BR**, Jus.com.br, n. 1, p. 1-10, 1 dez. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45321/ativismo-judicial-a-luz-da-teoria-de-ronald-dworkin>. Acesso em: 26 nov. 2021.

DMITRUK, Erika Juliana. O PRINCÍPIO DA INTEGRIDADE COMO MODELO DE INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA DO DIREITO EM RONALD DWORKIN. **REVISTA JURÍDICA da UniFil**, [S. l.], n. 4, p. 1-12. Disponível em: https://web.unifil.br/docs/juridica/04/Revista%20Juridica_04-11.pdf. Acesso em: 24 nov. 2021.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FERRI, Caroline Feliz Sarraf. DIREITO CONSTITUCIONALREVISTA 111 Teoria da integridade: Uma abordagem da sistematização de Ronald Dworkin. **Ambito Jurídico**, Ambito Jurídico.com, n. 1, p. 1-19, 1 abr. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/teoria-da-integridade-uma-abordagem-da-sistematizacao-de-ronald-dworkin/>. Acesso em: 27 nov. 2021.

FREITAS, Vladimir Passos de; COLOMBO, Silvana Raquel Brendler. A DIMENSÃO INTERPRETATIVA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE A PARTIR DE RONALD

DWORKIN. **Revista Direito e Liberdade**, Revista Direito e Liberdade, v. 19, n. 1, p. 321-349. 2017. Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-e-Liberd_v.19_n.01.11.pdf. Acesso em: 27 nov. 2021.

JUNIOR, Ronaldo Porto Macedo. Ronald Dworkin - Teórico do direito. *In*: JUNIOR, Ronaldo Porto Macedo. **Ronald Dworkin - Teórico do direito**. 1. ed. Enciclopédia Jurídica da PUC SP, 1 abr. 2017. Disponível em:

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/126/edicao-1/ronald-dworkin---teorico-do-direito>. Acesso em: 18 nov. 2021

MACHADO, Daiana Cristina Cardoso Pinheiro. O Direito como integridade proposto por Ronald Dworkin e a sua aplicabilidade no caso da ADPF nº 54. **XIII Semana de Extensão, Pesquisa e Pós Graduação**, XIII Semana de Extensão, Pesquisa e Pós Graduação do Centro Universitário Ritter dos Reis, n. 1, p. 1-8, 27 nov. 2017. Disponível em: https://www.uniritter.edu.br/files/sepesq/arquivos_trabalhos_20172/4924/2119/2582.pdf. Acesso em: 15 nov. 2021.

MARINHO, Jefferson Luiz Alves. TEORIA DA INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN: UM OLHAR MATEMÁTICO PARA A TESE DA RESPOSTA CORRETA. **XI Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, XI Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, n. 1, p. 1-18.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a decisão jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2017 – Cap. 3, A dupla dimensão da resposta correta.

NASCIMENTO, YURI ALEXANDER NOGUEIRA GOMES. A integridade em Ronald Dworkin como vetor interpretativo no novo Código de Processo Civil. **Conteúdo Jurídico**, Conteúdo Jurídico.com, n. 1, p. 1-09, 16 jul. 2018. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52034/a-integridade-em-ronald-dworkin-como-vetor-interpretativo-no-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 24 nov. 2021.

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

GABRIEL AIRES MENDES:
Bacharelado em Direito pela
Universidade de Gurupi –
UnirG¹³¹.

KÁRITA BARROS LUSTOSA¹³².

(orientador)

RESUMO: O conceito de Insignificância, também conhecido como crime de bagatela, é um componente essencial do direito brasileiro. Este componente permite uma revisão de cada situação individual e proíbe a classificação de uma ação como crime quando as consequências desta ação são irrelevantes. No entanto, em solo brasileiro, a aplicabilidade deste princípio não é unânime, seja no campo doutrinário ou na jurisprudência. Frente a esse cenário, essa pesquisa teve o objetivo de analisar a aplicabilidade do princípio da insignificância no direito brasileiro. Os materiais utilizados na sua elaboração foram unicamente bibliográficos e teóricos retirados de livros, periódicos e decisões jurisprudenciais dos tribunais brasileiros. Nos resultados, ficou evidente que a jurisprudência e a doutrina têm aplicado este princípio sempre que se depara com crimes cuja consequências são ínfimas. Deve-se observar, contudo, os seus requisitos essenciais, que determinarão a possibilidade de seu reconhecimento, ou não, quais sejam: a mínima ofensividade da conduta; nenhuma perigosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Ademais, a bagatela não se estabelece no texto literal da lei, mas examina situações reais e impõe sanções de acordo com a gravidade das ofensas.

Palavras-chave: Insignificância. Repercussão. Legislação pátria. Aplicação.

THE PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

ABSTRACT: The concept of insignificance, also known as a trifle crime, is an essential component of Brazilian law. This component allows a review of each individual situation and prohibits the classification of an action as a crime when the consequences of this action are irrelevant. However, on Brazilian soil, the applicability of this principle is not unanimous, either in the doctrinal field or in jurisprudence. Faced with this scenario, this research aimed to analyze the applicability of the principle of insignificance in Brazilian law. The materials

131 E-mail: gabrielamendes@unirg.edu.br

132 Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: karitablustosa@unirg.edu.br

used in their elaboration were only bibliographic and theoretical taken from books, periodicals and jurisprudential decisions of the Brazilian courts. In the results, it was evident that jurisprudence and doctrine have applied this principle whenever it is faced with crimes whose consequences are tiny. However, its essential requirements must be observed, which will determine the possibility of its recognition, or not, which is: the slightest offense of the conduct; No social dangerousness of the action; the reduced degree of disagreement of behavior; and the inexpressiveness of the legal injury caused. In addition, the trifle is not established in the literal text of the law, but examines real situations and imposes sanctions according to the severity of the offenses.

Keywords: Insignificance. Repercussion. Fatherland legislation. Application.

Sumário: 1. Introdução. 2. Princípio da Insignificância: definições. 3. Das características e requisitos para a aplicação. 4. O Princípio da Insignificância no ordenamento jurídico brasileiro. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

No princípio da insignificância, comumente denominado de bagatela imprópria, é possível considerar atípico o fato quando a lesão ao bem jurídico for de tal forma irrisória que não seja justificável a atuação da máquina judiciária para persecução penal (KUDA, 2021).

Essa vertente é decorrente do princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*, do qual se extrai a ideia de que o direito penal só deve cuidar de situações graves, de modo que o juiz criminal só venha a ser acionado para solucionar fatos relevantes para a coletividade (LOBO; TAMURA, 2021).

O princípio aqui discutido tem raízes no Direito Penal. No entanto, ele tem-se estendido para outras áreas do Direito. Por essa razão, esse estudo também analisou a possibilidade de aplicabilidade do referido preceito em outros ramos jurídicos, tais como no Direito Ambiental e Tributário.

Importante mencionar que, o princípio da insignificância no ordenamento jurídico brasileiro não possui uma norma que o regule. Ele é encontrado, quando cabível, na jurisprudência. Seus aspectos são apresentados pela doutrina jurídica (GRECO, 2017). Com isso, a base para a realização dessa pesquisa se deu basicamente por meio de doutrina e jurisprudência.

Quando encontrado na doutrina e nos julgados, percebe-se que a insignificância tem gerado posicionamentos distintos. Nem os doutrinadores e nem os Tribunais tem entendimentos semelhantes, fazendo com que para ser aplicado tal princípio seja necessário observar as particularidades de cada caso. Por conta disso, mostra-se

importante compreender esse tema, principalmente aos operadores do direito, para que não haja interpretações equivocadas e errôneas.

Deste modo, esse estudo tem como problemática a seguinte questão: é possível aplicar o princípio da insignificância no Direito Brasileiro?

Assim, esta pesquisa teve o objetivo de discutir sobre a aplicação do princípio da Insignificância no regimento jurídico brasileiro, situação esta que vem gerando inúmeros debates, e que tem dividido a doutrina jurídica.

No que tange a metodologia utilizada, esse trabalho é uma revisão de literatura, onde “esse tipo de artigo caracteriza-se por avaliações críticas de materiais que já foram publicados, considerando o progresso das pesquisas na temática abordada” (KOLLER et al, 2014, p. 40), pois trata-se de avaliar a possibilidade de aplicação do princípio da Insignificância no ordenamento jurídico brasileiro.

Tratando-se de um artigo de revisão de literatura, a coleta de dados realizou-se no período entre os meses de fevereiro e março de 2023, mediante análise de documentos por meio de pesquisa doutrinária e artigos já publicados sobre o tema.

2. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: DEFINIÇÕES

Historicamente, o Princípio da Insignificância possui raízes no Direito Romano. Desde sempre esteve ligado ao fato de desconsiderar crimes, cujos efeitos sejam insignificantes. Os magistrados nesse primeiro período, focava exclusivamente nos casos mais complexos e de repercussão geral (RIBEIRO, 2017).

O primeiro texto legislativo que colocou o princípio da insignificância em destaque foi o regimento alemão em 1964, onde se detinha a ideia de que o ‘pretor não deve se responsabilizar por coisas pequenas’. Assim, os julgados de origem penalista não podem focar em casos aos quais os danos não sejam realmente sérios ou graves (SANTIAGO, 2018).

Importante mencionar que o presente instituto teve como “criador”, o jurista Claus Roxin que em 1964 desenvolveu a base conceitual e legal do princípio a partir de considerações sobre a máxima latina mínima *non curat praetor* (SANTIAGO, 2018).

Percebe-se que o princípio da insignificância desde sempre teve como ligação as normas penais. É nessa área do Direito que esse preceito nasceu. Assim, entende-se que delitos penais quando não possuem consequências impactantes ou que alterem algum aspecto, não deve receber demasiada atenção. Tem de se priorizar litígios que de fato irão impactar o meio social ou que irá exigir uma atenção maior do Magistrado.

Em termos conceituais, o princípio da bagatela tem como escopo, o afastamento da tipicidade penal. Bezerra (2021) em suas palavras explica que esse princípio tem como fonte a não penalização do ato cometido, por entender que ele não gera danos sérios à vítima ou a sociedade, de modo que se deve absolver o réu.

Já para Santiago (2018) é o princípio que se aplica nos casos onde o efeito concreto do delito é irrelevante, ainda que seja considerado como crime. Se não causa danos à sociedade, ao ordenamento jurídico e principalmente à vítima, não há necessidade de punir.

Feito esses conceitos gerais, parte-se no tópico seguinte sobre a sua caracterização e particularidades, uma vez que para ser aplicado é preciso que se observe determinadas condicionantes, que serão expostas a seguir

3. DAS CARACTERÍSTICAS E REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO

O fundamento para que o princípio da insignificância seja aplicado parte de dois pontos: a tipicidade formal e a tipicidade material. A primeira corresponde “a conformidade exata entre o fato praticado e os elementos que constam de um tipo penal” (GOMES, 2019).

A tipicidade material se traduz nos efeitos que o crime gera para a vítima, para a sociedade e para o Direito. Nesse caso, deve-se estabelecer os prejuízos sociais. É nessa tipicidade que recai esse princípio (GRECO, 2017).

Destaca-se que a insignificância está ligada a atuação do Estado, que nesse caso deve ser mínima. De outro modo, a intervenção do Estado na esfera de direitos do cidadão deve ser sempre a mínima possível, para que “a atuação estatal não se torne desproporcionalmente desproporcional e desnecessária, diante de uma conduta incapaz de gerar lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado” (TEIXEIRA, 2021, p. 12).

No entendimento de Carvalhido (2019, p. 01) o princípio da insignificância pode ser considerado uma espécie de “tentativa de recuperação da legitimidade do Direito Penal, com o condensamento de seus valores à qualidade dos fatos que visa, de maneira abstrata ou concreta, reprimir”.

Como entendem Eisele e Cruz (2021, p. 66), quando configurado um abalo ínfimo ao bem jurídico, não há razão para que a pena seja aplicada. Assim, no caso de qualquer aplicação da pena se tornaria desproporcional ao efeito que delito gerou à sociedade e a vítima.

Uma característica importante desse instituto é que ele traz economia processual. Gomes (2019) ao discorrer sobre esse fato, explica que quando se aplica esse princípio, na

verdade estar-se também trazendo uma maior celeridade aos processos judiciais, que no cenário atual se encontra superlotado.

Nesse sentido, Carvalhido (2019, p. 01) entende que a tipicidade da conduta quando não lesiva ao bem jurídico tutelado irá “levar à exclusão do crime e conseqüentemente a um “desafogamento” dos processos na justiça visto que a análise do fato será feita diretamente em seu nascedouro”.

Num entendimento mais sucinto sobre esse princípio, destaca-se as seguintes palavras:

O princípio da insignificância se ajusta à equidade e correta interpretação do Direito. Por aquela, acolhe-se um sentimento de justiça, inspirado nos valores vigentes em sociedade, liberando-se o agente, cuja ação, por sua inexpressividade, não chega a atentar contra os valores tutelados pelo Direito Penal. Por esta, exige-se uma hermenêutica mais condizente do Direito, que não se pode ater a critérios inflexíveis de exegese, sob pena de desvirtuar o sentido da própria norma e se conduzir a graves injustiças (LOBO; TAMURA, 2021, p. 15).

Importante frisar que é preciso que se estabeleça os requisitos para que o princípio da insignificância seja aplicado. Tendo como base apenas a doutrina jurídica e a jurisprudência brasileira, são nessa fonte que se encontra as imposições para que o instituto seja aplicado ao caso concreto.

Nesse sentido, Kuda (2021) nos traz os principais requisitos deste princípio: mínima ofensividade da conduta, ausência de periculosidade social da ação, ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressiva lesão jurídica.

É o que assenta a seguinte jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO. **INSIGNIFICÂNCIA** NÃO RECONHECIDA. REPROVABILIDADE DA CONDUTA. FURTO NO HORÁRIO DE REPOUSO NOTURNO. PRIVILÉGIO. REQUISITOS PRESENTES. APLICAÇÃO. I - O STF pacificou o entendimento de que **"a aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a ação atípica, exige a satisfação, de forma concomitante, de certos requisitos, quais sejam, conduta minimamente ofensiva, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica**

inexpressiva." II - Inviável a aplicação do princípio da insignificância quando o agente invade a residência da vítima no período noturno, circunstância que demonstra maior grau de reprovabilidade da conduta. III - Nos termos do art. 155, §2º, do CP, deve ser reconhecido o privilégio quando o agente é tecnicamente primário e o bem não ultrapassa o salário mínimo vigente na data do fato. IV - Recurso conhecido e parcialmente provido. (07018412220218070021 - (0701841-22.2021.8.07.0021 - Res. 65 CNJ). TJDFT. 3º Turma Criminal. Relator: NILSONI DE FREITAS CUSTODIO. Data de Julgamento: 09/03/2023. Publicado no PJe: 17/03/2023). (grifo meu)

Com base no julgado acima exposto, verifica-se que juntamente com o nível da lesão, devem ser analisadas se "as circunstâncias judiciais, como a culpabilidade do agente, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos do crime, consequências, circunstâncias, etc., são favoráveis" (COSTA, 2022, p. 23).

Mesmo não tendo uma lei que o regule, o princípio da insignificância é pauta de alguns Projetos de Lei. O maior destaque é o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, ainda em tramitação que versa a respeito da Reforma do Código Penal Brasileiro e que menciona especificamente a aplicação do princípio da insignificância.

Cunha (2020), no entanto, observa que mesmo timidamente, o princípio da insignificância já se encontra normatizado no ordenamento jurídico pátrio. O autor menciona o Código Penal Militar nos seus artigos 209 § 6º e 240 § 1º. Cita também o art. 386, III do atual Código de Processo Penal que no caso de processo penal, configurado um delito insignificante, pode o Magistrado absolver o réu.

Esclarecidos esses ensinamentos acerca do Princípio da Insignificância no Direito Penal, tem surgido nos últimos anos a sua aplicação (ou tentativa) em outras áreas do Direito. Sobre essa questão, o próximo tópico se objetiva em analisar essa possibilidade.

4. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Nos tópicos anteriores, discutiram-se a respeito do princípio da insignificância. Neste, serão apresentados a possibilidade de sua aplicação em várias áreas do Direito. O primeiro deles é a área penal. No **Direito Penal**, o princípio em destaque recebe total atenção, visto que é nessa área que ele mais se encontra aplicado (FLORENZANO, 2018).

O princípio da insignificância tem encontrado campo no direito penal, ao qual, em determinados delitos e observando o caso concreto ele pode ser aplicado. É o que assenta a jurisprudência abaixo:

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DA ACUSAÇÃO. ARTIGO 14, DA LEI DE ARMAS. PEDIDO DE CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DE PORTE DE MUNIÇÃO. APREENSÃO DE UM ÚNICO PROJÉTIL DE ARMA DE FOGO .22. AUSÊNCIA DE ARTEFATO BÉLICO. **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA.** PRECEDENTES DO STF E STJ. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. No caso, **a conduta não apresenta lesividade suficiente, sendo possível à luz da jurisprudência das Cortes Superiores, o reconhecimento da incidência do princípio da insignificância, com o afastamento da tipicidade material.** Na situação ora em análise fora encontrado um único projétil de arma de fogo calibre .22, desacompanhada do armamento. Não ficou evidenciado perigo a incolumidade. 2. A reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto. Precedentes do STF e STJ. 3. Recurso conhecido e não provido. (TJTO, Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO), 0013724-45.2021.8.27.2706, Rel. JOCY GOMES DE ALMEIDA, 3ª TURMA DA 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgado em 05/04/2022, DJe 12/04/2022). (grifo meu)

No caso acima, fora encontrado um único projétil de arma de fogo calibre .22, desacompanhada do armamento. Não ficou evidenciado perigo a incolumidade. Desse modo, a conduta não apresenta lesividade suficiente, sendo possível à luz da jurisprudência das Cortes Superiores, o reconhecimento da incidência do princípio da insignificância, com o afastamento da tipicidade material.

De outro modo, parte da jurisprudência brasileira, tem aplicado o princípio da insignificância principalmente nos crimes de furto. Por ser considerado um crime “simples”, cujos valores e bens são ínfimos, muitas decisões judiciais têm-se fundamentado nesse princípio. Contudo, mesmo nesse crime, tal princípio pode não ser aplicado.

A título de exemplo, quando a conduta do acusado resta consideravelmente reprovável, não há indicativo para aplicação do princípio da insignificância, ainda que seja delito de pouca gravidade, pois o princípio da insignificância só tem sentido quando aplicado em casos isolados de desvio de conduta não reprovável, não ofensiva e inexpressiva (MASSON, 2017).

Além disso, o Supremo Tribunal Federal tomou firme posição, no sentido de que a verificação da lesividade mínima deve levar em conta, além do valor do bem subtraído, as

circunstâncias de cunho subjetivo, especialmente a vida pregressa do agente. É o que se encontra no seguinte julgado:

APELAÇÃO CRIMINAL. **FURTO QUALIFICADO MEDIANTE FRAUDE**. RECURSO DA DEFESA. **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA**. VÍTIMA IDOSA (90 ANOS). **ELEVADO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA**. MAUS ANTECEDENTES. RESPONDE A AÇÕES PENAIS POR FURTO. PERICULOSIDADE. REQUISITOS NÃO DEMONSTRADOS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1- [...]. 2- **Apesar do valor furtado ser baixo, ausentes dois dos requisitos para a aplicação do princípio da insignificância, pois o apelante responde a outras ações penais por crime de furto, e o delito foi praticado mediante fraude, contra idosa de 90 anos, o que eleva o grau de reprovabilidade da conduta**. 3- É interesse do Estado punir infratores contumazes, para desestimular a criminalidade, ainda que o valor furtado seja baixo, porque o fato de se admitir a incidência do princípio da insignificância, em casos como tais, o infrator poderá fazer destes delitos o seu meio de vida. 4- Apelação conhecida e não provida. (TJTO, Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO), 0000194-04.2022.8.27.2717, Rel. ANGELA ISSA HAONAT, 5ª TURMA DA 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgado em 01/11/2022, DJe 04/11/2022). (grifo meu)

No entanto, como essa temática sempre traz posicionamentos contrários, os tribunais superiores também enfatizam que a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, conforme mostra o seguinte julgado:

PENAL. **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA**. CRIME DE FURTO SIMPLES. **REINCIDÊNCIA**. 1. A aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo ("conglobante"), que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados. 2. Por maioria, foram também acolhidas as seguintes teses: (i) **a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto**; e (ii) na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção

privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade. [...] (STF - HC 123108, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016). (grifo meu)

Continuando, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), para efeito do referido princípio, estabeleceu como parâmetro de aferição da relevância da lesão patrimonial o valor correspondente à décima parte do salário-mínimo vigente ao tempo da infração penal.

Neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. **PENAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.** RES FURTIVAE DE VALOR VENAL QUE SUPERA 10% DO SALÁRIO MÍNIMO. HIPÓTESE EM QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL RECONHECER A ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. INOVAÇÃO DE FUNDAMENTOS NO AGRAVO REGIMENTAL: DESCABIMENTO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Hipótese em que o Paciente furtou, de um supermercado localizado em um shopping center na capital Florianópolis - SC, duas peças de picanha, expostas à venda, em 2019, por R\$ 113,95, e foi condenado à pena reclusiva de um ano (substituída por uma reprimenda restritiva de direitos - limitação de final de semana), mais 10 (dez) dias-multa. 2. **O valor venal das res furtiva e supera 10% (dez por cento) do salário mínimo fixado à época - circunstância que, em regra, obsta a aplicação do princípio da insignificância.** 3. O fato de o produto do furto ter sido devolvido à Vítima não afasta, de per si, a tipicidade material da conduta delitiva. (...). 6. Circunstâncias que impedem a conclusão de que reconhecer a atipicidade material da conduta na hipótese mostrar-se-ia socialmente recomendável. 7. Agravo desprovido. (AgRg no HC n. 744.228/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 21/6/2022). (grifo meu)

No **Direito Ambiental**, no Brasil, a doutrina e a jurisprudência não são unânimes na questão de aplicar o referido princípio diante dos crimes ambientais. Entende-se que essa matéria ainda não encontrou uma decisão unificada, haja vista a real análise de cada caso.

Parte da doutrina entende que o Princípio da Insignificância não deveria se encontrar em sede do Direito Ambiental. D'Ávila (2014) entende que tal princípio não deve ter espaço aos crimes ambientais, haja vista, que a proteção e preservação do meio ambiente serve para as presentes e futuras gerações, o que impõe a todos a sua proteção.

Farenzena (2020) por sua vez entende que abrir espaço para a flexibilização nas penalidades daqueles que cometem crimes ambientais, poderia causar a sensação de impunidade ou ainda pior, de apoio ao cometimento de crimes dessa espécie. Isso se explica pelo fato de que não importa o tamanho da lesividade ao espaço ambiental, qualquer ato que venha a prejudicar o Meio Ambiente deve ser penalizado.

No entanto, ainda na doutrina, é majoritário o entendimento de que o princípio da insignificância é plenamente possível de ser aplicado aos crimes ambientais. *A priori*, Silva (2018) cita que o art. 54 da Lei n.º 9.065/98 traz o entendimento de que é possível reconhecer a existência de lesão ambiental penal insignificante, conforme mostra o trecho do artigo:

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. (BRASIL, 1998)

Em referência ao artigo supracitado, Freitas; Freitas (2016) afirmam ser possível que o princípio da insignificância seja aplicado aos crimes ambientais. No entanto, salientam que para isso é preciso que seja analisado as circunstâncias de cada caso, ou seja, a sua aplicabilidade só é possível de ser feita em forma excepcional e não como regra geral.

A doutrina majoritária entende que o referido princípio em tela só se aplica em casos de menor relevância, ou seja, que não agredem de modo significativo o ambiente e que suas penas além de leves possam trazer a possibilidade de transação penal e suspensão condicional do processo. Nucci (2013, p. 237) entende que a aplicação do referido princípio é "perfeitamente aplicável no contexto dos delitos contra o meio ambiente".

Bastos (2017) cita como exemplo para a sua possibilidade de aplicação, o crime do art. 29, da Lei nº 9605/98, com o entendimento de que matar, perseguir caçar, apanhar, utilizar qualquer animal de mínima importância para o ecossistema, como "uma borboleta ou um filhote de pássaro que caiu do ninho", pode se enquadrar na conjectura da aplicação do princípio da insignificância.

Se na doutrina o posicionamento maior é sobre a possibilidade de aplicação do presente princípio diante de crimes ambientais, na jurisprudência brasileira, também há

divergências a esse respeito. Entretanto, decisões mais recentes tem se alinhado no sentido de compreender em que circunstâncias se aplicam tal princípio.

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça já editou decisões em que afastou a aplicação do princípio da insignificância, conforme expressa o seguinte julgado:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PESCA EM ÉPOCA E COM PETRECHOS PROIBIDOS. APREENSÃO DE 12 CAMARÕES. **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE.** AGRAVO DESPROVIDO. 1. Não é insignificante a conduta de pescar em época proibida, e com petrechos proibidos para pesca (tarrafa, além de varas de pescar), ainda que pequena a quantidade de peixes apreendidos. 2. Agravo regimental desprovido. (REsp 1.455.086 – RS 2014/0118895-2. Rel. Ministro Ribeiro Dantas. Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em: 24/05/2018). (grifo meu)

No entanto, essa Corte também tem entendido que a admissão do princípio da insignificância só é possível quando verificada *in loco*, a ínfima lesividade ao bem ambiental protegido pela lei. Ou seja, para que seja aplicado, o prejuízo causado ao bem ambiental deve ser pequeno ou mínimo.¹³³

Já no posicionamento da Suprema Corte brasileira, também se verifica uma abertura na aplicação do respectivo princípio. Ocorre que para ser aplicado o princípio da insignificância, deve-se observar determinados critérios, já mencionados no tópico anterior. Vários são os julgados que acatam o princípio da insignificância aos crimes ambientais desde que obedecidas os critérios acima descritos. A título de exemplo, tem-se:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. PESCA EM PERÍODO DEFESO. **APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE.** CONDUTA QUE NÃO CAUSOU DANOS AO ECOSISTEMA. ATIPICIDADE MATERIAL DOS FATOS. RECLAMO PROVIDO. [...] 2. No caso dos autos, o paciente foi denunciado, tendo sido acusado de pescar em período defeso, entretanto foi abordado pelos fiscais apenas com a 'linha de mão', sem nenhum espécime da fauna aquática, **conduta que não causou perturbação no ecossistema a ponto de reclamar a incidência do Direito Penal**, imperioso, portanto, o reconhecimento da atipicidade

¹³³ (AgRg no REsp 1.558.312/ES, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 2/2/2016, DJe 22/2/2016).

da conduta perpetrada, sendo o recorrente tecnicamente primário. 3. Recurso provido para determinar o trancamento da Ação Penal n. 5495-84.2011.4.01.4200. (RHC 58.247/RR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/3/2016, DJe 30/3/2016). (grifo meu)

Com base no caso acima, percebe-se que há uma aplicação do princípio da insignificância mesmo durante o período de defeso, desde que não tenha havido utilizado de petrechos proibidos ou não ter tido apreensão de pescado no momento do flagrante. Apesar disso, também é possível verificar o afastamento da aplicabilidade do princípio da bagatela nas hipóteses de: (a) utilização de petrechos proibidos; ou (b) apreensão de pescado com os acusados. Nesse sentido, cita-se:

PROCESSO PENAL E PENAL. RECURSO ESPECIAL. **PESCA EM ÉPOCA PROIBIDA**. APREENSÃO DE 250g DE ROBALO E DE PETRECHOS PROIBIDOS NA ATIVIDADE DE PESCA. **APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE**. RECURSO PROVIDO. [...] 3. **Não é insignificante a conduta de pescar em época proibida, e com petrechos proibidos para pesca** (tarrafa, além de varas de pescar), ainda que pequena a quantidade de peixes apreendidos. 4. Recurso especial provido para afastar a absolvição sumária do recorrido, determinando-se o prosseguimento da ação penal. (REsp 1.685.927/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/9/2017, DJe 27/10/2017). (grifo meu)

Do mesmo modo também é possível encontrar o afastamento do princípio em análise quando há reincidência do autor, ou seja, o princípio da insignificância não deve ser utilizado quando há repetição da conduta criminoso (ANGELO, 2020).

Como exemplo, insta mostrar:

[...] a hipótese em exame versa sobre reiteração delitiva, pelo que, sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal afastam a aplicação do princípio de insignificância quando há reiteração de condutas criminosas, ainda que insignificantes, quando consideradas de forma isolada, em face da reprovabilidade da contumácia delitiva.¹³⁴

134 RECURSO EM SENTIDO ESTRITO N. 0000763-53.2017.4.01.3908/PA. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/insignificancia-nao-aplicada-dano.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2023.

Nota-se com os julgados acima, no que se refere especificamente a crimes ambientais, diante da importância e singularidade do bem tutelado (meio ambiente equilibrado), o princípio da insignificância deve ser aplicado com cautela (PRADO, 2019).

Isto posto, entende-se que o princípio da insignificância é plenamente possível de ser aplicado em sede do Direito Ambiental, mas para que sua aplicação seja justa é devido ao Magistrado observar o grau de lesividade e principalmente os efeitos que a ação delituosa possui para o Meio Ambiente, uma vez, que é para ele que se destina a total proteção jurídica (FAGUNDES, 2019).

No campo do **Direito Tributário**, ao exame da jurisprudência, na aplicação da insignificância a crimes tributários, fundamenta-se na Lei nº 10.522/2002 e nas Portarias 75/2012 e 130/2012, do Ministério da Fazenda.

Segundo Lins (2019) a aplicabilidade do princípio da insignificância na esfera tributária não muda a sua essência, a relevância do dano, desse modo, os danos de pouca importância e de pequena monta devem resultar em uma valoração de atipicidade material, afastando assim a punibilidade. Logo, a dívida fiscal de valor ínfimo não é capaz de abalar o sistema tributário, por isso, pode ser considerada materialmente atípica.

No entanto, na esfera tributária a legislação estabelecerá os valores considerados insignificantes para a execução fiscal evidentemente que obedecerá a valores distintos para os entes federados, uma vez que cada ente possui uma realidade diferente do outro, dada a importância para cada um estabelecer suas próprias normas após realizações de estudos para fixar o valor (LINS, 2019).

O princípio da insignificância aplicado aos crimes contra a ordem tributária em face da União, teve sua normatização com a publicação da Lei nº 10.522/2002 (art. 20). Com a aprovação dessa lei, passou a ter um parâmetro estabelecido e fixo no âmbito federal, sendo que foi considerado insignificante o valor de até R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), isso no ano de 2002. Contudo no ano de 2004, alterou-se pela Lei 11.033/2004 o transcrito do artigo 20 da Lei nº 10.522/2002, majorando o critério de insignificância para R\$10.000,00 (dez mil reais), também alterando a redação do §2º e acrescentando o §4º ao artigo (NUCCI, 2017).

Posteriormente no ano de 2012 foi publicada a Portaria nº 75 do Ministério da Fazenda, que novamente majorou o valor de forma significativa, nestes termos:

Art. 2. O Procurador da Fazenda Nacional requererá o arquivamento, sem baixa na distribuição das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$

20.000,00 (Vinte mil reais), desde que não ocorrida a citação pessoal do executado ou não conste dos autos garantia útil à satisfação do crédito.

(BRASIL, 2012)

Assim, diante do conflito dos parâmetros monetários, a divergência na jurisprudência foi bastante contundente, enquanto o Superior Tribunal de Justiça embasou seu entendimento na possibilidade da aplicação do princípio no art. 20 da Lei nº 10.522/2002, ou seja, somente quando houver dívidas à Fazenda Pública no valor de igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (Dez mil reais). Já para o Supremo Tribunal Federal entendeu que a possibilidade para a aplicação quando o valor não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (Vinte mil reais), embasando na Portaria nº 75 do Ministério da Fazenda, de 22 de março de 2012. (BRASIL, 2002).

Tais valores ainda são tema de debates na jurisprudência pátria. O questionamento do Ministério Público Federal sobre o entendimento do valor a ser utilizado para ser alcançado pelo princípio da insignificância pelos tribunais, foi reiterado pela até então Subprocuradora Geral da República Maria das Mercês Gordilho Aras em 2017 pelo parecer nº 17.804/2017, ressaltou que o valor a servir de parâmetro é o de R\$ 10.000,00 (Dez mil Reais) reafirmando o que aduz a lei 10.522/2002. Para ela o valor defendido pelo STF de R\$ 20.000,00 (Vinte mil Reais) é considerado exorbitante comparado com o valor do salário mínimo vigente no país. (MPF, 2017).

De todo modo, percebe-se com nitidez que tanto o Superior Tribunal Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal reconhecem indubitavelmente a aplicabilidade do princípio da bagatela em crimes praticados contra o sistema tributário federal, prevalecendo tão somente a divergência no quantum desta fixação monetária, pois ambos entendem que não há necessidade da atuação da Fazenda Nacional para o ajuizamento de execução fiscal cobrando valores considerado irrisórios (LINS, 2019).

Importa considerar, que em se tratando de tributos de competência municipal e estadual, deve-se analisar se há algum ato normativo tratando sobre a dispensa de ajuizamento de execuções fiscais e a determinação do valor mínimo. Dado que, o valor a ser utilizado como parâmetro por um estado ou município entende-se que não prejudica a ordem tributária, em outro estado pode ser que comprometa o bom funcionamento do estado. Por isso, é de competência de que cada ente federado a regulamentação do tema (LINS, 2019).

Com os exemplos acima mostrados, entende-se que o Direito deve intervir somente nos casos em que a conduta ocasionar lesão jurídica de certa gravidade, devendo ser reconhecida a atipicidade material de perturbações jurídicas mínimas ou leves, assim

consideradas não só pelo prisma econômico, mas também em função do grau de perturbação da ordem social.

Sendo assim, o princípio da insignificância deve ser analisado em conjunto com os preceitos da fragmentariedade e da intervenção mínima estatal, no sentido de excluir ou afastar a própria tipicidade penal (ou de outra área jurídica), observando-se a presença dos vetores elencados anteriormente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um dos principais objetivos da norma penal é proteger os bens jurídicos que tem grande valor na sociedade e entre os seus habitantes. Apesar disso, existem casos onde se verifica que a aplicação literal da lei pode gerar casos onde inexiste razoabilidade, equiparando condutas que causam lesões de diferentes graus e as tipificando conjuntamente, não existindo proporcionalidade entre o dano causado e a pena cominada. Tal fato configura uma afronta ao mais importante de todos os princípios, a dignidade da pessoa humana, obrigando um indivíduo a cumprir penas muito mais severas do que o mal que ele causou.

Com base nisso emergiu no âmbito jurídico o Princípio da Insignificância, que busca primordialmente não punir aqueles delitos cujos efeitos sociais e jurídicos não são relevantes ou impactante, ou seja, não geram dano maior. Com a aplicação desse princípio, a doutrina entende que há de se ter uma maior celeridade aos processos judiciais, diminuindo assim os numerosos processos encontrados nos Tribunais.

No decorrer deste estudo ficou evidenciado primeiramente que, tal princípio se encontra em várias áreas do Direito brasileiro: mais fortemente no Direito Penal, seguido pelo Direito Civil, Ambiental, Tributário e Tributário. Os tribunais nacionais já tem julgado a aplicabilidade desse princípio em todas essas áreas.

Nos resultados coletados para a realização da presente pesquisa restou claro que para ser aplicado, a incidência do princípio da insignificância é condicionada ao preenchimento dos seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) ausência de periculosidade social da ação; (iii) grau de reprovabilidade do comportamento muito reduzido; (iv) inexpressividade da lesão ao bem jurídico protegido (Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça).

Desse modo, ainda que não haja uma lei específica que regule esse princípio, ele pode perfeitamente ser aplicado, desde que respeite as suas condicionantes e que de fato tenha configurado no caso concreto uma inexpressividade da lesão ao bem jurídico protegido.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGELO, Tiago. **Insignificância não deve ser aplicada em caso de dano ambiental recorrente**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-22/insignificancia-nao-aplicada-quando-dano-for-recorrente>. Acesso em: 12 mar. 2023.

BASTOS, Ana Selma de Aragão. **Aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais**. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/248302/aplicacaodoprincipiodainsignificancia-aos-crimes-ambientais>. Acesso em: 29 fev. 2023.

BEZERRA, José Lucas Gomes. **Princípio da insignificância e sua relação com a lei de entorpecentes**. Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Coordenação do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio, em cumprimento às exigências para a obtenção do grau de Bacharel. Juazeiro do Norte, 2021.

BRASIL. **Lei 10.522/2002**. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10522.htm. Acesso em: 18 mar. 2023.

CARVALHIDO, Ramon. **O princípio da insignificância no Direito Penal**. 2019. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4962/O-principio-da-insignificancia-no-Direito-Penal>. Acesso em: 29 fev. 2023.

COSTA, Felipe Lopes da. **O princípio da insignificância aplicado à habitualidade delitiva nos crimes de furto**. Artigo científico de pesquisa apresentado para a avaliação de Trabalho de Curso, com posterior apresentação à Banca Examinadora, requisitos para a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Porto Alegre, 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal - Parte geral**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

D'AVILA, Fábio Roberto. **Breves notas sobre o direito penal ambiental**. Boletim IBCCRIM n. 214.

EISELE, Andreas; CRUZ, Rogerio Schiatti. **Insignificância Penal: Os crimes de bagatela na dogmática e na jurisprudência**. São Paulo: JusPodivm, 2021.

FAGUNDES, Rafael. **A Insignificância no Direito Penal Brasileiro**. 1 ed. Editora: Revan, 2019.

FARENZENA, Claudio. **É possível aplicar o princípio da insignificância a crime ambiental?** 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/86593/e-possivelaplicaroprincipiodainsignificancia-a-crime-ambiental>. Acesso em: 18 mar. 2023.

FLORENZANO, Fernando Wesley Gotelip. **O princípio da insignificância no Direito Penal brasileiro.** Direito em movimento, v. 16, n. 1, p. 110-142, 2018.

FREITAS, Vladmir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. **Crimes contra a natureza.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral.** vol. I. 19^a ed. Niterói: Impetus, 2017.

KUDO, Anderson Siji. **Aplicação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia.** Revista da Escola Superior de Polícia Civil - DPC-PR; v. 1, 2^o ed. São Paulo, 2021.

LINS, Erika Nunes de Siqueira. **A constelação sistêmica como método de resolução da insignificância tributária.** Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEVANGÉLICA, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito. Anápolis, 2019.

LOBO, Judy Gabrielly de Almeida; TAMURA, Sérgio Mitsuo. **A aplicabilidade do princípio da insignificância pelo delegado de polícia ao crime de furto.** UniVAG – Centro Universitário. v.2 n. 1(1-25); 2021.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado: parte geral – vol. 1.** 11^a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Método 2017.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Portaria 75/2012.** Dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Disponível em: <http://fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/legislacao/portarias-ministeriais/2012/portaria75>. Acesso em: 18 mar. 2023.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Portaria nº 130, de 19 de abril de 2012.** Altera a Portaria MF nº 75, de 22 de março de 2012, que dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria- Geral da Fazenda Nacional. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/legislacao/portarias-ministeriais/2012/portaria-no.-130-de-19-de-abril-de-2012>. Acesso em: 18 mar. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 13ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal do Ambiente - Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998)**. 7º ed. Editora: Forense, 2019.

RIBEIRO, Karla Daniele Moraes. **Aplicação do princípio da insignificância**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2017.

SANTIAGO, Emerson. **Princípio da Insignificância**. 2018. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/direito/principio-da-insignificancia/>>. Acesso em: 21 mar. 2023.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância e os crimes ambientais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

TEXEIRA, Mariana. **O princípio da insignificância: seu conceito e aplicação no século XXI**. 2021. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1567141/o-principio-da-insignificancia-seu-conceito-e-aplicacao-no-seculo-xxi-mariana-teixeira>. Acesso em: 18 mar. 2023.

A RELATIVIZAÇÃO DA IMUNIDADE PARLAMENTAR PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ALEXANDRE RAFFAEL TRES:

Graduado em Direito pela Fundação Universidade Federal de Rondônia. Pós-Graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Sociedade de Ensino Superior Estácio de Sá. Servidor Público do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Atuou como Analista Jurídico da Defensoria Pública do Estado de Rondônia.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar o estatuto dos congressistas, em especial as imunidades formais e materiais, destacando, ainda, as relativizações realizadas pelo Supremo Tribunal Federal no que diz respeito aos denominados "discursos de ódio", "*Fake News*" e os demais discursos dolosos realizados por parlamentares com intenções deliberada e dolosamente com o objetivo de atingir de forma direta a honra do ofendido.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Legislativo. Estatuto dos Congressistas. Supremo Tribunal Federal. Relativizações. Discursos Criminosos.

ABSTRACT: This article aims to analyze the statute of congressmen, in particular the formal and material immunities, also highlighting the relativizations carried out by the Federal Supreme Court with regard to the so-called "hate speeches", "*Fake News*" and other malicious speeches made by parliamentarians with intentions deliberately and intentionally with the aim of directly affecting the honor of the offended party.

KEYWORDS: Legislative Power. Statute of Congressmen. Federal Court of Justice. Relativizations. Criminal Speeches.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira de 1988 (CF/88) organiza o Poder Legislativo, em âmbito federal, criando o denominado Congresso Nacional, o qual, por se tratar de um sistema bicameral, é composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. No texto normativo vigente, há uma complexa divisão de competências no que concerne às atribuições elencadas a estas entidades de poder, os quais possuem extrema importância na conjuntura constitucional, que vai desde a atividade legiferante, isto é, sua atribuição

de criar leis e emendas constitucionais, até a fiscalização dos entes federativos e demais atribuições ordinárias, todas elencadas na referida Carta Magna.

É cediço que a Câmara dos Deputados é composta por representantes do povo, maiores de vinte e um anos (CF, art. 14, § 3º, VI, "c"), eleitos diretamente, por meio de escrutínio secreto (CF, art. 14), denominados de Deputados Federais que são eleitos pelo sistema proporcional (CF, art. 45). Já o Senado Federal é composto por representantes dos Estados e do Distrito Federal, maiores de trinta e cinco anos (CF, art. 14, § 3º, VI, "b"), eleitos diretamente, por meio de escrutínio secreto (CF, art. 14), os quais são denominados de Senadores da República e são eleitos pelo sistema majoritário.

ESTATUTO DOS CONGRESSISTAS E A RELATIVIZAÇÃO DA IMUNIDADE MATERIAL

Conforme NOVELINO, os Deputados e os Senadores possuem regime jurídico próprio formado por um conjunto de normas que estabelecem direitos e deveres voltados a garantir o adequado exercício das funções parlamentares, bem como a independência do Poder Legislativo.

Com efeito, estas prerrogativas são inerentes à função parlamentar, garantidoras do exercício do mandato, com plena liberdade, tendo por escopo auxiliar e proteger os congressistas no desempenho de seus mandatos com vistas a promover a democracia, enquanto corolário da separação dos poderes.

Dentro deste estatuto, convém destacar, para fins deste artigo, as imunidades, as quais se dividem em formais e material. A imunidade formal ainda pode ser subdividida em relação à prisão e em relação ao processo.

Inicialmente, no que se refere à imunidade formal, também chamada de processual ou adjetiva, diz respeito às regras sobre prisão e processo criminal dos parlamentares, encontrando-se dispostas no art. 53, §§ 2º a 5º, da CF/88.

Em relação à imunidade quanto à prisão, consta no texto constitucional que, desde a expedição do diploma, os parlamentares federais não poderão ser presos, salvo em flagrante delito de crime inafiançável e por condenação criminal transitada em julgado, sendo que, caso ocorra uma prisão, os autos deverão ser remetidos dentro do prazo de 24h à respectiva casa legislativa, a qual, pelo voto da maioria de seus membros, deverá resolver se mantém a prisão ou se coloca em liberdade o parlamentar.

É preciso destacar que essa vedação à prisão diz respeito às prisões penais cautelares, quais sejam: preventiva, temporária e em flagrante por crime inafiançável. Quanto à prisão civil por inadimplemento de obrigações alimentar, há divergência por parte da jurisprudência dos Tribunais Superiores e na doutrina nacional.

Ainda sobre a imunidade formal em relação à prisão, registre-se que há importantes decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), destacando-se a decisão proferida no Inquérito nº 4781, em que a Corte decretou a prisão preventiva do Deputado Federal Daniel Silveira, por este ter publicado um vídeo em sua rede social atacando a honra dos ministros do próprio STF, além de propagar medidas antidemocráticas. A decisão partiu do pressuposto de que configurava flagrante delito, tendo em vista que, pelo fato do vídeo estar disponível nas redes sociais do parlamentar e na rede mundial de computadores, estar-se-ia ocorrendo a perpetuação dos delitos investigados.

Além dessa decisão, outra importante diz respeito ao HC n. 89.417, ocasião em que a Suprema Corte afastou a decisão da Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia, a qual havia revisto a decisão judicial que decretou a prisão do então presidente daquela casa legislativa estadual, tendo em vista que a maioria dos deputados estaduais que atuaram naquela ocasião também estavam sendo investigados ou já haviam sido denunciados pelos mesmos crimes imputados ao parlamentar beneficiado pela decisão colegiada da referida assembleia.

Lado outro, no que diz respeito à imunidade formal em relação ao processo, o texto constitucional dispõe, em seu artigo 53, § 3º. que *"recebida a denúncia contra o Senador ou o Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação"*.

Destaca-se que, da leitura da referida norma, extrai-se que o texto constitucional estabelece a possibilidade de sustar processos somente em relação a crimes cometidos após a diplomação, de modo que a imunidade formal não seria aplicada aos crimes cometidos antes da diplomação. Além disso, essa imunidade não se aplica, também nos casos em que o parlamentar é reeleito, ou seja, só se aplica a crimes cometidos naquela legislatura para qual foi eleito, não podendo ser estendida aos mandatos posteriores.

Ainda, no que se refere a esta imunidade formal, é preciso resgatar a importante Súmula 245 do próprio STF, a qual disciplina que *"a imunidade parlamentar não se estende ao corrêu sem essa prerrogativa"*. Com efeito, caso o crime praticado pelo parlamentar tenha sido cometido em concurso de agentes com corrêu que não detenha mandato parlamentar com prerrogativa de função, bem ainda a casa legislativa venha a sustar o andamento do feito em relação ao parlamentar citado, neste caso deverá ser feito o desmembramento do processo e remetido ao juízo competente para eventualmente processar o corrêu sem foro por prerrogativa de função.

Por outro lado, há a existência da imunidade material dos congressistas. Esta prerrogativa, também chamada de imunidade real, substantiva ou, ainda, de inviolabilidade, implica a exclusão da prática de crime, bem como a inviolabilidade civil pelas opiniões, palavras e votos dos parlamentares, conforme disciplina o art. 53 da CF/88.

Sobre essa imunidade, o próprio STF já asseverou que "*a cláusula de inviolabilidade e constitucional, que impede a responsabilização penal e/ou civil do membro do Congresso Nacional, por suas palavras, opiniões e votos, também abrange, sob seu manto protetor, as entrevistas jornalísticas, a transmissão para a imprensa, do conteúdo de pronunciamentos ou relatórios produzidos nas Casas Legislativas e as declarações feitas aos meios de comunicação social, eis que tais manifestações – desde que vinculadas ao desempenho do mandato – qualificam-se como natural projeção do exercício das atividades parlamentares*" (Inq. 2.332 AgR, rel. Min. Celso de Mello).

Com efeito, esta imunidade material (penal e civil) reclama que as palavras do deputado ou do senador estejam vinculadas às atividades parlamentares, ainda que fora do recinto do Congresso Nacional. Assim, manifestações de cunho político, em geral, costumam ser acobertadas pela imunidade material, pois a função do parlamentar não se resume à função legislativa estrito senso. Exemplos de afirmações de cunho político, e, portanto, relacionadas às funções parlamentares: i) declarações sobre fatos que estejam sendo debatidos pela sociedade; ii) opiniões sobre temas de interesse do eleitorado e da sociedade civil organizada; iii) discussão sobre fatos investigados em CPI ou pelos órgãos de persecução penal.

Verifica-se, pois, que a imunidade material está intrinsecamente ligada ao exercício da atividade parlamentar, que pode ocorrer tanto dentro como fora da casa legislativa. Há uma presunção de que as manifestações, por parte do congressista, dentro das dependências da casa legislativa foram realizadas no exercício e em razão do cargo. Por outro lado, quando estas manifestações ocorrem fora do recinto legislativo, haveria a necessidade de que o próprio deputado ou senador comprove que seu ato tem relação com o exercício do seu cargo político ou em razão dele.

Isso porque, como é visto em decisões dos últimos anos do STF, há uma certa relativização a esta imunidade material, ainda quando a manifestação por parte do parlamentar é realizada dentro da casa legislativa.

Em importante decisão, datada de 2016, a Suprema Corte iniciou uma nova fase em sua jurisprudência e passou a retirar a imunidade dos parlamentares em situações pontuais, afirmando que esta não é um salvo-conduto para os congressistas praticarem crimes contra a honra, manifestações deliberadamente voltadas a ofender as demais pessoas ou grupos, bem como discursos de ódio que propagam informações injuriosas sobre determinadas camadas vulneráveis.

A referida decisão consiste na denúncia recebida contra o ex-presidente Jair Bolsonaro no que se refere à incitação de crime de estupro e, ainda, da queixa-crime pelo crime de calúnia no tocante aos fatos que envolveram a deputada federal Maria do Rosário, fato este de conhecimento notório à época dos acontecimentos, sendo que o à época deputado havia afirmado, dentre outras ofensas, que a deputada “não merecia ser estuprada”. Na decisão, o STF entendeu que as manifestações do então deputado Bolsonaro, embora realizadas nas dependências da casa legislativa, não estavam interligadas com a sua atividade parlamentar (STF, Inq. 3932 e Pet. 5243).

Em outra manifestação do próprio STF, já no ano de 2020, chegou-se à conclusão de que o fato do parlamentar possuir imunidade material não lhe permite proferir declarações que nitidamente configuram crimes contra a honra, principalmente nos casos em que essas ofensas são perpetradas pelas redes sociais, de modo que a Suprema Corte recebeu queixa-crime contra o deputado federal Wladimir Costa, que havia discursado no plenário de sua casa legislativa atingindo a hora de artistas no que se refere aos recursos oriundos da Lei Rouanet (STF, Pet. 7174).

Ademais, como dito anteriormente, há uma presunção de que as manifestações proferidas dentro da casa legislativa, como regra, dizem respeito ao cargo e seu exercício político. Por outro lado, quando as manifestações são realizadas fora do espaço da casa legislativa, há necessidade de comprovar que os atos dizem respeito ao desempenho das funções do cargo eletivo.

A situação continua complexa quando envolve manifestações proferidas no âmbito da *internet*, o que se mostra extremamente corriqueiro atualmente devido ao avanço tecnológico e expansão das redes sociais. Em relação a estas situações, o STF tem entendido que a imunidade parlamentar só deverá incidir em manifestações realizadas pela *internet* quando proferidas no âmbito da atuação do exercício parlamentar ou em razão dela, ainda que estas manifestações no âmbito da *internet* tenham sido perpetradas dentro do recinto legislativo, como seria no caso de mensagens publicadas na rede mundial através de um computador registrado no gabinete de algum congressista.

A situação fica ainda mais delicada com o avanço recente das denominadas “*fake News*” na seara da política. Tais prática envolvem discursos praticados por parlamentares com a intenção de prejudicar opositores e disseminar notícias falsas em detrimento da ignorância e ausência de cultura da população que lhes segue, violando os princípios basilares do Estado Democrático de Direito e que se afastam de toda conduta moral e proba que deve seguir a vida de um político.

Em relação a estes discursos falsos, o STF tem entendido que “*o compartilhamento de fakenews não está englobado pela liberdade de expressão e nem amparado pela*

imunidade material dos parlamentares federais, vez que a conduta de produzir material falso e difamatório não se enquadra no contexto das opiniões, palavras e votos proferidos por um parlamentar", inclusive, na ocasião, condenou o deputado federal Eder Mauro por ter praticado o crime de difamação contra o, à época, também deputado federal Jean Wylis, ocasião em que aquele adulterou um vídeo de forma fraudulenta e publicou no seu *facebook*, dando a entender que o ofendido estaria praticando discurso de ódio contra negros e pobres, todavia, o vídeo estava editado e não condizia com a realidade do discurso original.

Outra situação notória em que a Suprema Corte relativizou a imunidade material diz respeito ao já mencionado caso do deputado federal Daniel Silveira. Conforme se extrai do Inq. 4781, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, o referido parlamentar teria publicado um vídeo no *youtube* atacando frontalmente ministros da Suprema Corte por meio de ameaças e propagando medidas contra a democracia, além de instigar medidas violentas contra a vida e a segurança dos membros do STF.

Sobre este caso, além de da relativização da imunidade formal do deputado federal, já mencionada quando tratamos destas espécies de imunidades, também houve a relativização da imunidade material, ao argumento de que esta não pode ser utilizada para a prática de condutas que afrontam os princípios democráticos, republicados e da separação dos Poderes, pois as condutas do parlamentar atentam frontalmente contra a própria manutenção do Estado Democrático de Direito.

Assim, neste julgamento, a Corte chegou à conclusão que as imunidades parlamentares são prerrogativas que visam garantir o Estado de Direito e a Separação dos Poderes, de modo que a CF/88 não permite a propagação de ideias contrárias à ordem constitucional e ao Estado Democrático, tampouco discursos que visam o rompimento desta estabilidade constitucional. Além disso, a liberdade de expressão e o pluralismo de ideias encontram óbice em discursos deliberadamente voltados às práticas criminosas.

Além desses casos citados, mais recentemente, a Suprema Corte reafirmou sua jurisprudência no sentido de que a imunidade material não protege os parlamentares no que se refere às manifestações injuriosas proferidas em redes sociais de forma dolosa e genérica, com a intenção de destruir reputações, sem qualquer indicação de prova que pudesse corroborar estas acusações (STF, Pet. 8242, 8259, 8262, 8263, 8267 e 8366, de Relatoria do Ministro Celso de Mello).

O caso se refere aos vídeos divulgados pelo Senador Jorge Kajuru em redes sociais afirmando que determinado senador, dentre outras ofensas, seria um "*pateta, inútil, idiota, desprezível, trapalhão e que entrou na política por negócios*". Não bastasse, disse que um ex-deputado fazia parte de um esquema de azar e seria o chefe da referida organização criminosa, dentre outras ofensas de cunho injurioso. O STF recebeu queixa-crime contra o

então senador e afirmou que a liberdade de expressão não alcança a prática de discursos dolosos com o intuito manifesto de difamação, de juízos depreciativos de mero valor, de injúrias em razão da forma ou de críticas aviltantes.

Por fim, outra importante questão se refere aos denominados discursos de ódio ou *hate speech*, como chamados no direito norte-americano. A já tratada imunidade material abarcaria estes discursos ou também seriam uma forma de relativizá-la? A resposta não poderia ser diferente se analisarmos as mais recentes decisões do STF sobre questões semelhantes.

Com efeito, dispõe SARMENTO que discurso de ódio pode ser conceituado como *"a manifestação do pensamento que promove ou provoca o ódio, o desprezo ou intolerância contra determinados grupos, em razão de preconceitos e discriminações ligados à etnia, religião, origem, raça, cor, gênero, orientação sexual, deficiência física ou mental, dentre outros fatores"*. Por este esclarecedor conceito, não há dúvidas de que a imunidade parlamentar não protege o discurso de ódio, tendo em vista que sua prática atinge frontalmente um dos mais importantes fundamentos da CF/88, que é a dignidade da pessoa humana, além de ferir outros importantes direitos fundamentais como a liberdade, a igualdade, a vida, a privacidade, a honra, dentre outros.

Embora não haja uma decisão expressa da Suprema Corte deliberando a respeito da relativização da imunidade material no tocante a um discurso considerado de ódio, tendo em vista que, em 2018, no Inq. 4694, em caso envolvendo o então deputado federal Jair Bolsonaro e manifestações sobre comunidade quilombolas, a Corte considerou que o discurso estava abarcado pela imunidade material, é bem provável que novos casos julgados pelo STF tenham rumos diferentes, uma vez que sua jurisprudência vem se consolidando no sentido de relativizar a imunidade em prol da dignidade da pessoa humana e dos demais direitos fundamentais que são violados por discursos propagadores de ódios a grupos geralmente vulneráveis, prestigiando, assim, a força normativa da Constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que as imunidades, em especial a imunidade material, consistem em prerrogativas conferidas pelo texto constitucional com o objetivo de permitir aos parlamentares exercer suas atribuições durante o mandato com liberdade e independência, estando relacionada diretamente ao cargo político e em razão dele.

Embora o STF tenha consolidado o entendimento de que manifestações e discursos realizados dentro da casa legislativa estejam abarcados pela imunidade parlamentar, analisando a recente jurisprudência do STF, é possível chegar à conclusão de que seus

julgamentos têm procurado analisar de forma mais aprofundada o nexo do teor dos discursos com o exercício da função parlamentar, de forma a evitar que a imunidade seja utilizada de forma deliberada enquanto privilégio pessoal.

Não há dúvidas de que a liberdade de expressão dos parlamentares é ampla e, ainda, protegida ainda mais pela imunidade material, tratando-se de prerrogativa inerente à atividade legislativa que exercem, todavia, no caso de abusos ou de condutas criminosas, fraudulentas, ardilosas, esta prerrogativa não poderá ser utilizada para proteger o parlamentar das consequências oriundas de suas manifestações, uma vez que a prerrogativa parlamentar não pode ser utilizada de uma forma diversa daquela para a qual foi prevista constitucionalmente.

Dessa forma, quando os discursos de parlamentares tiverem um caráter injurioso, difamatório, calunioso, isto é, de forma manifestamente dolosa com a intenção de ofender determinada pessoa ou grupo, incidindo inclusive em discursos de ódio ou, então, em nítido caráter de expandir notícias sabidamente falsas com o objetivo de desqualificar e alavancar suas ideias políticas, sem qualquer hipótese de provocação ou retorsão imediata, não há dúvidas de que a imunidade parlamentar deverá ser afastada para que o ofensor seja devidamente punido pelos crimes praticados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 de abril de 2023.

NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 14ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm.

SANTOS, Eduardo dos. Manual de Direito Constitucional. 2ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech". *In*: SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 208.

MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 6ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 22ª Edição. Editora Saraiva.

Supremo Tribunal Federal. Inq. 7481. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 27.04.2023.

Supremo Tribunal Federal. HC nº 89.417. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 27.04.2023.

Supremo Tribunal Federal. Inq. 2.332 AgR. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 27.04.2023.

Supremo Tribunal Federal. Inq. 3932. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 27.04.2023.

Supremo Tribunal Federal. Pet. 5243. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 27.04.2023.

Supremo Tribunal Federal. Pet. 7174. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 27.04.2023.

Supremo Tribunal Federal. Pet. 8242, 8259, 8262, 8263, 8267 e 8366. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 27.04.2023.

Supremo Tribunal Federal. Inq. 4694. Relator Ministro Marco Aurélio de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 27.04.2023.

O IMPACTO DAS *FAKE NEWS* NA DEMOCRACIA BRASILEIRA NO SÉCULO XXI

LIVYA LUCENA DOS SANTOS:

Bacharelada em Direito pela
Universidade de Gurupi – UnirG¹³⁵.

FERNANDO QUEIROZ POLETTO¹³⁶.

(orientador)

RESUMO: Um dos assuntos mais discutidos atualmente é a respeito dos crimes cibernéticos. Aqueles crimes que são feitos por meio da internet. Oriundo das inovações tecnológicas, a internet tem sido palco de inúmeros crimes e delitos. Dentre esses, encontra-se a *Fake News*. Esse instituto é um mecanismo que propaga informações falsas ou parcialmente verdadeiras para os mais diversos meios de comunicação. Ao se deparar com essas falsas informações, muitos cidadãos acabam influenciados e com isso agem de maneira criminosa como por exemplo, passando adiante informações falsas que acabam prejudicando terceiros. Diante desse contexto, o presente estudo buscou discutir o uso da *Fake News* na atualidade e as consequências na área criminal. Tencionou essa pesquisa em discorrer sobre o impacto que a *Fake News* possui na democracia brasileira. Para realizar esse estudo, teve-se como metodologia a pesquisa bibliográfica, baseada em livros, artigos científicos e na legislação brasileira. Nos resultados, ficou constatado que quando ausente uma lei que regule a *Fake News* no Brasil, é no Judiciário que ela é combatida e penalizada. Pela jurisprudência, é possível destacar que os magistrados em sua maioria ao se deparar com aspectos que levam ao entendimento de que houve *Fake News* nos casos concretos e que os efeitos de algum modo prejudicaram terceiros, tem condenando aqueles que praticam tal ato. Isso mostra claramente que o posicionamento jurídico caminha juntamente pelo defendido por esse estudo, o de que a *Fake News* não é algo benéfico e que deve ser amplamente combatido e penalizado.

Palavras-chave: Fake News. Democracia. Legislação. Consequência jurídica.

THE IMPACT OF FAKE NEWS ON BRAZILIAN DEMOCRACY IN THE 21ST CENTURY

ABSTRACT: One of the most discussed matters today is about cyber crimes. Those crimes that are made through the internet. From technological innovations, the internet has been the scene of numerous crimes and crimes. These include fake news. This institute is a mechanism that propagates false or partially true information for the most diverse media. When faced with this false information, many citizens end up influenced and thereby act

135 E-mail: livyasantos@unirg.edu.br.

136 Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: @unirg.edu.br.

criminally such as passing on false information that end up hurting third parties. Given this context, the present study sought to discuss the use of fake news today and the consequences in the criminal area. He intended this research to discuss the impact that Fake News has on Brazilian democracy. To conduct this study, the bibliographic research, based on books, scientific articles and Brazilian legislation, had as its methodology. In the results, it was found that when absent a law that regulates fake news in Brazil, it is in the judiciary that it is fought and penalized. By jurisprudence, it can be highlighted that the magistrates mostly when faced with aspects that lead to the understanding that there were fake news in concrete cases and that the effects in some way harmed third parties, have condemning those who practice such an act. This clearly shows that legal positioning goes along with the defended by this study that fake news is not beneficial and should be widely fought and penalized.

Keywords: Fake news. Democracy. Legislation. Legal consequence.

Sumário: 1. Introdução. 2. *Fake News*: aspectos gerais. 2.1 Do direito comparado. 3. Direitos Humanos: síntese geral. 3.1 As *Fake News* frente aos princípios constitucionais. 4. Das consequências jurídicas. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos as redes sociais têm se tornado um dos principais veículos de interação entre os indivíduos. As redes sociais ocupam um grande espaço na forma de se relacionar, a mídia e todo o complexo que envolve o jornalismo têm se adaptado a essa nova realidade. É desse modo, um novo meio de divulgar notícias.

Ocorre que nesse quadro atual, as notícias se tornaram não uma fonte de pesquisa ou de informação, mas também de propagação de fatos mentirosos ou que tenham a sua constituição parcialmente verdadeira. É nesse campo que se adentra a *Fake News*.

O termo *Fake News* está relacionado à ideia de vinculação de informações e notícias falsas. É como um boato ou uma notícia que não tem base verdadeira e sólida e que acaba disseminada nas redes sociais ou em outros veículos de comunicação (CASTRO, 2018).

Diante desse fato, o Direito, enquanto ciência social, não pode se ausentar dessa nova forma de distribuição de informações e notícias. A partir do momento em que essas falsas notícias são divulgadas, uma série de consequências ocorre, seja no campo social, individual, político, econômico e principalmente jurídico, haja vista que a *Fake News* aborda qualquer assunto.

Dessa forma, o Direito não deve estar à mercê desse fato social. Por conta disso, o presente estudo teve como objetivo discorrer a respeito do fenômeno atual da *Fake News* e o seu impacto na vida social, jurídica e na democracia brasileira.

Portanto, no decorrer desse estudo, procurou-se responder: quais os desafios que os operadores do direito enfrentam ao se deparar com a propagação de *Fake News*?

Discute-se com esse tema o real sentido de usar a *Fake News* e como a sua prática trouxe resultados negativos e prejuízos financeiros. Para melhor embasamento do seu impacto, discutiu-se principalmente como a legislação brasileira se posiciona frente a essa situação.

2. FAKE NEWS: ASPECTOS GERAIS

Nos últimos anos a internet tem sido palco para o cometimento de inúmeros crimes, denominados de crimes cibernéticos. Dentre os delitos mais frequentes nos dias atuais é o denominado de *Fake News*.

Conceitualmente, a *Fake News* é o boato, a falsa notícia ou ainda a notícia propagada de "forma parcial (com o intuito de enganar), distribuída intencionalmente através de internet, televisão, rádio ou jornal impresso, como também nas mídias sociais" (CASTRO, 2018, p. 03).

Para Novo (2018, p. 02) *Fake News* são "notícias falsas que são um tipo de imprensa marrom que consiste na distribuição deliberada de desinformação ou boatos via jornal impresso, televisão, rádio ou internet, como nas mídias sociais".

De acordo com a autora inglesa Claire Wardle a fake news pode ser identificado por meio de 7 (sete) tipos de notícias:

Sátira ou paródia ("sem intenção de fazer mal, mas tem potencial para enganar");

Falsa conexão ("quando as manchetes, visuais das legendas não dão suporte a conteúdo");

Conteúdo enganoso ("má utilização da informação para moldar um problema ou de um indivíduo");

Contexto falso ("quando o verdadeiro conteúdo é compartilhado com informações falsas contextuais");

Conteúdo impostor ("quando fontes verdadeiras são forjadas" com conteúdo falso);

Conteúdo manipulado ("quando informação genuína ou imagens são manipuladas para enganar", como fotos "adulteradas");

Conteúdo fabricado ("conteúdo novo é 100% falso, projetado para enganar e fazer mal").

(WARDLE, 2017 apud ZANATTA, 2018, p. 01)

Entende-se por *fake news* como uma criação de histórias falsas e mentirosas, que ao serem vistas como uma notícia jornalística propagada pela mídia dissemina essas notícias com o intuito de influenciar posições políticas ou de outra natureza (CARVALHO; KANFFER, 2018).

Essas notícias falsas são escritas e publicadas com a intenção de enganar, a fim de obter ganhos financeiros ou políticos, muitas vezes com manchetes sensacionalistas, exageradas ou evidentemente falsas para chamar a atenção (NOVO, 2018).

As causas que fizeram surgir e popularizar a *Fake News* são diversas. Têm-se como exemplos, "o fácil acesso online ao lucro de anúncios online, o aumento da polarização política e da popularidade das mídias sociais, principalmente a linha do tempo do Facebook, têm implicado na propagação de notícias falsas" (NOVO, 2018, p. 03).

Muitos estudos têm apontado de que maneira pode-se identificar que uma notícia seja fake. Nesse ponto, mostram-se abaixo alguns procedimentos que podem facilmente ajudar o indivíduo a detectar que a notícia que esteja lendo seja uma *fake news*, vejamos:

Considerar a fonte – notícias falsas não são ordinária e propositalmente veiculadas por grandes e conhecidos portais de mídia e, nesse aspecto, o nome do domínio do site;

Ler mais – outras histórias da fonte são igualmente falsas;

Investigar fontes de apoio – a notícia encontra-se isolada em apenas uma fonte;

Apurar se o autor é pessoa desconhecida ou não há indicação do autor;

Analisar a manchete e/ou lead, principalmente se estiverem em desacordo com o conteúdo, ou mesmo dando a entender que trata-se de uma notícia, porém, em realidade, é uma opinião (vício de apresentação). (CARVALHO; KANFFER, 2018, p. 03).

Com esses procedimentos pode-se facilmente identificar uma notícia fake. Mas apesar disso, no cenário atual, esse tipo de notícia tem se espalhado com uma enorme velocidade em vários países, se tornando no contexto atual uma 'cultura' entre a sociedade, ou seja, estar-se tornando cada vez mais comum o uso de notícias Fakes para influenciar diversos assuntos e opiniões.

Ao redor do mundo, vários países já vêm se posicionando para evitar e punir os seus criadores. Sobre esse assunto, verifica-se o tópico seguinte.

2.1 DO DIREITO COMPARADO

Conforme expresso no tópico anterior, a *Fake News* já é uma ação realizada constantemente na sociedade. Em diversas épocas (principalmente no período eleitoral) esse tipo de divulgação de notícias falsas tem sido utilizado como um mecanismo de impacto na opinião pública e nos serviços públicos. Antes de relacionar esse tema ao cenário brasileiro, importante citar algumas influências desse tipo de mídia no mundo, haja vista que antes de se estabelecer no território pátrio, a *Fake News* já era acentuada por outros países.

Diversos países, principalmente os da Europa e Estados Unidos tem implantado normas e programas que visem o combate de notícias falsas e artigos que trazem a desinformação. Em especial no período eleitoral, esses países procuram um posicionamento cada vez mais combativo frente às diárias divulgações de *Fake News*.

Inicialmente, cita-se a União Europeia que já demonstrou favorável à criação de regulamentos que tragam sanções para aqueles que praticam o *Fake News*. Apesar disso, nesses países o foco é mais sobre a conscientização social, respeitando as liberdades e direitos fundamentais. Aqui o que se busca é trazer consciência na sociedade, impedindo a iniciativa de realizar um *Fake News*.

Na União Europeia cabe citar o Roadmap ("mapas de caminhos"), documento de mais de cem páginas que fora criado por meio de estudantes juntamente ao Departamento de Estudos de Guerra e com a OTAN, cujo objetivo é demonstrar várias nuances sociais, políticas e jurídicas das notícias, com foco no descobrimento da *Fake News* e na sua conscientização (SIQUEIRA, 2019).

Também cabível mencionar a Alemanha, que editou o Ato para Cumprimento da Lei nas Redes Sociais (Netzwerkdurchsetzungsgesetz). Esse documento jurídico entrou em vigor em outubro de 2017 e de acordo com o seu texto, tem-se o prazo de 24 horas, a começar pela reclamação ou pela decisão judicial para que os provedores de redes sociais possam retirar ou bloquear conteúdo ilegal ou falso (CARVALHO; KANFFER, 2018).

Outro país que também tem buscado formas de combater a *Fake News* é as Filipinas. Em 20 de julho de 2017 foi promulgada uma Lei com enfoque direito no combate à disseminação de notícias falsas, que proibia a sua criação e distribuição. Essa lei fora denominada de “Anti-Fake News Act of 2017”. Esta norma conceitua o que seja uma notícia falsa, além de vedar a sua criação, divulgação e distribuição. Também cria penas (pecuniárias e restritivas de liberdade). (CARVALHO; KANFFER, 2018).

Por fim, cabe citar os Estados Unidos. É nesse país que a *Fake News* mais se projeta. Por ser a maior economia do planeta e pelo fato de que suas decisões políticas e sociais afetarem grande parte do mundo, os Estados Unidos tem redobrado constantemente os mecanismos de prevenção ao *Fake News*.

No Estado da Califórnia, por exemplo, existe um projeto de Lei ainda em andamento, de alcunha “Ato Político da Califórnia para Redução de Ciberfraudes” que torna ilegal tais ações. Neste projeto, tem-se a definição dessa ação, que remete a impossibilidade de acesso a informações políticas fidedignas, tornando ilegal, inclusive, que sites da internet que sejam parecidos a outros divulguem dados políticos sejam registrados (SIQUEIRA, 2019, p. 02).

Apesar disso, o grande momento do assunto em destaque no solo americano se deu na corrida presidencial ocorrida em 2016. Os até então candidatos Donald Trump e Hilary Clinton foram vítimas de diversas notícias sobre o seu respeito, tanto na vida privada quanto na vida pública.

Essas eleições se tornaram o exemplo máximo de como a influência de notícias Fakes podem influenciar no voto. Segundo Monnerat; Riga; Ramos (2017, p. 07) o “compartilhamento de *Fake News* e de textos extremistas, sensacionalistas, conspiratórios e de opinião disfarçados de notícias jornalísticas ganhou força frente a reportagens escritas por profissionais americanos”.

O que ocorreu durante o período eleitoral americano pode ser visto da seguinte forma:

Um levantamento do Projeto de Propaganda Computacional da Universidade Oxford analisou os compartilhamentos feitos por usuários do Twitter no estado de Michigan durante o período eleitoral. Os pesquisadores descobriram que 46,5% de todo o conteúdo apresentado como noticioso sobre política era composto por notícias falsas, documentos não verificados do WikiLeaks e matérias de origem russa. Recentemente, descobriu-se que 126 milhões de internautas dos EUA no Facebook foram expostos ao

conteúdo produzido na Rússia sobre a eleição americana (MONNERAT; RIGA; RAMOS, 2017, p. 07).

A fim de descobrir a natureza dessas ações, o Congresso americano realizou audiências a respeito do papel da Rússia no pleito realizado nos EUA. Empresas como Google, Facebook e Twitter, por meio de seus representantes, tiveram que explicar as falhas no sistema pela permissão de divulgação dessas notícias. Ambos representantes, como afirma Siqueira (2019) fizeram um *mea culpa*.

Os donos desses gigantes da tecnologia admitiram que operadores da Rússia usaram as plataformas online para dividir o país (EUA). Por conta disso, se comprometeram a divulgar, com transparência, quem paga por anúncio nas redes — a iniciativa teria efeito global, inclusive no Brasil.

Nota-se com isso que a *Fake News* tem impactado fortemente diversos países, trazendo prejuízos de toda ordem e principalmente fazendo surgir a desconfiança da sociedade diante de uma notícia, quebrando assim a confiabilidade e a credibilidade dos veículos de comunicação.

A respeito do impacto desse tipo de ação no Brasil, apresenta-se o tópico seguinte.

3. FAKE NEWS NO BRASIL

Por ser muito utilizado nos tempos recentes, esse fato social tem repercutido intensamente no campo jurídico. Em termos legais, o problema das *fake news* se dá quando ocorre uma discrepância de direitos. Tais conflitos são produzidos entre a informação transmitida e os direitos fundamentais das pessoas afetadas por dita notícia, principalmente a honra e a intimidade.

Sobre esses desafios na área jurídica, importante mencionar:

[...] o campo do Direito enfrentará cada vez mais as conexões entre a política e a velocidade da comunicação neste novo arranjo tecnológico-digital. Com o padrão informativo sendo engolfado pela invasão das *fake news* nas redes sociais, o efeito mais imediato será congestionar ainda mais o já exaurido Poder Judiciário. Conflitos sobre a delimitação de fronteiras para a liberdade de expressão, opinião e pensamento, bem como ataques à reputação, como calúnia, difamação e injúria serão cada vez mais frequentes (CARVALHO, 2018, p. 03).

Para o Direito, o que se busca é a punição para esse tipo de delito. Nesse ponto, adquirem especial relevância os denominados "*ciborgues* de mídias sociais" (social media

cyborgs), termo referente para estabelecer aqueles que, isoladamente, gerem muitas contas nas redes sociais, implantando ligações a outrem e que passam a disseminar opiniões sobre as mais variadas temáticas (CARVALHO; KANFFER, 2018).

Essa busca pela punição mais rigorosa daqueles que propagam a *Fake News* é motivada pelos seus enormes prejuízos que causa, seja nas vítimas, no setor econômico e político e também no ramo jurídico.

Sobre esse ponto, cita-se:

Em climas sociais inflados pela radicalização, em que a informação foi substituída pela propaganda enganosa, os prejuízos irreparáveis para a política e os inúmeros desafios para o campo jurídico são evidentes. Sem mencionar a mídia tradicional, envolvida atualmente em inúmeras iniciativas para demonstrar o que é “fato” e o que é “fake” (CARVALHO, 2018, p. 02).

De todo modo, a desinformação causada pelas *fake news* pode ser um problema social, mas leva-se em conta as ferramentas que o ordenamento tem para proteger a liberdade de expressão e de informação, não convém enfatizar a importância em se ter uma maior regulamentação para esse fato, a fim de trazer a segurança jurídica necessária.

No Brasil pode-se afirmar que o assunto relacionado ao *Fake News*, para a grande massa populacional se deu através do campo político. Nos últimos anos foram divulgadas diversas notícias sobre determinado político (a), trazendo notícias de toda natureza: pessoal e íntima, criminal, social, de opinião, etc.

Nas últimas eleições presidenciais, especialmente as realizadas em 2018 e 2022, o assunto referente ao *Fake News* ganhou enorme destaque nas principais mídias do País. Isso se deu pelo fato de que os candidatos a vários cargos públicos desse pleito tiveram que enfrentar não apenas a opinião pública, mas as constantes explicações sobre as notícias falsas divulgadas diariamente sobre a sua candidatura.

De acordo com o estudo realizado pelo Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas para o Acesso à Informação (Gpppai), da Universidade de São Paulo (USP), mostrou que cerca de 12 milhões de pessoas compartilharam Fake News no Brasil em 2017. Ainda nessa pesquisa, que monitorou 500 páginas digitais de conteúdo político falso ou distorcido, indicou que “tais notícias têm potencial para alcançar grande parte da população brasileira se considerada a média de 200 seguidores por usuário” (MONNERAT; RIGA; RAMOS, 2017, p. 08).

Em dado mais recente, em um levantamento feito pela Poynter Institute, escola de jornalismo e organização de pesquisas americana que fez uma pesquisa em 2022 com esse tema no Brasil, mostrou que quatro em cada 10 pessoas afirmam receber notícias falsas diariamente. Dentre os que compartilharam acidentalmente informações erradas em algum momento, 43% dos brasileiros afirmaram já ter enviado um post, vídeo, imagem ou notícia e só mais tarde terem percebido que se tratava de *Fake News* (GUIMARÃES; RODRIGUES, 2022).

A *Fake News* no Brasil é mais vista em campo político. É nesse cenário que esses atos de falsas informações possuem maior adesão e que são corriqueiramente encontradas. Isso demonstra um atentado claro à democracia brasileira.

No Brasil, como bem demonstrou as últimas eleições presidenciais, o impacto das notícias falsas sobre o voto foi decisivo. Isso explica porque o uso da *Fake News* já é implantado antes mesmo do início das eleições. Como bem enfatiza Siqueira (2019, p. 02) já existe notícia falsa hoje em dia em um “cenário fora da campanha eleitoral. A probabilidade é 1.000% de notícias falsas permeando as campanhas de presidente e de governadores antes mesmo de começar”.

O fato é que a *Fake News* em período eleitoral é altamente perigosa, vide o fato de que seu intuito é tumultuar o pleito, fazendo com que as pessoas recebam as informações sobre questões de interesse público com efeitos de intensidade imprevisível. Como bem aponta Carvalho (2018, p. 02) “a unidade básica da tomada de decisão é a informação. Se você está mal informado, você tomará más decisões”.

Nas últimas eleições brasileiras, o meio de comunicação mais utilizado para propagar as *fakes news* foi o WhatsApp (SUPPLE, 2019).

A eleição de 2018 no Brasil teve significativo impacto do envio maciço de mensagens, por meio de empresas fornecedoras. Isso se deu por meio do WhatsApp. Por ser um instrumento de fácil acesso e de alcance populacional bastante amplo, o uso do WhatsApp foi determinante para a disseminação de notícias falsas entre os opositores da eleição. Diversos candidatos divulgavam notícias e vídeos dos concorrentes de forma negativa.

Desse modo, correntes, memes e vídeos, por exemplo, descontextualizam informações e amplificam esse problema. Cabe destacar que boatos e notícias falsas sempre existiram. O problema é maneira como elas estão sendo cada vez mais divulgadas de forma maciça e sem filtro.

O uso do WhatsApp como veículo de divulgação de *Fake News* foi tão forte durante a corrida eleitoral de 2018 no Brasil, que os próprios representantes do aplicativo de

mensagens afirmaram que houve grupos responsáveis pelos envios ilegais das mensagens sensacionalistas e que tinham a intenção de manipular uma audiência específica (CURY, 2019).

Sobre essa questão, apresenta-se o seguinte recorte jornalístico que traz os detalhes dessa confissão:

[...] Durante a sétima edição evento de jornalismo do Festival Gabo, na Colômbia, o WhatsApp confirmou que terceiros utilizaram o aplicativo para disparar mensagens falsas ou verdadeiras relacionadas com as eleições presidenciais de 2018 no Brasil. Em outubro de 2018, foi descoberto que grupos de empresários estavam disparando uma série de mensagens com teor político e anti-petista por meio do WhatsApp. Entre as empresas listadas como financiadoras dos pacotes de mensagens, cujo preço chegava a até 12 milhões de reais, estava a companhia de varejo Havan - cujo dono chegou a ser multado pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) por ter impulsionado publicações sobre Jair Bolsonaro que, até então, era candidato para a presidência da República (CURY, 2019, p. 02).

Ainda durante o período eleitoral em destaque, “cada mensagem individual custava entre 0,08 e 0,40 centavos, e os pacotes mais caros – como o que foi adquirido pela Havan – enviava centenas de milhões de mensagens por vez” (CURY, 2019, p. 02). As mensagens tinham como destino os grupos políticos, onde continham milhares de pessoas, e também para indivíduos que são considerados alvos fáceis para o envio de desinformação.

Frente a esse caso, o presente aplicativo ainda não trouxe uma solução interna para a resolução desse problema, o que faz com que o WhatsApp ainda seja a melhor ferramenta para a disseminação de *fake news*. Apesar disso, os seus representantes têm afirmado que o mesmo está iniciando o bloqueio de contas que divulguem *Fake News*.

3.1 AS *FAKES NEWS* FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Um dos aspectos mais complexos quando se discute sobre a *Fake News* no Brasil é em relação aos seus efeitos frente aos princípios constitucionais. Isso é compreensível devido ao fato de que na Constituição vigente do país, existem princípios que de certa forma possibilitam a propagação de *Fake News*. De mesmo modo, a hermenêutica constitucional possui ferramentas eficientes de solucionar os casos concretos (TAVARES, 2012).

Nesse sentido, cabe a sociedade, por meio de instituições estabelecidas, buscarem a repressão e a punição para a criação e divulgação de *Fake News*. Todavia, deve-se sempre preservar as garantias da liberdade de imprensa e livre manifestação do pensamento.

Importante destacar que mesmo as normas constitucionais terem valor igual, verifica-se que determinados princípios possuem um status mais “importante” que outros, onde se denota uma relevância maior dentro do aparato normativo constitucional e para todo o ordenamento jurídico (TAVARES, 2012).

Dentre esses princípios, destacam-se as garantias asseguradas à liberdade de manifestação do pensamento (art. 5.º IV e V, CF), à liberdade de comunicação (art. 5.º, IX e X, CF) e a liberdade de informação (art. 5.º, XIV e XXXIII, CF). Além destas, tem-se ainda:

[...] a também relevante a norma constitucional que revela não poder ser objeto de qualquer restrição à manifestação de pensamento, a criação, a expressão e a informação, destacando-se que nenhuma lei poderá constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, vedando-se expressamente qualquer censura de natureza política, ideológica e artística – art. 220, caput, §1.º e §2.º, CF (CARVALHO; KANFFER, 2018, p. 05).

Sabe-se que os direitos e garantias não são absolutos, e por conta disso, importante destacar que dentro do complexo de normas e princípios existentes no ordenamento jurídico brasileiro, aliado aos instrumentos processuais da tutela de urgência, “soluciona os abusos realizados nos institutos da liberdade de imprensa e manifestação do pensamento, através da vedação constitucional ao anonimato (art. 5.º, IV, CF) e pela preservação do direito de resposta e indenizações (art. 5.º, V, CF)”. (CARVALHO; KANFFER, 2018, p. 05).

O impacto de uma *Fake News* ainda se amplia no próprio exercício da profissão jornalística. Como bem acentua Felix (2019, p. 01) “desmascarar uma notícia falsa pode manchar a reputação de um jornalista e do veículo em questão”.

O mesmo autor ainda afirma que a ética jornalística deve sempre prevalecer sobre qualquer circunstância. Desse modo, mesmo “que o sensacionalismo traga muitos cliques, o resultado a longo prazo referente a uma notícia falsa pode acabar como reputação de um jornalista, e fechar veículos de comunicação” (FELIX, 2019, p. 01).

No campo prático, trazendo esse cenário para o meio político, o choque entre a ação de implantar uma *Fake News* e os princípios constitucionais deve ser visto de forma subjetiva, analisando cada caso conforme a sua intenção.

Nesse sentido, por exemplo, se for detectado que a proliferação de notícias inverídicas, com o manifesto intuito de prejudicar os candidatos e distorcer a opinião pública, pode ser caracterizada como crimes contra a honra – calúnia, injúria e difamação (SAJ ADV, 2019).

Nesse sentido, cabe ilustrar o seguinte julgado:

ELEIÇÕES 2018. REPRESENTAÇÃO ELEITORAL. PROPAGANDA ELEITORAL. INTERNET. BLOG. CONTEÚDO INVERÍDICO. FAKE NEWS. EXTRAPOLAÇÃO DA LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO. PEDIDO LIMINAR. DEFERIDO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Divulgação de notícia falsa na internet, que excede o direito de liberdade de expressão. 2. Conteúdo veiculado em 2018, que datam às eleições 2014. Fake News, inexistência do processo judicial ou investigação destinada a apurá-las. 3. **Liberdade de expressão se vê limitada por restrições necessárias, em uma sociedade democrática, de proteger a reputação e os direitos de outras pessoas, não se estendendo à divulgação de notícias inverídicas ou ofensivas à honra de terceiros.** 4. Provimento da Representação. Manutenção da Medida Liminar, para referendo do Pleno. (TRE-PE-RP: 06037894 RECIFE-PE, Relator: STÊNIO JOSÉ DE SOUSA NEIVA CÔELHO, Data do Julgamento: 01/10/2018, Data de Publicação: PSESS – Publicado em Sessão, Data 01/10/2018). (grifo do autor)

Portanto, fica claro observar que o garantismo da liberdade de manifestação de pensamento, da liberdade de comunicação e da liberdade de informação não deve ser confundido com a intenção de distorcer ou manipular a opinião pública. Quando configurado que houve a criação e disseminação de uma *Fake News*, os seus agentes devem ser penalizados, não cabendo nesse cenário o recorrer dos princípios acima demonstrados.

4. DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Até aqui ficou claro constatar que a *Fake News* traz em seu bojo efeitos danosos para a sociedade e para a Política, o que conseqüentemente também prejudica a democracia. Devido ao fato de que nos últimos anos tem-se encontrado diariamente diversas notícias falsas sobre diversos assuntos, mas que no geral é focada explicitamente em fakes políticos, a legislação brasileira tem ao longo das últimas décadas trazendo ao seu ordenamento algumas leis que buscam penalizar aqueles que criam e divulgam *Fake News*.

Primeiramente, bem antes do momento atual, a legislação brasileira já tomara a iniciativa de combater à veiculação e disseminação de notícias falsas. Isso ocorreu por meio da Lei de Imprensa (Lei n.º 5.250/67) onde precisamente em seu art. 16 criminalizava a conduta de:

Art. 16. Publicar ou divulgar notícias falsas ou fatos verdadeiros truncados ou deturpados, que provoquem:

I - Perturbação da ordem pública ou alarma social;

II - Desconfiança no sistema bancário ou abalo de crédito de instituição financeira ou de qualquer empresa, pessoa física ou jurídica;

III - Prejuízo ao crédito da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município;

IV - Sensível perturbação na cotação das mercadorias e dos títulos imobiliários no mercado financeiro.

Pena: De 1 (um) a 6 (seis) meses de detenção, quando se tratar do autor do escrito ou transmissão incriminada, e multa de 5 (cinco) a 10 (dez) salários-mínimos da região.

Parágrafo único. Nos casos dos incisos I e II, se o crime é culposos:

Pena: Detenção, de 1 (um) a (três) meses, ou multa de 1 (um) a 10 (dez) salários-mínimos da região.

(BRASIL, 1967)

Paralelo a essa norma supra descrita, em 2014 adentrou na legislação brasileira o Marco Civil da Internet (Lei n.º 12.965/14). Na presente norma trouxe a consagração de princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Em relação ao tema desse estudo, cabe mencionar o art. 19 que traz importante norma referente ao combate e à disseminação de informações falsas; a saber:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e

dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o **caput** deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

(BRASIL, 2014)

Muito se discutiu sobre a constitucionalidade ou não do artigo acima mencionado. Em razão disso, o Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de reconhecer esse artigo com base nos arts. 5º, incs. II, IV, IX, XIV e XXXVI, e 220, caput, §§1º e 2º, da Carta Magna.¹³⁷

Dando prosseguimento ao tema, em relação ao cenário político (eleitoral), necessário se faz mencionar as iniciativas feitas pelas leis que implementaram minirreformas em 2015 (Lei nº 13.165/2015) e em 2017 (Leis nº 13.487/2017 e nº 13.488/2017), modificando a Lei Eleitoral (Lei n.º 9.504/97).

A lei de 2015 renovou o conceito de propaganda eleitoral ao retirar a menção à candidatura de determinada pessoa e a exaltação das qualidades pessoais dos pré-

137 Tema 987, RE 1.037.396, relator o Eminentíssimo Ministro Dias Toffoli.

candidatos (BRASIL, 2015). Já a Lei de 2017 alterou o art. 57-B da Lei Eleitoral ao estipular que a propaganda eleitoral possa ser feita através de blogs, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e aplicações de Internet, desde que o conteúdo seja editado pelos próprios candidatos, partidos, coligações ou pessoa natural (BRASIL, 2017).

No campo legislativo também se deve mencionar o Projeto de Lei do Senado 473/2017 de autoria de Ciro Nogueira (PP/PI) onde acrescenta ao Código Penal vigente o art. 287-A com a seguinte redação:

Divulgação de notícia falsa

Art. 287-A - Divulgar notícia que sabe ser falsa e que possa distorcer, alterar ou corromper a verdade sobre informações relacionadas à saúde, à segurança pública, à economia nacional, ao processo eleitoral ou que afetem interesse público relevante.

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Se o agente pratica a conduta prevista no caput valendo-se da internet ou de outro meio que facilite a divulgação da notícia falsa:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 2º A pena aumenta-se de um a dois terços, se o agente divulga a notícia falsa visando a obtenção de vantagem para si ou para outrem.

(BRASIL, 2017)

Ao explicar a causa de se criar esse artigo, o presente autor afirmara que em algumas situações, onde não se encontra um crime contra a honra, não será amparada pela lei penalista, em razão disso, deve-se criminalizar a conduta de divulgação de notícia falsa em que a vítima é a sociedade como um todo, “agravando-se a pena justamente nas hipóteses em que a divulgação é feita via internet (pela potencialidade lesiva) e quando o agente vise a obtenção de vantagem” (NOGUEIRA, 2017 apud BRASIL, 2017).

Outro Projeto de Lei que vem nesse mesmo caminho é a PL 2630/2020 apresentado pelo senador Alessandro Vieira (Cidadania-SE). Em seu texto, institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. O texto cria medidas de combate à disseminação de conteúdo falso nas redes sociais, como Facebook e Twitter, e nos serviços de mensagens privadas, como WhatsApp e Telegram, excluindo-se serviços de uso corporativo e e-mail (BRASIL, 2020).

Este projeto, assim como os demais dessa natureza, vem em meio a polêmicas. De um lado encontra-se políticos e parte de setores da sociedade que acreditam que essas leis são necessárias para combater e impedir o financiamento de notícias falsas, principalmente no período eleitoral. Para esse grupo, conforme explanam Machado, Durigan e Pereira (2022) a lei deve prever em seu ordenamento normas que combatam à *Fake News*, uma vez que já se provou que elas promovem um atentado à democracia brasileira.

Por outro lado, há os que entendem que as medidas previstas nos Projetos de Lei sobre esta matéria, poderia levar à censura. Criticam ainda a possibilidade que tem de se criar sanções penais. Nesse entendimento, Coelho (2022) ao debater sobre essa questão, menciona que o retro Projeto de Lei faz a exigência de que se exponha informações detalhadas a respeito de como os sistemas funcionam, como por exemplo, os detalhes sobre a base de treinamentos de sistemas e métodos utilizados para melhorar os serviços.

Para o autor, esse tipo de dado não é a solução mais viável no combate às *Fake News*, isto porque certamente oferecerá a agentes mal-intencionados um “guia” sobre como contornar as proteções dos sistemas, trazendo prejuízos para a qualidade e segurança dos resultados de busca. Com isso, eles poderiam manipular essas informações para conseguir obter uma melhor posição no nosso ranking de pesquisas, prejudicando ao longo do processo aqueles que produzem conteúdo confiável e relevante (COELHO, 2022).

De todo modo, esse estudo caminha no sentido de ser necessário, e não apenas o ideal, que o Direito brasileiro busque medidas cada vez mais sérias e urgentes no combate às *Fake News*. Apoiá-las seria como permitir que notícias falsas possam desrespeitar a democracia.

A par desses regulamentos, o TSE (Tribunal Superior Eleitoral) em 2017 criou o Conselho Consultivo sobre Internet e Eleições (Portaria TSE n.º 949, de 07/12/2017) que tem como atribuição a criação de pesquisas e estudos a respeito das normas eleitorais e o impacto da Internet no período eleitoral, principalmente no que concerne ao uso de *Fake News* e a utilização de robôs como forma de propagar as informações. Além disso, esse Conselho pode sugerir ações e metas focadas no aperfeiçoamento das leis (BRASIL, 2017).

Outro exemplo a ser citado é a expressão retirada de mensagens enviadas em grupos restritos de participantes (WhatsApp, por exemplo) das normas de propaganda eleitoral (§2.º, art. 28, da Resolução 23.551).

A jurisprudência brasileira ao acompanhar o avanço legislativos vem nos últimos anos, principalmente durante o período eleitoral condenando aqueles que se utilizam de *Fake News* para disseminar notícias falsas que denigrem ou prejudiquem terceiros.

A jurisprudência brasileira, frente a ausência de uma lei específica para esse caso, já vem ao seu turno julgando casos onde a *Fake News* serviu como base para o cometimento de crimes. A título de exemplo, cita-se o seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRELIMINAR DE IRREGULARIDADE PROCESSUAL REJEITADA. MATÉRIAS JORNALÍSTICAS. INCLUSÃO DE PARLAMENTAR EM INQUÉRITO POLICIAL. SUPOSTA PRÁTICA DE CRIME PREVIDENCIÁRIO. NOTÍCIA FALSA (FAKE NEWS). AÇÃO DE DIREITO DE RESPOSTA E DE REPARAÇÃO DE DANOS. FACULDADE DO OFENDIDO. AUSÊNCIA DE RETRATAÇÃO OU DE ESCLARECIMENTOS SOBRE O EVENTO CONTROVERTIDO. ATO ILÍCITO PRATICADO. VIOLAÇÃO A IMAGEM E HONRA. DEVER DE INDENIZAR. SENTENÇA MANTIDA. 1. [...]. 2. [...]. 3. [...]. 3.1. A publicação de conteúdo ofensivo à honra e à imagem de quem quer que seja, à toda evidência, não está amparada pelo direito constitucional à liberdade de informação, uma vez que a própria Constituição resguarda, como igualmente fundamentais, os direitos à honra, imagem e a vida privada. 3.2. [...]. 3.3. **Tais bases mostram-se cada vez mais necessárias em um contexto global onde a incidência de fake news (notícias falsas) vem assumindo lamentável destaque, sendo demasiadamente imprescindível um compromisso de toda a sociedade - em especial de todos os veículos de comunicação - para combatê-las, já que, em situações extremas, a propagação de notícias falsas tem a aptidão de comprometer a própria democracia.** 4. Compete à vítima da ofensa ou da informação falsa a faculdade de requerer ou não direito de resposta, não sendo esta conduta condicionante para o exercício de eventual ação de reparação de danos. Inteligência do art. 12, §1º, da Lei 13.188/2015. 5. [...]. 5. [...]. 5.1. [...]. 6. Recursos de apelação conhecidos, mas desprovidos. (07053497020208070001 - (0705349-70.2020.8.07.0001 - Res. 65 CNJ). TJDFT. 7º Turma Cível. Relatora: GISLENE PINHEIRO. Data de Julgamento: 01/03/2023. Publicado no DJE: 09/03/2023). (grifo do autor)

No caso acima, verificou-se que três das rés veicularam e mantiveram a disposição de seus leitores uma notícia falsa (*Fake News*) referente a suposta participação do autor - Deputado Federal - em crimes previdenciários, quando já era de conhecimento público que o investigado no inquérito policial noticiado era apenas um homônimo já falecido. O relator do caso entendeu que ao deixar de informar devidamente os seus leitores sobre as circunstâncias do fato noticiado, as empresas em questão praticaram ato ilícito, ensejando o direito do autor de ser reparado pelos danos suportados.

Diante desses atos jurídicos, fica evidente notar que no Brasil devido à frequente ocorrência de *Fake News* surgindo a todo o momento, tem-se buscado medidas que visem prevenir e penalizar a sua prática. As medidas legislativas e o julgado exposto não deixam dúvidas que ajudarão na diminuição da criação e propagação da *Fake News*. Do mesmo modo, essas medidas irão dar base fundamental para que o Poder Legislativo possa gerar mecanismos legais para tornar eficaz ao máximo o combate à desinformação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os *Fakes News* são um dos temas que mais se discute nos últimos anos. Grande parte dessa discussão se deu pelos últimos períodos eleitorais brasileiro, onde foram diariamente expostas notícias de todo tipo contra (e a favor) dos candidatos.

Caracterizada como um mecanismo de divulgação de fatos, notícias ou boatos falsos, a *Fake News* se encontra efetivada em vários veículos de comunicação, seja por um jornal impresso, pela televisão, rádio ou principalmente pela internet, através das redes sociais.

Tais notícias falsas são escritas e publicadas com a intenção de enganar, a fim de obter ganhos financeiros ou políticos, muitas vezes com manchetes sensacionalistas, exageradas ou evidentemente falsas para chamar a atenção. O conteúdo intencionalmente enganoso e falso é diferente da sátira ou paródia. Estas muitas vezes, empregam manchetes atraentes ou inteiramente fabricadas para aumentar o número de leitores, compartilhamento e taxas de clique na Internet.

Por conta desse fato, a discussão desse tema já se torna relevante. Nessa pesquisa foi discutida como se dá o processo de criação de *Fake News* e principalmente o seu impacto no meio social e em outras áreas, como o Direito.

Desse modo, o Direito não pode se ausentar dessa realidade, devendo editar normas e medidas jurídicas de combate ao *Fake News*. Por essa razão citou-se como exemplo o Projeto de Lei do Senado 473/2017 de autoria de Ciro Nogueira (PP/PI) onde acrescenta ao Código Penal vigente o art. 287-A que traz a pena de detenção, de seis meses a dois anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave, nas situações em que houve a divulgação de notícia falsa. Além deste, citou-se também o Projeto de Lei 2630/2020 que também penalizar tal prática, além de trazer eventuais sanções a empresas e cidadãos que a praticam.

Também ficou claro que o garantismo da liberdade de manifestação de pensamento, da liberdade de comunicação e da liberdade de informação não deve ser

confundido com a intenção de distorcer ou manipular a opinião pública, conforme exposto na jurisprudência pátria.

Quando são rompidos os parâmetros de civilidade, que diferenciam a sociedade civilizada de uma alcateia, cabe ao Poder Judiciário, por natureza uma conquista e uma garantia contínua do processo civilizacional, impedir que o homem seja o lobo do próprio homem (*Lupus est homo homini lupus*). *Fake news* é uma forma de violação dos padrões de civilidade.

Nesse ponto, quando ausente uma lei que regule a *Fake News* no Brasil, é no Judiciário que ela é combatida e penalizada. Pela jurisprudência, é possível destacar que os magistrados em sua maioria ao se deparar com aspectos que levam ao entendimento de que houve *Fake News* nos casos concretos e que os efeitos de algum modo prejudicaram terceiros, tem condenando aqueles que praticam tal ato.

Isso mostra claramente que o posicionamento jurídico caminha juntamente pelo defendido por esse estudo, o de que a *fake news* não é algo benéfico e que deve ser amplamente combatido e penalizado

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesos em: 08 abr. 2023.

BRASIL. Decreto – Lei 2.848 de 1940. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 08 abr. 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 473, de 2017**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para tipificar o crime de divulgação de notícia falsa. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=7313311&ts=1567535375659&disposition=inline>>. Acesso em: 08 abr. 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2630/2020**. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Acesso em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2256735>>. Acesso em: 10 abr. 2023.

CARVALHO, Gustavo Arthur Coelho Lobo de; KANFFER, Gustavo Guilherme Bezerra. **Tratamento Jurídico das Notícias Falsas (fake news)**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/tratamento-juridico-noticias-falsas.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2023.

CARVALHO, Marco Aurélio de. **Política e Direito sob os efeitos da fake news**. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI293322,101048-Politica+e+direito+sob+os+efeitos+da+fake+news>>. Acesso em: 07 abr. 2023.

CASTRO, Thiago de. **Fake News, o Direito e as Providências**. 2018. Disponível em: <<https://advpt.jusbrasil.com.br/artigos/582641980/fake-news-o-direito-e-as-providencias>>. Acesso em: 07 abr. 2023.

COELHO, Fábio. **O PL 2630 pode impactar a internet que você conhece**. 2022. Disponível em: <<https://blog.google/intl/pt-br/novidades/iniciativas/PL2630/>>. Acesso em: 12 abr. 2023.

CURY, Maria Eduarda. **WhatsApp confirma envio ilegal de mensagens por grupos políticos em 2018**. 2019. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/tecnologia/whatsapp-confirma-envio-ilegal-de-fake-news-por-grupos-politicos-em-2018/>>. Acesso em: 10 abr. 2023.

FELIX, Fernanda. **Como identificar Fake News**. 2019. Disponível em: <<http://academiadojornalista.com.br/producao-de-texto-jornalistico/como-identificar-fake-news/>>. Acesso em: 01 abr. 2023.

GUIMARÃES, Pedro; RODRIGUES, Cleber. **4 em cada 10 brasileiros afirmam receber fake news diariamente**. 2022. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/4-em-cada-10-brasileiros-afirmam-receber-fake-news-diariamente/>>. Acesso em: 10 abr. 2023.

MACHADO, Caio Vieira; DURIGAN, Victor C.; PEREIRA, Laura. **PL das Fake News: entenda o que é, seu impacto e as principais críticas**. 2022. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pl-das-fake-news-entenda-o-que-e-seu-impacto-e-as-principais-criticas-18042022>>. Acesso em: 10 abr. 2023.

MONNERAT, Alessandra; RIGA, Matheus; RAMOS, Pedro. **Fake news devem causar impacto em eleições de 2018**. 2017. Disponível em: <<https://infograficos.estadao.com.br/focas/politico-em-construcao/materia/fake-news-devem-causar-impacto-em-eleicoes-de-2018>>. Acesso em: 09 abr. 2023.

NOVO, Benigno Núñez. **Fake news e o direito**. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64666/fake-news-e-o-direito>>. Acesso em: 01 abr. 2023.

SAJ ADV. **Fake News vs Liberdade de Expressão - Desafios para a Justiça Eleitoral**. 2019. Disponível em: <<https://sajadv.jusbrasil.com.br/artigos/576163487/fakenewsvsliberdadeexpressao-desafios-para-a-justica-eleitoral>>. Acesso em: 05 abr. 2023.

SIQUEIRA, Alessandra. **Fake News e o modelo jurídico brasileiro e internacional**. 2019. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10823/Fake-News-e-o-modelo-juridico-brasileiro-e-internacional>>. Acesso em: 08 abr. 2023.

TAVARES, André Ramos Tavares. **Princípios Constitucionais**. In: SILVA MARTINS, Ives Gandra da; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do Nascimento. Tratado de Direito Constitucional Vol. 1. Editora Saraiva, 2.^a Edição, 2012.

ZANATTA, Rafael A. F. **Eleições e Fake News: o tortuoso caminho do Brasil**. Revista do Instituto Humanitas – Unisinos. 2018.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO POR BURACOS EM VIA PÚBLICA: ESTUDO DE CASO NA CIDADE DE GURUPI.

GABRIEL SOUSA AGUIAR:
graduando em Direito pela
Universidade de Gurupi - UNIRG

JOSÉ AUGUSTO BEZERRA

(orientador)

RESUMO: Hodiernamente, vias públicas malconservadas têm ocasionado transtornos aos cidadãos. Ocorre que, a administração pública por exercer uma atividade que tem risco de dano para terceiro tem a obrigação de repará-lo ainda que sua condição seja isenta de culpa. Devido à importância desse dada a esse assunto, principalmente, pelo fato de que muitos cidadãos não conhecem seus direitos, razão pela qual pretende demonstrar as informações necessárias para que todos conheçam seus direitos infringidos. Dessa forma, este trabalho visa quantificar o alcance da responsabilidade do município de Gurupi quando deixa de efetuar a devida conservação das rodovias.

Palavras-chave: Município, responsabilidade civil, direitos.

ABSTRACT: Nowadays, poorly maintained public roads have caused inconvenience to citizens. It so happens that, since the public administration carries out an activity that poses a risk of damage to a third party, it has an obligation to repair it even if its condition is free of fault. Due to the importance given to this subject, mainly due to the fact that many citizens do not know their rights, which is why it intends to demonstrate the necessary information so that everyone knows their inflicted rights. In this way, this work aims to quantify the scope of responsibility of the municipality of Gurupi when it fails to carry out the proper conservation of the highways.

Keywords: Municipality, civil liability, rights.

INTRODUÇÃO

O Município tem a competência constitucional de promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, consoante previsto no artigo 30, inciso VIII da Constituição Federal (CF/88).

Nesse contexto, nota-se que o Poder Público possui o dever de manter as vias em perfeito estado de conservação. Entretanto, é comum que vias públicas urbanas estejam

sem a devida manutenção, com desgastes do asfalto, buracos, bueiros abertos e falta de sinalização, que dão causas para diversos tipos de acidentes.

O artigo 186 do Código Civil leciona que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Desse modo, a omissão culposa da Administração Pública em não promover a manutenção das vias públicas em condições adequadas de uso de segurança, com a devida sinalização, atraem a responsabilidade pela reparação do dano causado.

A Responsabilidade Civil está consagrada no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal (CF/88), dispõe que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público, responderão pelos danos que seus agentes nessa qualidade causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável por dolo ou culpa.

O pesquisador STOCO (2011), destaca que quando se fala em responsabilidade civil do Estado, deve-se esclarecer que essa responsabilidade se desenvolveu em dois planos distintos: aquele que decorre da obrigação de reparar por força da teoria do risco administrativo, de sorte que basta a ação, o nexo de causalidade e o resultado lesivo para nascer a obrigação de reparar.

A teoria do risco administrativo faz com que a Administração Pública seja responsável pelos riscos inerentes de suas atividades, mas não pelas condutas de terceiros, da própria vítima ou de fenômenos naturais. Nesse toar, a doutrina de CAVALIERI (2008) destaca que "o Estado, por seus agentes, não deu causa a esse dano, se inexistente relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e a lesão, o Poder Público não poderá ser responsabilizado".

Portanto, quando o acidente com o respectivo dano acontece, por conta exclusiva da má conservação das ruas, cabe ao órgão responsável responder pelos danos. Contudo, se o acidente tiver sido ocasionado em virtude de eventos da natureza, como por exemplo uma forte chuva tenha ocasionado desmoronamento em vias públicas, em regra não cabe responsabilização.

A par disso, objetivo geral desse trabalho é realizar um estudo de caso acerca da responsabilidade civil do município de Gurupi - TO em relação a falta de manutenção das vias públicas, tendo como base o estudo teórico na doutrina, artigos, revistas, legislação pertinente, jurisprudências e leis presente no ordenamento jurídico pátrio.

Devido à importância dada a esse assunto, principalmente, pelo fato de que muitos cidadãos não conhecem seus direitos, razão pela qual o artigo pretende unir informações

essenciais para que possa contribuir na divulgação sobre essa questão a todos que ainda não sabem como e quais são os direitos infringidos. Além disso, promover a comunidade científica e aos operadores do direito, o conhecimento técnico científico sobre responsabilidade civil do estado, pois muitas são as discussões sobre esse tema no Brasil.

METODOLOGIA

O trabalho jurídico tem por objetivo uma análise epistemológica do instituto da responsabilidade civil dos entes públicos, em especial a responsabilidade do município de Gurupi no que se refere aos acidentes causados pela falta de manutenção das vias urbanas.

Em sua fase inicial será realizado uma pesquisa de campo sobre a situação das vias públicas do município de Gurupi e dos acidentes decorrentes da falta de manutenção. Por conseguinte, com o levantamento dos dados obtidos por meio da exploração de documentos, apresentará sobre os direitos dos cidadãos que sofrem danos decorrentes da má infraestrutura.

Os resultados serão apresentados com base em levantamentos bibliográficos em sites, artigos científicos, revistas e livros de caráter técnico a fim de possibilitar para a comunidade acadêmica científica o conhecimento necessário, a fim de sanar as indagações relacionadas as normas ao direito de responsabilidade civil.

Por conseguinte, através do levantamento dos dados obtidos por meio da exploração dos documentos, procurou-se apresentar a melhor solução para lide sobre o ponto de vista do ordenamento pátrio. Baseado nisso, reproduziu os resultados demonstrando as regras da responsabilidade civil.

Assim, classifica-se como uma pesquisa qualitativa de investigação, pois é a forma mais adequada para se entender a natureza de um fenômeno, sem técnicas estatísticas.

1 MUNICIPIO DE GURUPI – ASPECTOS GERAIS.

Conforme dados emitidos pelo IBGE, a cidade de Gurupi tem uma área territorial de 1.844,164km², com uma população estimada de oitenta e oito mil e quatrocentos e vinte e oito pessoas, com densidade demográfica de 41,80 hab/km².

Em relação ao território e ambiente, apresenta 42% de domicílios com esgotamento sanitário adequado, 88.7% de domicílios urbanos em vias públicas com arborização e 0.4% de domicílios urbanos em vias públicas com urbanização adequada (presença de bueiro, calçada, pavimentação e meio-fio).

Quando comparado com os outros municípios do estado, fica na posição 16 de 139, 39 de 139 e 38 de 139, respectivamente. Já quando comparado a outras cidades do Brasil, sua posição é 2569 de 5570, 1630 de 5570 e 4630 de 5570, respectivamente.

Infelizmente, como em muitas cidades brasileiras, a questão dos buracos nas vias públicas é um problema recorrente também em Gurupi. A presença de buracos nas ruas e avenidas pode causar prejuízos materiais e riscos à segurança dos motoristas e pedestres que transitam pela cidade.

A situação das vias urbanas em Gurupi pode variar de acordo com o bairro e com o tempo. No geral, a cidade possui uma grande extensão territorial e a prefeitura trabalha constantemente na manutenção e conservação das vias públicas, incluindo a realização de obras de recapeamento, tapa-buracos e reparos necessários para garantir a segurança e a mobilidade dos cidadãos.

Além disso, vale pontuar que algumas áreas podem apresentar problemas de infraestrutura, como falta de sinalização adequada, falta de calçadas, entre outros. A prefeitura tem buscado solucionar esses problemas com investimentos em infraestrutura urbana e na melhoria da mobilidade urbana.

É importante ressaltar que a resolução dos problemas de buracos nas vias públicas é um processo contínuo e que exige investimentos constantes em manutenção e infraestrutura urbana. Portanto, é fundamental que a prefeitura de Gurupi esteja sempre atenta a essa questão e empenhada em solucionar os problemas de buracos na cidade, haja vista que poderá ser responsabilizada pelos danos decorrentes de acidentes em buracos em via pública.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO

A responsabilidade civil do município é uma obrigação legal que o poder público tem de reparar danos causados a terceiros em decorrência de ações ou omissões dos seus agentes no exercício de suas funções.

O artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, leciona que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Além disso, O artigo 186 do Código Civil de 2002 dispõe que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito"

Como afirma Maria Helena Diniz:

O ato ilícito é o praticado culposamente em desacordo com a norma jurídica, destinada a proteger interesses alheios; é o que viola direito subjetivo individual, causando prejuízo a outrem, criando o dever de reparar tal lesão.

O município pode ser responsabilizado por danos causados por seus servidores públicos em situações como acidentes de trânsito envolvendo veículos oficiais, falhas no atendimento em serviços de saúde, queda de árvores em vias públicas, entre outros casos em que haja uma relação de causalidade entre a conduta do agente público e o dano sofrido pelo particular.

Nesse toar, Stoco (2007), afirma que:

A responsabilidade desenvolveu em dois planos distintos: aquele que decorre da obrigação de reparar por força da teoria do risco administrativo, de sorte que basta a ação, o nexo causalidade e o resultado lesivo para nascer a obrigação de reparar, tendo em vista a necessidade do estado de tutelar o cidadão; e o que decorre da omissão, de sua má atuação.

Discorrendo também acerca da teoria, Carlos Roberto Gonçalves, leciona que:

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigado a repará-lo ainda que sua condição seja isenta de culpa.

Infere-se, portanto, que a responsabilidade civil tem como elemento indispensável a relação de causalidade, e não necessariamente a culpa. Tendo em vista, que nos casos de serviços públicos prestado pela administração centralizada, responde pelos danos causados, independente da prova de culpa de seus agentes ou operadores.

Além disso, é importante destacar que o município também pode ser responsabilizado por omissão, ou seja, quando deixa de agir em situações em que seria sua obrigação tomar providências para evitar um dano ou para garantir a segurança e o bem-estar da população.

Para que o particular possa exigir a reparação do dano causado pelo município, é necessário que fique comprovada a existência do dano, a relação de causalidade entre a conduta do agente público e o dano sofrido, bem como a culpa ou o dolo do agente público.

Em geral, a responsabilidade civil do município em decorrência de acidentes com buracos em via pública está relacionada à sua obrigação legal de manter as vias em boas condições de tráfego e segurança para os usuários.

Assim, caso um acidente ocorra devido a um buraco em uma via pública, o município pode ser considerado responsável pelos danos causados ao veículo e aos ocupantes, desde que seja comprovado que a causa do acidente foi a falta de manutenção adequada da via.

Cabe ressaltar que, para que seja caracterizada a responsabilidade civil do município, é necessário que sejam cumpridos alguns requisitos, tais como: o dano sofrido pelo prejudicado, o nexo causal entre o dano e a ação ou omissão do município e a existência de culpa ou dolo na conduta do ente público.

Dessa forma, caso um cidadão se sinta lesado em decorrência de um acidente causado por buracos em via pública, é recomendável buscar orientação jurídica para avaliar a possibilidade de ingressar com uma ação de indenização contra o município, buscando a reparação dos danos sofridos.

3. DOS DIREITOS DO CIDADÃO QUE SOFRE ACIDENTES CAUSADOS PELA FALTA DE MANUTENÇÃO DAS VIAS URBANAS.

O cidadão que sofre acidentes em buracos na via pública tem direito à reparação pelos danos causados, conforme previsto na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil.

Em primeiro lugar, é importante que a vítima do acidente busque atendimento médico imediato, caso necessário, e que registre o ocorrido junto às autoridades competentes, a fim de comprovar a ocorrência do acidente e as circunstâncias em que ele aconteceu.

Posteriormente, a vítima poderá buscar a reparação dos danos sofridos, como os prejuízos materiais com o conserto do veículo ou o ressarcimento dos valores pagos com tratamento médico, por exemplo. Além disso, a vítima pode ter direito a indenização por danos morais, que é uma compensação pelo sofrimento causado pelo acidente.

Cabe ressaltar que, para que seja possível buscar a reparação dos danos, é necessário que sejam cumpridos alguns requisitos, como a comprovação da culpa ou responsabilidade do município pela falta de manutenção adequada da via, bem como a comprovação dos danos sofridos pela vítima.

Para Maria Sylvia Di Pietro, ao tratar da responsabilidade do Estado, assevera:

“É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular. Constituem pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado. (a) que seja praticado um ato lícito ou ilícito, por agente público; (b) que esse ato cause danos específico (porque restringe apenas um ou alguns membros da coletividade) e anormal (porque supera os inconvenientes normais da vida em sociedade decorrentes da atuação); (c) que haja um nexo de causalidade entre o ato do agente público e o dano.”

3.1 LUCROS CESSANTES E DA INDENIZAÇÃO VITALÍCIA.

O evento danoso que deixar sequelas, físicas, estéticas e morais, além de ter repercutido em danos patrimoniais e lucros cessantes, se enquadrando perfeitamente à previsão do Código Civil:

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 950. Se dá ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu

Conforme leciona o jurista João Casillo:

“Na apuração dos lucros cessantes, também o critério é o dos rendimentos. Aquele que vê sua saúde abalada, ou deixa de produzir ou passa a fazê-lo em escala menor, sofrendo, portanto, perde em seus ganhos, deve ser indenizado, e, se algum é responsável pelo evento, deve arcar com o dano causado. Na apuração do quantum, a base de cálculo é o valor da remuneração, real ou presumida.”

Nesse contexto, fica caracterizado o lucro cessante caso o autor quando o autor deixa de produzir em virtude da lesão sofrida, cabendo a administração pública arcar com as perdas.

No mesmo sentido Silvio Rodrigues: “

“Se a vítima experimenta ao mesmo tempo um dano patrimonial defluente da diminuição de sua capacidade para exercer seu ofício e um dano moral derivado do aleijão, deve receber dupla indenização, aquela proporcional à deficiência experimentada e está fixada moderadamente.”

Trata-se de limitações motoras e psíquicas causadas pela interrupção da vida cotidiana e saudável que o Autor levava, sendo devido, portanto, indenização mensal vitalícia, nos termos do artigo 950, parágrafo único do CC, em decorrência da diminuição de sua capacidade de trabalho, conforme predomina nos Tribunais.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO DA RÉ. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVAS DOS LUCROS CESSANTES. INSUBSISTÊNCIA. VEÍCULO QUE REALIZAVA TRANSPORTE DE CARGAS. EVIDENTE QUE DEIXOU DE AUFERIR RENDA EM DECORRÊNCIA DO ACIDENTE. LUCROS CESSANTES DEVIDOS. VALOR DO RENDIMENTO MÉDIO MENSAL INFORMADO. PROVA SUFICIENTE E ADEQUADA PARA O CÁLCULO DA INDENIZAÇÃO DEVIDA. VALOR DO DESCONTO RELATIVO AOS CUSTOS OPERACIONAIS A SER APURADO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. POSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-SC - AC: 00230723220128240008 Blumenau 0023072- 32.2012.8.24.0008, Relator: Saul Steil, Data de Julgamento: 10/04/2018, Terceira Câmara de Direito Civil).

3.2 DANO MORAL E ESTÉTICO

Caso o acidente tenha consequências graves de danos tenha danos estéticos, além de ter um forte impacto em sua produtividade, afetando a autoestima de qualquer ser humano, configurando Dano moral devendo ser indenizado

A Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça elucida o tema:

“O dano moral alcança prevalentemente valores ideais, não goza apenas a dor física que geralmente o acompanha nem se descaracteriza quando simultaneamente ocorrem danos patrimoniais, que pode até consistir numa decorrência de sorte que as duas modalidades se acumulam e tem incidências autônomas.”

Trata-se de prescreve no artigo 186 do Código Civil, aquele que, por ação u omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

E nesse sentido, a indenização por dano moral deve representar para a vítima uma satisfação capaz de amenizar de alguma forma o abalo sofrido e de infligir ao causador sanção e alerta para que não volte a repetir o ato, uma vez que fica evidenciado completo descaso aos transtornos causado.

Nesse sentido, é a lição do Exmo. Des. Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva, ao disciplinar o tema:

RECURSO – AGRAVO RETIDO - ACIDENTE DE TRÂNSITO – BURACO EM VIA PÚBLICA – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA - REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Reiteração em razões de apelação. Atenção ao parágrafo 1º do artigo 523 do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época. Conhecimento. Legitimidade "ad causam" da Fazenda Pública do Estado de São Paulo afastada. Regularidade. Obras realizadas pela Fazenda do Estado de São Paulo que foram finalizadas em outubro de 2009, muito antes do acidente (junho de 2010), enquanto a manutenção do local do acidente é responsabilidade do município demandado. Recurso de agravo retido conhecido e não provido. RECURSO - APELAÇÃO CÍVEL - ACIDENE DE TRÂNSITO – BURACO EM VIA PÚBLICA - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA -- REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – MERITO. Reparação de danos materiais e morais suportados em virtude de acidente causado por buraco em via pública. Responsabilidade objetiva da Municipalidade, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 1) Dever da Municipalidade de promover a regular conservação da pista asfáltica, bem como a necessária sinalização de advertência em locais danificados. 2) Autores que sofreram acidente de trânsito em via pública, em decorrência de má conservação da pista, administrada pela Municipalidade demandada. 3) Danos materiais. Reembolso do valor do veículo, que sofreu perda total no acidente (diferença entre o valor do bem segundo a tabela FIPE e o valor da venda do salvado). Regularidade. 4) O dano estético constitui modalidade do dano moral. Indenização única devida a esse título (estético e moral). Lesão física que tem como ofensa direito da personalidade, mais especificamente no que tange à aparência externa da vítima. Hipótese na qual o constrangimento suportado pelos autores com ocorrido claramente ultrapassou o mero dissabor. Indenização devida. Indenização apontada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para o autor Ezequias, R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para o autor Leandro

e R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) para a autora Neusa, observadas as peculiaridades e extensão das lesões suportadas. Admissibilidade. Valores que atendem aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade. Procedência parcial. Sentença mantida. Recurso de apelação dos autores não provido. (TJ-SP 00181765220118260451 SP 0018176- 52.2011.8.26.0451, Relator: Marcondes D'Angelo, Data de Julgamento: 20/02/2018, 25ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 20/02/2018)

Nesse sentido o doutrinador CAHALI, destaca:

“O interesse jurídico que a lei protege na espécie refere-se ao bem imaterial da honra, entendida esta quer com o sentimento da nossa dignidade própria (honra interna, honra subjetiva), que com o apreço e respeito de que somos objeto ou nos tornamos mercadores perante os nossos concidadãos (honra externa, honra objetiva, reputação, boa fama). Assim como o homem tem direito a integridade de seu corpo e de seu patrimônio econômico, tem-no igualmente a indenidade do seu amor-próprio (consciência do próprio valor moral e social ou da própria dignidade ou decoro) e do seu patrimônio moral.”

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil do município é um tema importante e complexo, que envolve questões jurídicas e administrativas. Em linhas gerais, a responsabilidade civil do município ocorre quando este é responsabilizado por danos causados a terceiros, em virtude de ações ou omissões de agentes públicos ou por falhas na prestação de serviços públicos.

Quando um cidadão se envolve em um acidente em via urbana malconservada, ele tem direito à reparação dos danos sofridos. Nesse caso, o município pode ser responsabilizado pela má conservação da via, o que caracteriza uma falha na prestação do serviço público.

A responsabilidade civil do município neste caso é objetiva, o que significa que o cidadão não precisa provar a culpa do município na ocorrência do acidente, basta comprovar que houve um dano e que este está relacionado à má conservação da via pública.

O cidadão que se envolve em um acidente em via pública pode buscar a reparação dos danos sofridos por meio de uma ação judicial, requerendo indenização pelos prejuízos

materiais e morais causados. É importante lembrar que o prazo para ajuizar essa ação é de três anos, contados a partir da data do acidente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 15 março de 22

BRASIL. Lei n. 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Institui o **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 15 março de 22.

CASILLO, João. **Dano a pessoa e sua indenização**", Editora Revista dos Tribunais. 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 2008. p.253).

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.288)

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), **Gurupi**, Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/to/gurupi.html>. Acessado em 04. Abril de 22

RODRIGUES, Silvio. **A Reparação nos acidentes de Trânsito**, 2ª edição revista e ampliada, Revista dos Tribunais, 1986, pág. 121

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.1124.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/>. Acesso em: 04. abril de 22

O CONCEITO JURÍDICO CIVIL DE PESSOA E O INÍCIO DA PERSONALIDADE: DIREITOS DO NASCITURO.

PÂMELA SOARES PEREIRA:
Bacharelanda em Direito pela
Universidade de Gurupi – UnirG.¹³⁸

VANUZA PIRES DA COSTA¹³⁹

(orientadora)

RESUMO: Pessoa é todo aquele que possui direitos e obrigações. Alcançada a personalidade a pessoa passa a atuar, como sujeito de direito, podendo praticar todos os atos e negócios jurídicos. O Código Civil afirma que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Entretanto, para que a pessoa adquira personalidade jurídica é necessário o nascimento com vida. Apesar de não possuir personalidade jurídica, o nascituro é um sujeito de direitos e merece proteção do Estado e da sociedade. No entanto, apesar da proteção legal, os direitos do nascituro muitas vezes são desrespeitados ou negligenciados, o que pode ter graves consequências para a sua vida e saúde. Dessa forma, o presente artigo busca conciliar o conceito jurídico de pessoa como início da personalidade com os direitos do nascituro. Para melhor abordagem desse assunto, este trabalho realizará uma pesquisa de bibliográfica, encontrada em sites de busca, livros, artigos científicos e periódicos, buscando um melhor embasamento nas questões apresentadas no decorrer do trabalho. Nos resultados encontrados, faz-se necessário que a legislação e a jurisprudência avancem no sentido de reconhecer e garantir esses direitos, sempre considerando as questões éticas e legais envolvidas, bem como a proteção da saúde e da integridade física da gestante.

Palavras-chave: Nascituro. Início da Personalidade. Direito Civil. Concepção.

THE CIVIL LEGAL CONCEPT OF PERSON AND THE BEGINNING OF PERSONALITY: Rights of the unborn child.

ABSTRACT: A person is anyone who has rights and obligations. Once the personality is attained, the person begins to act as a legal subject, capable of practicing all legal acts and transactions. The Civil Code states that "every person is capable of rights and duties in the civil order." However, for a person to acquire legal personality, it is necessary to be born alive. Despite not having legal personality, the unborn is a subject of rights and deserves

138 E-mail: E-mail: pamelasoaresmo@gmail.com

139 Mestre em Direito. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG e Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: vanuzapires.adv@gmail.com

protection from the State and society. However, despite legal protection, the rights of the unborn are often disregarded or neglected, which can have serious consequences for their life and health. Thus, this article seeks to reconcile the legal concept of person as the beginning of personality with the rights of the unborn. To better address this subject, this work will conduct a bibliographic research notably on search engines, books, scientific articles, and journals, seeking a better foundation for the issues presented throughout the work. In the results found, it is necessary for legislation and jurisprudence to advance in recognizing and guaranteeing these rights, always considering the ethical and legal issues involved, as well as the protection of the health and physical integrity of the pregnant woman.

Keywords: Unborn child. Beginning of Personality. Civil right. Conception.

Sumário: 1. Introdução. 2. Pessoa Natural. 2.1. Personalidade Jurídica. 2.2. Nascituro. 2.2.1. O início da vida: personalidade jurídica do nascituro. 2.2.2. Proteção jurídica dos embriões. 2.3 Teorias Sobre O Início Da Personalidade Jurídica. 2.3.1 Teoria Natalista. 2.3.2. Teoria Conceptionista. 2.3.3. Teoria Condicionalista. 2.4. Direitos Do Nascituro. 2.4.1 Direito à Vida. 2.4.2. Direito à Alimentos. 2.4.3. Direito Ao Reconhecimento De Filiação. 2.4.4. Direito à Curatela. 2.4.5. Direito De Receber Doações. 2.4.6. Direito à Representação. 2.4.7. Direito à Herança. 3. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

O tema a ser debatido nesse estudo refere-se aos direitos do nascituro. Desde a sua concepção, o artigo 2º do Código Civil Brasileiro garante a proteção dos direitos, sendo um tema de grande relevância no âmbito do direito.

O nascituro é considerado uma pessoa em formação, que ainda não nasceu, mas que já tem uma série de direitos assegurados por lei. A legislação brasileira reconhece a proteção do nascituro desde a concepção, e essa proteção se estende desde o direito à vida até o direito à herança.

No entanto, apesar da existência desses direitos, a garantia de sua efetividade ainda é um desafio em diversos casos, especialmente quando há conflitos de interesses ou questões jurídicas complexas envolvidas. Por isso, é fundamental que sejam feitos estudos e reflexões sobre os direitos do nascituro, visando a sua efetivação e a garantia de sua proteção.

Tendo por base o reconhecimento desse tema como meio para conceder maior proteção ao nascituro, realiza-se uma análise bibliográfica acerca da seguinte problemática: como conciliar o conceito jurídico de pessoa como início da personalidade

com os direitos do nascituro, considerando as questões éticas e legais envolvidas no debate sobre o status jurídico do feto?

Frente a isso, essa pesquisa se propõe a discorrer os principais direitos do nascituro, apresentando o seu conceito, a sua natureza jurídica, a sua normatização, as teorias, bem como refletir sobre as questões jurídicas e sociais envolvidas na proteção desses direitos. Insta salientar que esse estudo não pretende de forma alguma esgotar a matéria, mas sim facilitar a abordagem desse conteúdo de forma clara e objetiva.

A metodologia empregada neste trabalho é de uma revisão de literatura, onde “esse tipo de artigo caracteriza-se por avaliações críticas de materiais que já foram publicados, considerando o progresso das pesquisas na temática abordada” (OLIVEIRA, 2004, p. 40), pois analisaremos os direitos do nascituro, algo já amplamente discutido no mundo do direito.

Tratando-se de um artigo de revisão de literatura, a coleta de dados realizou-se no período de janeiro a abril de 2023, mediante análise de documentos por meio de pesquisa doutrinária e artigos já publicados sobre o tema além de análise jurisprudencial e legislação.

2. PESSOA NATURAL

O Código Civil afirma que a personalidade da pessoa natural começa no momento do nascimento com vida, ao estabelecer o nascimento com vida como início da personalidade o direito civil brasileiro adotou a corrente natalista. Uma pessoa natural é um ser humano.

Pessoa é todo aquele que titulariza direitos. Para a via processual, pode ser aquele que ocupa tanto o polo ativo quanto o polo passivo de uma relação jurídica. É comum ao se falar em pessoa logo imaginar a pessoa como ser humano. Todavia, no direito civil a pessoa pode ser natural, ou física, ou então, jurídica ou coletiva. (ZULIANE; BOURET; BATISTA, 2021, p.21).

Nos dizeres de Gagliano e Pamplona Filho (2020, p. 96) “a pessoa natural, para o direito, é o ser humano, enquanto sujeito/destinatário de direitos e obrigações”. O seu surgimento, segundo a dicção legal, ocorre a partir do nascimento com vida (art. 2º do CC/2002). Dessa forma, adquirida a personalidade este indivíduo passa a atuar na qualidade de titular de direitos, sendo pessoa natural ou jurídica, podendo praticar atos e negócios.

A pessoa natural é considerada titular de direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, entre outros, esses direitos são protegidos pela

Constituição Federal, a violação desses direitos pode resultar em responsabilidade civil e criminal. A pessoa natural tem personalidade jurídica, ou seja, a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações. Essa capacidade se inicia com o nascimento com vida e termina com a morte. Durante sua vida, a pessoa natural pode ser titular de direitos, como o direito à vida, à liberdade, à propriedade, entre outros, e também pode ser sujeito de obrigações, como o pagamento de impostos, a prestação de serviços.

Leciona Farias e Rosenvald (2015, p. 133):

[...]singrando os mares da constitucionalização do Direito Civil, é de se reconhecer que ser pessoa não pode significar, tão somente, a possibilidade de titularizar relações jurídicas. É preciso lembrar que a pessoa tem uma existência (que deve ser digna). Bem por isso, ser pessoa significa, em concreto, poder ser sujeito das inúmeras relações jurídicas, sempre dispondo de uma proteção básica e elementar, tendendo a promover a sua inexorável dignidade. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 135)

Em suma, a pessoa natural é o indivíduo em si, com capacidade de direito e titular de direitos fundamentais. Sua existência e identidade são comprovadas por meio do Registro Civil de Pessoas Naturais.

2.1. Personalidade Jurídica

O código Civil Brasileiro em seu art. 2º primeira parte afirma que a pessoa adquire personalidade jurídica ao nascer com vida, ou seja, respirar, adquirindo assim capacidade para ser titular de direitos e deveres. Dessa forma, no momento que se inicia o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório o recém-nascido obtém personalidade jurídica, mesmo que este recém-nascido venha falecer minutos depois de seu nascimento. É o que preceitua Gagliano e Pamplona Filho:

No instante em que principia o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório, clinicamente aferível pelo exame de docimasia hidrostática de Galeno, o recém-nascido adquire personalidade jurídica, tornando-se sujeito de direito, mesmo que venha a falecer minutos depois. Ao menos aparentemente essa teria sido a opção do legislador brasileiro, na medida em que tradicional corrente doutrinária defende a denominada teoria natalista. Seguindo essa diretriz doutrinária e legal, que tem importantes reflexos práticos e sociais, se o recém-nascido — cujo pai já tenha morrido — falece minutos após o parto, terá adquirido, por exemplo, todos os direitos

sucessórios do seu genitor, transferindo-os para a sua mãe. Nesse caso, a avó paterna da referida criança nada poderá reclamar. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p.96).

Dessa forma, alcançam personalidade jurídica todos nascido com vida independentemente se vier a falecer, nasceu, respirou obteve personalidade, enfim a personalidade jurídica coincide com a capacidade de direito, capacidade que todos têm.

2.2. Nascituro

Nascituro é uma palavra que deriva do latim nasciturus “o que vai nascer” se refere a um ser humano concebido, mas que ainda não nasceu, ou seja, que está em processo de gestação no ventre materno. É, portanto, um termo utilizado para designar o feto antes do nascimento.

Cuida-se o nascituro do ente concebido, embora ainda não nascido. O Código Civil trata do nascituro quando, posto não o considere explicitamente pessoa, coloca a salvo os seus direitos desde a concepção (art. 2º do CC/2002). Ora, adotada a tradicional teoria natalista, segundo a qual a aquisição da personalidade opera-se a partir do nascimento com vida, conclui-se que, não sendo pessoa, o nascituro possuiria mera expectativa de direito. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 97).

Embora o nascituro ainda não tenha nascido, ele é reconhecido pela lei como sujeito de direitos e possui proteção jurídica. Isso significa que ele já possui, desde a concepção, alguns direitos que devem ser respeitados e protegidos.

Vejamos:

Embora o Código Civil brasileiro tenha seguido indiscutivelmente a corrente natalista, o seu art. 2º ressalva que “a lei põe, a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Vale dizer: embora não seja ainda dotado de personalidade em sentido subjetivo, ou seja, de aptidão genérica para ser titular de direitos e obrigações, o nascituro tem alguns de seus interesses (futuros e eventuais) protegidos, desde logo, pela ordem jurídica. Por exemplo, o Código Civil admite que seja feita doação ao nascituro (art. 542) e reconhece vocação hereditária a pessoas “já concebidas” no momento da abertura da sucessão (arts. 1.798, 1.799, I, e 1.800, § 3º). (SCHREIBER, 2020, p. 64).

Em síntese, o termo nascituro se refere ao ser humano concebido, mas que ainda não nasceu, e que já é reconhecido pela lei como sujeito de direitos e possui proteção

jurídica. A proteção do nascituro é uma questão fundamental para a promoção da dignidade humana e para o respeito à vida desde sua concepção.

2.2.1. O início da vida: personalidade jurídica do nascituro

O início da personalidade jurídica do nascituro ocorre a partir do nascimento com vida, como descrito no art. 2º do Código Civil brasileiro, momento em que já é considerado como uma pessoa em potencial, com direito à proteção jurídica e à tutela do Estado, afirma Gagliano e Pamplona Filho (2020, p. 98), ainda que o nascituro não seja considerado pessoa, a depender da teoria adotada, ninguém discute que tenha direito à vida, e não a mera expectativa.

A personalidade jurídica do nascituro é reconhecida pela legislação brasileira e, por isso, ele já possui alguns direitos desde a concepção, como o direito à vida, à saúde e à alimentação adequada, bem como o direito à integridade física e psicológica durante a gestação.

De acordo com o Código Civil brasileiro, o nascituro é considerado pessoa desde a concepção para todos os efeitos legais, exceto para os casos em que a lei exige o nascimento com vida para a aquisição de determinados direitos, como é o caso da herança, dispondo o art. 1.799, inc. I do Código Civil que “Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão (BRASIL, 2002).

A personalidade jurídica do nascituro é importante não só para a proteção dos seus direitos, mas também para a proteção dos direitos da mãe gestante. Isso porque a proteção do nascituro está diretamente ligada à proteção da gestante, que tem o dever de garantir as condições necessárias para o desenvolvimento saudável do feto durante a gestação.

A legislação especial também está repleta de exemplos de proteção aos interesses do nascituro. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990) declara expressamente, em seu art. 26, parágrafo único, a possibilidade de reconhecimento de paternidade, mesmo antes do nascimento. Na esteira disso, a jurisprudência reconhece mesmo a possibilidade de ação de investigação de paternidade de nascituro, ajuizada pela mãe. A Lei n. 11.804/2008 disciplina o direito a alimentos gravídicos, assim entendida a pensão alimentícia paga durante a gravidez, até o nascimento da criança. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, já decidiu que “o nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de

não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do *quantum*. (SCHREIBER, 2020, p. 64 e 65).

Assim, a personalidade jurídica do nascituro é fundamental para a garantia dos direitos humanos desde o início da vida e para a promoção da dignidade da pessoa humana. É dever do Estado e de toda a sociedade garantir a proteção dos direitos do nascituro, assim como da gestante, durante toda a gestação, visando o bem-estar e a saúde de ambos.

2.2.2. Proteção jurídica dos embriões

A proteção jurídica dos embriões é um tema bastante debatido na sociedade e no meio jurídico, uma vez que envolve questões éticas, morais e religiosas.

O embrião é a primeira fase do desenvolvimento humano, que se inicia na fecundação do óvulo pelo espermatozoide. A partir daí o embrião passa por diversas etapas até que se transforme em um feto.

Na lição de Schreiber;

Os embriões encontram-se em um estágio ainda anterior àquele dos nascituros. Somente se tornam nascituros no momento em que são implantados no útero materno. Por isso, não gozam de personalidade nem sequer têm interesses futuros e eventuais tutelados pela legislação. Ainda assim, há autores que sustentam que os embriões *in vitro* têm direito à vida e ao tratamento digno, por serem potencialmente pessoas humanas. (SCHREIBER, 2020, p. 65).

O reconhecimento da capacidade sucessória do embrião é uma questão que causa grande polêmica no meio jurídico, o Código Civil Brasileiro em seu art. 1597, incisos III, IV, V, dispõe sobre o referido tema, mesmo não tratado de forma direta. O embrião concebido em laboratório e implantado no útero materno, transformando assim em nascituro, adquirirá o direito sucessório, no entanto, deve ser feito no prazo legal de 2 anos.

Segundo o doutrinador Gagliano e Pamplona Filho:

Se a concepção e a implantação se derem dentro do prazo de dois anos, o ente assim formado será considerado filho e herdeiro do autor da herança. Por outro lado, se a concepção ocorrer após o prazo de dois anos, indiscutivelmente a criança será considerada “filha do falecido” (que autorizou previamente a fecundação), mas não poderá ser considerada “herdeira”, pois a concepção se deu fora do biênio. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 2214).

A Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005) regulamenta o uso de embriões humanos para fins terapêuticos e de pesquisa, determinando que essas atividades só podem ser realizadas com autorização da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP) e do Conselho Nacional de Saúde (CNS).

A Lei 11.105/2005, conhecida como Lei de Biossegurança, tutela a integridade física do embrião, reforçando a teoria concepcionista. Isso, diante da proibição da engenharia genética em embrião humano, como regra. O art. 5.º da referida lei autoriza a utilização de células-tronco embrionárias para fins científicos e terapêuticos, desde que os embriões sejam considerados como inviáveis. Além dessa situação, é possível a utilização das células embrionárias nos casos de embriões congelados há três anos ou mais, na data da publicação da lei, ou já congelados na data da publicação da norma, depois de completarem três anos, contados a partir da data do congelamento. A lei exige autorização dos genitores do embrião, para que sejam utilizados para tais fins. Como se pode notar, a utilização de células-tronco embrionárias é exceção e não regra. (TARTUCE, 2020, p. 132).

A proteção jurídica dos embriões ainda é objeto de controvérsia, especialmente em relação às pesquisas científicas que envolvem a manipulação de embriões e células-tronco embrionárias. Algumas correntes religiosas e filosóficas alegam que a manipulação de embriões é uma violação do direito à vida, enquanto outros grupos defendem que a pesquisa com células-tronco embrionárias pode ser benéfica para o avanço da ciência e para o tratamento de doenças.

De toda forma, é importante ressaltar que a proteção jurídica dos embriões deve ser realizada de maneira responsável, considerando sempre os direitos humanos e os princípios éticos e morais envolvidos. A legislação brasileira busca garantir essa proteção, porém, cabe à sociedade e aos órgãos reguladores acompanhar e fiscalizar as atividades que envolvam embriões humanos, de forma a garantir que essas atividades sejam realizadas dentro dos limites legais e éticos.

2.3. Teorias Sobre O Início Da Personalidade Jurídica

2.3.1. Teoria Natalista

A teoria natalista é uma das teorias que tenta definir o momento em que uma pessoa adquire personalidade jurídica. Essa teoria estabelece que a personalidade jurídica

tem início a partir do nascimento com vida, ou seja, quando o feto sai do útero materno e passa a respirar de forma autônoma.

Gagliano e Pamplona Filho (2020, p. 97); traz que, “adotada a tradicional teoria natalista, segundo a qual a aquisição da personalidade opera-se a partir do nascimento com vida, conclui-se que, não sendo pessoa, o nascituro possuiria mera expectativa de direito”.

Essa teoria tem como principal justificativa a ideia de que a vida humana começa efetivamente no momento em que o feto é capaz de sobreviver fora do útero materno, sem a ajuda de aparelhos ou procedimentos médicos. Segundo essa visão, somente a partir desse momento é que a pessoa passa a ter personalidade jurídica e, conseqüentemente, passa a ser sujeito de direitos e deveres perante a sociedade.

A teoria natalista prevalecia entre os autores modernos ou clássicos do Direito Civil Brasileiro, para quem o nascituro não poderia ser considerado pessoa, pois o Código Civil exigia e ainda exige, para a personalidade civil, o nascimento com vida. Assim sendo, o nascituro não teria direitos, mas mera expectativa de direitos. (TARTUCE, 2020, p. 125).

Uma das principais críticas à teoria natalista é que ela não leva em consideração a evolução dos avanços médicos que permitem a sobrevivência de fetos cada vez mais prematuros fora do útero materno. Além disso, essa teoria não leva em consideração a proteção dos direitos humanos desde o momento da concepção, o que pode gerar controvérsias em casos como o aborto, por exemplo.

Por fim, é importante destacar que a definição do início da personalidade jurídica é um tema complexo e que ainda gera muitas discussões e divergências, seja entre as diferentes teorias, seja entre os diferentes países. Independentemente da teoria adotada, é fundamental que a proteção dos direitos humanos seja mantida desde o início da vida, seja desde a concepção, seja desde o nascimento com vida.

2.3.2. Teoria Conceptionista

A teoria conceptionista é uma das teorias que buscam definir o início da personalidade jurídica, ou seja, o momento em que uma pessoa passa a ser considerada como sujeito de direitos e deveres perante a sociedade. De acordo com essa teoria, a personalidade jurídica tem início a partir da concepção, momento em que ocorre a união do óvulo e do espermatozoide e se forma o embrião.

Zuliani, Bouret e Batista, (2021, p.21) leciona sobre o assunto afirmando que, “no que tange a teoria conceptionista, teria o nascituro personalidade jurídica desde sua

concepção”. Dessa forma, a concepção é o momento em que o óvulo da mulher é fertilizado pelo espermatozoide do homem. Assim, ela acontece entre 11 e 21 dias após o primeiro dia da menstruação.

A teoria concepcionista tem como principal argumento a ideia de que a vida humana deve ser protegida desde o momento da concepção, uma vez que o embrião já possui uma identidade genética. Além disso, a teoria concepcionista busca garantir que os direitos humanos sejam protegidos desde o início da vida.

Ainda sobre este mesmo assunto:

A teoria concepcionista é aquela que sustenta que o nascituro é pessoa humana, tendo direitos resguardados pela lei. Esse é o entendimento defendido por Silmara Juny Chinellato (a principal precursora da tese no Brasil), Pontes de Miranda, Rubens Limongi França, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Pablo Gagliano Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Roberto Senise Lisboa, José Fernando Simão, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, Francisco Amaral, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Antonio Junqueira de Azevedo, Gustavo Rene Nicolau, Renan Lotufo e Maria Helena Diniz. Em sua obra sobre a Parte Geral do Código Civil de 2002, lançada no ano de 2012, o Mestre Álvaro Villaça Azevedo também expõe que o correto é sustentar que a personalidade é adquirida desde a concepção. (TARTUCE, 2020, p. 127)

No entanto, a teoria concepcionista também é alvo de críticas, principalmente por aqueles que defendem a separação entre o direito e a religião. Esses grupos argumentam que a teoria concepcionista é baseada em fundamentos religiosos e, portanto, não deveria ser utilizada como adotada para a definição do início da personalidade jurídica.

Em resumo, a teoria concepcionista é uma das principais formas de definir o início da personalidade jurídica, mas não é a única. É importante que o debate em torno desse tema continue, a fim de garantir a proteção dos direitos humanos desde o início da vida, independentemente da teoria adotada.

2.3.3. Teoria Condicionista

A teoria condicionista é uma das teorias que buscam definir o início da personalidade jurídica, ou seja, o momento em que uma pessoa passa a ser considerada sujeita de direitos e deveres perante a sociedade. De acordo com essa teoria, a personalidade jurídica tem início a partir de uma condição, que pode ser o nascimento com

vida, a viabilidade fetal ou até mesmo a sobrevivência por um período determinado após o nascimento.

Sobre esta teoria os doutrinadores, afirmam que:

A teoria da personalidade condicional divide a aquisição da personalidade jurídica a depender do direito exercido. Por ela, o nascituro seria dotado de personalidade apenas para direitos existenciais (como o direito à vida). Se, todavia, fosse para direito negocial ou econômico o seu exercício dependeria do nascimento com vida, ou seja, ficaria condicionado. Serpa Lopes defende essa teoria. (ZULIANE; BOURET; BATISTA 2021, p. 21)

O principal argumento da teoria condicionalista é que o momento em que uma pessoa passa a ser considerado sujeito de direitos e deveres perante a sociedade deve levar em conta não apenas o momento do nascimento ou da concepção, mas também a capacidade do indivíduo de sobreviver e de exercer sua autonomia. Além disso, a teoria condicionalista busca evitar conflitos entre o direito à vida e outros direitos fundamentais, como o direito à saúde e à liberdade.

Segundo as conclusões de alguns doutrinadores podemos afirmar que:

Os adeptos da teoria da personalidade condicional sufragam entendimento no sentido de que o nascituro possui direitos sob condição suspensiva. Nesse sentido, preleciona ARNOLDO WALD: “A proteção do nascituro explica-se, pois há nele uma personalidade condicional que surge, na sua plenitude, com o nascimento com vida e se extingue no caso de não chegar o feto a viver”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 97);

No entanto, a teoria condicionalista também é criticada por alguns setores da sociedade, principalmente por aqueles que defendem a proteção da vida desde a concepção. Esses grupos argumentam que a teoria condicionalista pode levar à desvalorização da vida humana.

2.4. Direitos Do Nascituro

2.4.1. Direito à Vida

O direito à vida do nascituro é um tema muito discutido no campo jurídico, uma vez que envolve não apenas questões legais, mas também morais e éticas. O nascituro é considerado pelo direito como um ser humano em desenvolvimento que ainda não nasceu, mas que já possui proteção jurídica e reconhecimento como sujeito de direitos.

Sobre este assunto:

No direito pátrio o direito à vida é o mais valioso entre todos, ou seja, superior aos outros, garantidos pela Constituição Federal, cabendo ao Estado assegurá-lo. Tal direito atinge a todos desde a concepção. Diz a carta magna em seu art. 5º caput: "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". (VARGAS, 2021, p. 26).

No entanto, mesmo com todas as proteções legais, o direito à vida do nascituro ainda é objeto de muitas discussões e controvérsias. Há aqueles que defendem o direito à vida desde a concepção, ou seja, desde o momento em que o espermatozoide fertiliza o óvulo, enquanto outros defendem que esse direito só deve ser reconhecido a partir da viabilidade fetal, ou seja, do momento em que o feto pode sobreviver fora do útero materno.

Segundo os ensinamentos de Pereira:

A Constituição da República assegura, no artigo 5º, caput, dentre outros direitos, o direito à vida, que é considerado o mais fundamental de todos os direitos, já que constitui um pré-requisito à existência e ao exercício de todos os demais. Assim, ao se falar em vida, quer-se protegê-la de forma plena, inclusive a vida uterina. Ademais, a Carta Magna assegura, em seu artigo 201, inciso II, proteção especial às gestantes, e mais adiante, no artigo 227, trata dos deveres familiares, da sociedade e do Estado ao estabelecer diversos direitos à criança e ao adolescente. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto São José da Costa Rica, que entrou em vigor internacional na data de 18/07/1978 e em vigor para o Brasil na data de 25/09/1992, por meio do decreto n. 678, traz no seu artigo 4.º que "toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente". (PEREIRA, 2010, p. 1)

Independentemente da posição adotada, é importante que a proteção da vida humana desde o início da gestação seja respeitada, respeitando-se a os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. O debate em torno desse tema deve ser

realizado de forma respeitosa e fundamentada, buscando sempre o equilíbrio entre a proteção do nascituro e os demais direitos e envolvidos.

2.4.2. Direito à Alimentos

O direito a alimentos em relação ao nascituro está previsto na lei nº 11.804, de 5 de Novembro de 2008, em que preceitua em seu art. 2º:

Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive os referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes. (BRASIL, 2008)

A parte legítima para pleitear por alimentos gravídicos é a genitora, esses valores recebidos pela genitora são para garantir uma gravidez e desenvolvimento saudável do nascituro, dessa forma os alimentos gravídicos são de extrema importância para o custeio oriundos da gravidez, a partir do nascimento da criança está passa a ser a titular deste direito.

É importante ressaltar que o direito a alimentos do nascituro não se restringe apenas ao período de gestação, esse direito se estende também após o nascimento, convertendo se em pensão alimentícia.

Nesse mesmo pensamento Schreiber:

A Lei n. 11.804/2008 consagrou, ainda, os alimentos gravídicos, aqueles que podem ser pleiteados pela mulher grávida para que sejam recebidos desde o momento da concepção até o parto do bebê, com a finalidade de lhe suprir as necessidades adicionais decorrentes da gravidez (alimentação, exames, consultas médicas, despesas hospitalares etc.). Por fim, a jurisprudência e a doutrina têm aludido a duas espécies de alimentos que não encontram previsão legal entre nós: (a) os alimentos temporários ou transitórios; e (b) os alimentos compensatórios. Os alimentos temporários ou transitórios, como se verá adiante, são aqueles fixados pelo juiz, em certas circunstâncias excepcionais, com termo final de duração, divergindo da característica habitual dos alimentos, que é a sua durabilidade. Já os alimentos compensatórios são aqueles que buscam minimizar o

desequilíbrio financeiro entre os cônjuges ocorrido em decorrência do divórcio ou dissolução da união estável, a fim de proporcionar aos ex-cônjuges ou ex-companheiros o mesmo padrão socioeconômico. Esses alimentos podem ser estabelecidos de forma limitada no tempo, como enquanto não for ultimada a partilha de bens, que atribuirá a um dos ex-consortes patrimônio suficiente para dele extrair rendimentos que assegurem a conservação do seu padrão de vida. (SCHREIBER, 2020, p. 549)

No entanto, é necessário que haja um equilíbrio entre a proteção do nascituro e os direitos e interesses dos demais envolvidos, como a mãe gestante e o pai. Caso haja dúvidas ou conflitos em relação ao direito a alimentos do nascituro, é recomendável buscar orientação jurídica para garantir a proteção dos direitos da criança e o equilíbrio entre as partes envolvidas.

2.4.3. Direito ao Reconhecimento de Filiação

O direito ao reconhecimento de filiação está previsto no Estatuto da Criança e Adolescente no seu artigo 26, parágrafo único, que dispõe:

Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação. (BRASIL, 1990)

O reconhecimento de filiação é um ato jurídico que atribui ao nascituro uma relação de parentesco com seus pais biológicos. Oportuno fazer a citação de Schreiber:

A filiação consiste na relação de parentesco que se estabelece entre pais e filhos, sendo denominada também, do ponto de vista dos pais, como relação de paternidade ou maternidade. Assume especial importância, pois, "dentre as diversas relações de parentesco, a mais intensa, o vínculo mais próximo e estreito é o estabelecido entre os pais e os filhos". No direito brasileiro, a filiação é conceito unitário, que não admite subespécies ou adjetivações discriminatórias, como filiação adulterina, ilegítima ou adotiva, expressões empregadas no passado para justificar diferenciação de tratamento entre filhos. A Constituição de 1988 veio declarar a plena igualdade de direitos entre os filhos, determinando no art. 227, § 6º, que "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”. (SCHREIBER 2020, p. 506);

O Código Civil brasileiro em seu artigo 1.609 e seus respectivos incisos traz sobre o reconhecimento dos filhos, deixando nítido em seu parágrafo único que o reconhecimento pode ser feito antes mesmo do nascimento da criança, o reconhecimento em relação ao nascituro pode ser feito por declaração, por escritura pública ou por testamento, o reconhecimento uma vez feita, torna-se irrevogável. A razão encontra base, caso o pai venha a falecer antes do nascimento do filho, ou contraia alguma doença que o pai fique impossibilitado de externar sua vontade, ou da incerteza da sobrevivência da mãe ao parto.

Sobre o tema:

Assim, o estudo da filiação diz respeito a essa relação que liga os pais aos filhos, ou seja, uma relação de parentesco em linha reta de 1º grau, de pai e filho. A filiação pode decorrer do casamento ou pode ser fora dele. Essa classificação importa em razão das presunções estabelecidas em lei quando a filiação decorre do casamento. (ZULIANE; BOURET; BATISTA, 2021, p. 371).

O art. 1.597 elenca sobre algumas hipóteses de presunção de filiação na constância do casamento:

Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (BRASIL, 2002)

Dos citados no referido artigo é importante mencionar as hipóteses decorrentes dos avanços tecnológicos que permitem a fecundação homóloga ou heteróloga, nestes casos,

há presunção de paternidade caso os pais sejam casados sendo que em relação a fecundação heteróloga deve haver autorização do marido.

A fecundação homóloga é realizada com o material genético do marido e da mulher, a fecundação heteróloga o material genético não pertence ao marido, por isso é necessário a autorização do marido para sua aplicação. O Código Civil brasileiro afirma que presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos a qualquer tempo, quando se tratarem de embriões excedentários decorrentes de concepção artificial homóloga. (ZULIANE; BOURET; BATISTA, 2021, p 372).

O reconhecimento de filiação é importante para a proteção dos direitos do nascituro. Além disso, o reconhecimento de filiação contribui para a preservação dos laços afetivos entre pais e filhos, favorecendo o desenvolvimento saudável da criança.

É importante ressaltar que, em alguns casos, pode haver a necessidade de entrar com ação judicial para o reconhecimento de filiação do nascituro, especialmente nos casos em que há contestação da paternidade ou maternidade.

Por fim, é fundamental que sejam respeitados os direitos do nascituro em relação ao reconhecimento de filiação, bem como o direito ao nome, à imagem, à saúde e à vida. A proteção jurídica do nascituro é essencial para garantir o desenvolvimento saudável e pleno da criança desde a sua concepção.

2.4.4. Direito à Curatela

A curatela ao nascituro está prevista no Código Civil Brasileiro no art. 1.779, com a seguinte redação: "dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar. Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro". (BRASIL, 2002)

Como descrito no artigo, somente haverá curatela do nascituro em uma situação especial, quando o pai for falecido e a mãe grávida não tiver o poder familiar.

Somente será nomeado um curador quando a mãe do nascituro não puder resguardar seus direitos. Quando o nascituro tiver algum bem para receber, como herança ou doação, ao nascer com vida será nomeado um tutor a criança, cessado dessa forma a curatela especial ao nascituro.

Sobre este assunto leciona o doutrinador Schreiber:

Ao admitir a legitimação sucessória do nascituro, o Código Civil afasta-se, a rigor, daquela "relação de continuidade, que deve existir

entre o de *cujus* e o herdeiro”. Tal relação de continuidade é uma exigência, conforme se verá adiante, do chamado *droit de saisine*, costume do direito francês medieval, expresso na fórmula *le mort saisit le vif*, que prega a imediata transmissão da herança aos herdeiros no momento do óbito. Adotado no Brasil desde 1754 e atualmente consagrado já no primeiro artigo que o Código Civil dedica às sucessões (art. 1.784), esse imediatismo da transmissão da herança evita que o patrimônio do falecido permaneça acéfalo e desprotegido, sujeitando-se a esbulhos e abusos. No caso do nascituro, o Código Civil prescinde dessa relação de continuidade entre o de *cujus* e o herdeiro, mas se acautela contra os riscos que daí poderiam derivar. Com efeito, embora o herdeiro ainda não tenha nascido, e, portanto, inexistente, a herança é confiada a um curador – chamado curador de ventre – que tem o dever de proteger a herança até o nascimento do herdeiro. Contorna-se, por esse caminho, o inconveniente da inexistência do herdeiro ao tempo da abertura da sucessão. (SCHREIBER, 2020, p. 564)

Conforme preceitua Tartuce ao admitir curatela ao nascituro este disposto reforça a teoria concepcionista, onde o nascituro é considerado pessoa, ainda afirma o doutrinador que ao admitir curatela ao nascituro o Código Civil dá a ele o tratamento de uma pessoa absolutamente incapaz. (TARTUCE, 2020, p. 2151).

2.4.5. Direito De Receber Doações

O art. 542 do Código Civil Brasileiro afirma que a doação feita ao nascituro deverá ser aceita por seu representante legal. Na doação ao nascituro o contrato está válido, porém, a eficácia desta doação depende do nascimento com vida do recebedor da doação, estando em uma condição suspensiva, ou seja, caso nasça sem vida seu representante não receberá a doação em seu lugar, estando diante de uma doação condicional, porém, se este nascer, respirar, viver por alguns segundos, receberá o benefício que será transmitido aos seus sucessores. (BRASIL, 2002)

Vejamos:

Enuncia o art. 542 do CC que “a doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”. O nascituro, aquele que foi concebido, mas ainda não nasceu (*infans conceptus*), poderá receber a doação, mas a sua aceitação deverá ser manifestada pelos pais ou por aquele incumbido de cuidar dos seus interesses, nesse último caso, com autorização judicial. A aceitação por parte do representante legal do nascituro está no plano da validade do

contrato. Além disso, a eficácia do contrato depende do nascimento com vida do donatário, havendo uma doação condicional, segundo a posição que prevalece na civilística nacional. Em outras palavras, se o donatário não nascer com vida, caduca a liberalidade, pois se trata de direito eventual, sob condição suspensiva. No entanto, se tiver um instante de vida, receberá o benefício, transmitindo-o a seus sucessores. (TARTUCE, 2020, p. 1082).

É importante destacar que as doações ao nascituro devem respeitar algumas regras e formalidades estabelecidas pelo Código Civil, como a necessidade de que as doações sejam realizadas por escritura pública ou testamento.

O art. 1.800 parágrafo 4º do Código Civil Brasileiro entende ser possível a doação a uma prole eventual, que nem tenha sido concebida ainda. Em seu texto afirma que: “se decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concedido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos” (BRASIL, 2002). Ou seja, caso o responsável pela doação a uma prole eventual venha a falecer, após o término de dois anos da morte do doador a prole eventual não for concedida, os bens desta doação passam-se aos herdeiros.

O direito de receber doações do nascituro é uma forma de garantir sua proteção e bem-estar, bem como assegurar a sua condição de pessoa em potencial. Por isso, é fundamental que as doações sejam realizadas de forma consciente e responsável, visando sempre o interesse do nascituro e sua proteção jurídica.

2.4.6. Direito à Representação

O direito à representação do nascituro é um tema que diz respeito ao reconhecimento da sua condição de pessoa em potencial, ou seja, de uma pessoa que ainda não nasceu, mas que já possui direitos e interesses juridicamente protegidos.

Vejamos:

O nascituro tem assegurada sua representação assim como os filhos já nascidos e também pelo artigo 1.779 do Código Civil considerar a falta do poder familiar, onde então se outorga a curatela. Portanto, presente no texto legal na seção que trata do poder familiar, os pais devem representar os filhos até os dezesseis anos e assisti-los após esta idade (artigo 1.634 inciso V e artigo 1.690 do CC). Na ausência dos pais ou quando estes não puderem representá-los será nomeado representante legal (SANTOS, 2017, p. 19).

A representação do nascituro se dá por meio dos seus pais ou responsáveis legais, que agem em seu nome e em defesa dos seus interesses. Isso significa que, mesmo antes de nascer, o nascituro já tem direito a uma série de proteções legais.

Caso seus pais venham a falecer, ou por algum motivo específico lhe falte o poder familiar, o nascituro terá direito a representação, lhe sendo nomeado um curador, como citado anteriormente.

Vale lembrar que, para que a representação do nascituro seja efetiva, é preciso que seus pais ou responsáveis legais estejam devidamente registrados e reconhecidos como tal perante as autoridades competentes. Dessa forma, é possível garantir a proteção jurídica e o exercício pleno dos direitos do nascituro, desde o momento de sua concepção até o seu nascimento.

2.4.7. Direito à Herança

De maneira geral, entende-se que o nascituro tem direito à herança dos seus pais e parentes falecidos, desde que venha nascer com vida.

Isso significa que, se um parente do nascituro falecer e deixar bens a serem partilhados entre seus herdeiros, e se o nascituro estiver sido concebido no momento da abertura da sucessão, este terá direito a uma parte desses bens, desde que nasça com vida. Esse direito é reconhecido pela legislação brasileira e está previsto no artigo 1.798 do Código Civil. Vejamos o que diz a redação do referido artigo: "legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão". (BRASIL, 2002)

Na mesma linha de raciocínio, Tepedino, Nevares e Meireles lecionam sobre o referido assunto:

Quanto ao nascido, nenhum questionamento há, especialmente porque se encontra expresso na codificação que a personalidade civil se adquire com o nascimento com vida (CC, art. 2º). Como se resguardam os direitos do nascituro, este também tem legitimidade sucessória, bastando que nasça com vida para que sejam produzidos os respectivos efeitos. O quinhão que caberá ao nascituro será reservado em poder do inventariante até o seu nascimento (CPC, art. 650). (TEPEDINO; NEVARES; MEIRELES, 2021, p. 59)

Além disso, é necessário observar as regras de sucessão previstas na lei, que estabelecem a ordem de preferência entre os herdeiros e os critérios para a partilha dos bens. Caso o nascituro seja o único herdeiro, ele receberá toda a herança deixada pelo falecido, caso nasça com vida e mesmo que venha a falecer minutos depois.

É importante destacar também que, para que o nascituro tenha direito à herança, é necessário que ele seja devidamente reconhecido como filho ou descendente do falecido. Isso pode ser feito por meio de ação judicial de investigação de paternidade ou maternidade, caso não haja o reconhecimento espontâneo.

Neste sentido afirma Schreiber:

Considera-se legitimado a suceder todo aquele já nascido ou já concebido ao tempo da abertura da sucessão (art. 1.798). Como se verá adiante, a fórmula não é absoluta, já que a lei reconhece, em algumas hipóteses, capacidade sucessória a quem ainda não exista, como “os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador” (art. 1.799, I). Ainda assim, pode-se afirmar, com segurança, que não têm capacidade de suceder os indivíduos que, ao tempo da abertura da sucessão, já se encontravam mortos, pois a sucessão requer “a sobrevivência do sucessor, por fração ínfima que seja, de tempo”. (SCHREIBER, 2020, p. 563)

Em resumo, o direito à herança do nascituro é reconhecido pela legislação brasileira, mas está sujeito a limitações e regras específicas. Por isso, é fundamental que os pais ou responsáveis legais do nascituro busquem orientação jurídica para garantir a proteção dos seus direitos sucessórios.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legislação brasileira reconhece diversos direitos ao nascituro, tais como o direito à vida, à alimentação, ao reconhecimento de filiação, à curatela, à representação, à herança, entre outros.

No entanto, a garantia desses direitos ainda é um desafio em diversos casos, especialmente quando há conflitos de interesses ou questões jurídicas complexas envolvidas. Por isso, é fundamental que a sociedade como um todo e os operadores do direito em especial, estejam conscientes da importância da proteção do nascituro e trabalhem para garantir a efetivação desses direitos.

É importante destacar que os direitos do nascituro devem ser vistos em conjunto com outras questões relevantes, como o direito das mulheres à saúde e à autonomia reprodutiva. A proteção dos direitos do nascituro deve ser feita de forma equilibrada, buscando-se sempre conciliar os interesses envolvidos e garantir a justiça e a dignidade da pessoa humana, desde a sua concepção.

Apesar de não possuir personalidade jurídica, o nascituro é um sujeito de direitos e merece proteção do Estado e da sociedade. Nesse sentido, é importante que a legislação e a jurisprudência avancem no sentido de reconhecer e garantir esses direitos, sempre considerando as questões éticas e legais envolvidas, bem como a proteção da saúde e da integridade física da gestante.

Em suma, a conciliação entre o conceito jurídico de pessoa como início da personalidade e os direitos do nascituro é um desafio que exige a consideração cuidadosa de todos os aspectos envolvidos no debate, de modo a garantir a proteção adequada do feto e dos interesses da sociedade como um todo.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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#art2045. Acesso em: 18 de março de 2023.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 20 de março de 2023.

BRASIL. Lei nº 11.804 de 05 de Novembro de 2008. Disciplina o Direito a Alimentos Grávidos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm. Acesso em: 18 de março de 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: parte geral e LINDB, volume 1. 13ª ed. rev., ampli. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Manual de direito civil. Volume único. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

OLIVEIRA, Silvio Luiz de. Tratado de Metodologia Científica: projetos de pesquisas, TGI, TCC, monografias, dissertações e teses. São Paulo: Pioneira Thompson Learning, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: volume 1. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SANTOS, Carlos Alexandre Nunes dos. Perspectivas jurídicas quanto ao momento da aquisição da personalidade jurídica pelo nascituro. Repositório Institucional. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/jspui/handle/aee/425>. Acesso em: 15 de março de 2023.

SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil: contemporâneo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

_____. Manual de direito civil: volume único. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Fundamentos do direito civil: direito das sucessões. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VARGAS, Cristina Sueyd. Personalidade Jurídica Do Nascituro e o Aborto. Repositório Institucional. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/jspui/handle/aee/18498>. Acesso em: 13 de março de 2023.

ZULIANI, Matheus; BOURET, Aurélio; BATISTA, Paulo. Coleção carreiras jurídicas: Direito. 2ª edição. Brasília: CP Iuris, 2021.

PROVA NOVA EM INQUÉRITO POLICIAL E IMPOSSIBILIDADE DE DESARQUIVAMENTO

PATRICIA ARAUJO DE BRITO: advogada, pós-graduanda em direito público pela faculdade Legale¹⁴⁰.

RESUMO: Este artigo se propõe analisar as questões relativas ao arquivamento do inquérito policial e possibilidades de desarquivamento, notadamente quando se trata de surgimento de provas novas, já que, em regra, o arquivamento por ausência de provas produz somente coisa julgada formal, o que possibilita o desarquivamento. Todavia, existem exceções. Para tanto, foi realizada pesquisa jurisprudencial e doutrinária.

Palavras-chaves: Inquérito policial. Arquivamento. Produção de coisa julgada. Desarquivamento. Provas novas.

ABSTRACT: This article proposes to analyze the questions related to the archiving of the police investigation and possibilities of unarchiving, notably when it comes to the emergence of new evidence, since, as a rule, the archiving due to the absence of evidence produces only formal res judicata, which allows the unarchive. Therefore, jurisprudential and doctrinal research was carried out.

INTRODUÇÃO

O inquérito policial é considerado um procedimento discricionário, no qual há mitigação dos direitos e garantias fundamentais. Contudo, o presente artigo visa demonstrar que certas garantias devem ser respeitadas no procedimento, sobretudo institutos inerentes ao devido processo legal.

Com isso, sustenta que o surgimento de novas provas, que geralmente possibilita o desarquivamento do inquérito, nos termos do art. 18 do Código de Processo Penal, bem como súmula 524 do Supremo Tribunal Federal, deve respeitar determinados parâmetros, de modo que é possível sustentar que a existência de exceções à regra. É o que se verá a seguir.

1. DA INSTRUMENTALIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL E ARQUIVAMENTO

O inquérito policial é um procedimento administrativo que tem por finalidade colher elementos que possibilitem eventual ação penal. Em razão de sua natureza inquisitiva, a doutrina e jurisprudência majoritária sustentam que nessa fase os princípios

140 araujopatricia.b@outlook.com.

constitucionais são mitigados e eventuais ilegalidades do procedimento não contaminam a ação penal, salvo provas ilícitas, já que os elementos de informação colhidos no inquérito não seriam suficientes para fundamentar eventual condenação criminal.

Em regra, é a autoridade policial quem conduz o inquérito. Porém, o Ministério Público também possui poder de investigação, de modo que, em razão de o inquérito ser dispensável, o Ministério Público pode promover a ação penal sem o procedimento preparatório. Todavia, tendo sido elaborado o inquérito e se tratando de ação penal pública, o Ministério Público terá duas opções, o oferecimento da denúncia ou requerer o arquivamento do inquérito ao juiz, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal (redação anterior ao pacote anticrime, em razão de o Supremo Tribunal Federal ter suspenso a eficácia da nova redação promovida pela Lei 13.964/19141):

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para

547ferece-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

O arquivamento do inquérito não pode ser determinado pela autoridade policial, assim como também não pode ser determinado de ofício pela autoridade judiciária. A legitimidade é exclusivamente do Ministério Público, que fará requerimento expresso caso as informações contidas no inquérito sejam insuficientes para o oferecimento da denúncia (LIMA, 2020, p.233).

O autor Renato Brasileiro (2020) afirma que o Código de Processo Penal (CPP) não expõe as hipóteses que autorizam o arquivamento do inquérito. Diante disso, para encontrar as possibilidades que permitem o arquivamento é aplicado, por analogia, os fundamentos de rejeição da denúncia e absolvição sumária, previstas nos arts 395 e 397 do CPP.

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I – For manifestamente inepta;

141 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6298.

II – Faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III – Faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

I – A existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;

II – A existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;

III – Que o fato narrado evidentemente não constitui crime;

IV – Extinta a punibilidade do agente.

Além das hipóteses supra, a doutrina apresenta outras possibilidades de arquivamento, entre elas, o arquivamento indireto e o arquivamento implícito. O arquivamento indireto surge quando o membro do Ministério Público se vê sem atribuição para officiar em um determinado feito em razão da competência.

Já o arquivamento implícito ocorre quando o Ministério Público deixa de incluir algum ato delituoso ou algum indiciado na denúncia, ou seja, há uma omissão. Nesse caso, a doutrina afirma que o arquivamento se consuma quando o juiz não se pronuncia na forma do art. 28 do CPP. No entanto, o Supremo Tribunal de Justiça, em regra, não admite a hipótese de arquivamento implícito (LIMA, 2020, p.253).

Na ação penal pública não vigora o princípio da indivisibilidade. Assim, o MP não está obrigado a denunciar todos os envolvidos no fato tido por delituoso, não se podendo falar em arquivamento implícito em relação a quem não foi denunciado. Isso porque o Parquet é livre para formar sua convicção, incluindo na denúncia as pessoas que ele entenda terem praticado o crime, mediante a constatação de indícios de autoria e materialidade. STJ. 6ª Turma. RHC 34233-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 6/5/2014 (Info 540).

Nesse sentido também é o entendimento do autor Guilherme Nucci:

Não pode haver pedido de arquivamento implícito ou tácito. É indispensável que o promotor se manifeste claramente a respeito de

cada um dos indiciados, fazendo o mesmo no que concerne a cada um dos delitos imputados a eles durante o inquérito. Assim, não pode, igualmente, denunciar por um crime e calar quanto a outro ou outros (NUCCI, 2004, p.126-127).

2.DO ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO E PRODUÇÃO DA COISA JULGADA

A partir do momento em que o inquérito policial é arquivado por decisão revestida de jurisdição e não sendo mais possível a alteração da decisão, pode-se falar em formação da coisa julgada. A coisa julgada pode ser formal, quando a decisão não pode ser modificada dentro do processo, ou material, quando a imutabilidade da decisão de mérito se projeta além dos limites do processo. Veja a explicação da doutrina:

O impedimento de modificação da decisão por qualquer meio processual dentro do processo em que foi proferida é chamado de coisa julgada formal, ou ainda de preclusão máxima. Trata-se de fenômeno endoprocessual, pois a imutabilidade da decisão está restrita ao processo em que foi proferida. Se a coisa julgada formal é a imutabilidade da decisão no processo em que foi proferida, a coisa julgada material projeta-se para fora do processo, tornando a decisão imutável e indiscutível além dos limites do processo em que foi proferida. Em síntese, denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso (art. 502 do novo CPC). Como se percebe, a coisa julgada material pressupõe a coisa julgada formal, mas o inverso não acontece (LIMA, 2020, p.249).

Diante do supramencionado, a depender do fundamento que justificou o arquivamento do inquérito é possível falar em produção da coisa julgada formal ou material ou ambas.

Quando o arquivamento ocorre em razão da ausência de pressupostos processuais ou condições para o exercício da ação penal é possível o seu desarquivamento, uma vez que, nesse caso, a formação da coisa julgada é somente formal, de modo que, suprida a ausência dos pressupostos, a peça acusatória poderia ser oferecida pelo Ministério Público. Contudo, quando o arquivamento é motivado pela atipicidade da conduta não é possível a reabertura do inquérito em momento posterior. Quando se trata de atipicidade da conduta há formação de coisa julgada formal e material, o que inviabiliza o desarquivamento.

Outro fundamento que inviabiliza a reabertura do procedimento é a causa excludente da ilicitude. Segundo Renato Brasileiro (2020) não há motivos para possibilitar o desarquivamento nesse caso, uma vez que o arquivamento estaria fundado na inexistência de crime e não na mera ausência de provas. Dessa forma, estaria diante de formação de coisa julgada formal e material. Porém, em que pese a posição doutrinária, existe divergência jurisprudencial. Enquanto o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) reconhece a formação da coisa julgada formal e material, o Supremo Tribunal Federal (STF) permite a reabertura do inquérito. Veja os entendimentos:

Para o STJ, o arquivamento do inquérito policial com base na existência de causa excludente da ilicitude faz coisa julgada material e impede a rediscussão do caso penal. O mencionado art. 18 do CPP e a Súmula 524 do STF realmente permitem o desarquivamento do inquérito caso surjam provas novas. No entanto, essa possibilidade só existe na hipótese em que o arquivamento ocorreu por falta de provas, ou seja, por falta de suporte probatório mínimo (inexistência de indícios de autoria e certeza de materialidade). STJ. 6ª Turma. REsp 791.471/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 25/11/2014 (Info 554).

Para o STF, o arquivamento de inquérito policial em razão do reconhecimento de excludente de ilicitude não faz coisa julgada material. Logo, surgindo novas provas seria possível reabrir o inquérito policial, com base no art. 18 do CPP e na Súmula 524 do STF. STF. 1ª Turma. HC 95211, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 10/03/2009. STF. 2ª Turma. HC 125101/SP, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o acórdão Min. Dias Toffoli, julgado em 25/8/2015 (Info 796). O arquivamento de inquérito policial por excludente de ilicitude realizado com base em provas fraudadas não faz coisa julgada material. STF. Plenário. HC 87395/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 23/3/2017 (Info 858).

Caso o arquivamento do inquérito ocorra em razão da ausência de elementos informativos, haverá, nesse caso, formação somente da coisa julgada formal. Ou seja, se posteriormente surgirem novas provas acerca do fato delituoso é possível o desarquivamento e propositura de ação penal. É o que preveem o art. 18 do CPP e súmula 524 do STF:

Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.

Súmula 524-STF: Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas.

Segundo Renato Brasileiro (2020), o arquivamento por falta de lastro laboratório é uma decisão tomada com base na cláusula *rebus sic stantibus*. Apesar da cláusula ser inerente ao direito civil, ela possibilita que haja alteração dos termos anteriormente vinculados, caso haja modificações imprevistas (teoria da imprevisão), como ocorre no arquivamento por ausência de provas, de modo que caso ocorra modificação no conjunto probatório é possível o desarquivamento do inquérito policial, já que as condições anteriormente analisadas sofreram alteração.

Todavia, é necessário que existam parâmetros para que a prova seja considerada e autorize o desarquivamento, é o que se sustentará a seguir. Existem casos que embora estejamos diante de lastro probatório novo, produzem coisa julgada que impossibilitam o desarquivamento do inquérito.

3.EXCEÇÃO AO DESARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO EM RAZÃO DE PROVA NOVA

Esclarece-se que não é a simples mudança de opinião ou reavaliação da situação que permite o desarquivamento inquérito por ausência de lastro probatório, é indispensável o surgimento de provas efetivamente novas. Provas novas são caracterizadas por produzirem alteração no panorama probatório dentro do qual houve a decisão do arquivamento.

Para a doutrina existem duas espécies de prova nova. As provas substancialmente novas, definidas como inéditas, pois são desconhecidas. E as provas formalmente novas. Essas são conhecidas pelo estado, porém, há alteração fática, pois ganham nova versão, como nos casos das provas testemunhais, quando a testemunha muda a versão anteriormente dita (LIMA, 2020, p. 253).

O Supremo Tribunal de Justiça já se pronunciou acerca dos elementos necessários à caracterização de prova nova e, que conseqüentemente, possibilitaria o desarquivamento do inquérito policial. Para a Corte é necessário que a prova seja formalmente nova; que seja substancialmente nova; e que seja apta a produzir alteração no panorama probatório dentro do qual foi concebido e acolhido o pedido de arquivamento:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. DESARQUIVAMENTO. NOVAS PROVAS. ENUNCIADO 524 DA SÚMULA DO STF. POSSIBILIDADE. 1. Entendem doutrina e jurisprudência que três são os requisitos necessários à caracterização

da prova autorizadora do desarquivamento de inquérito policial (artigo 18 do CPP): a) que seja formalmente nova, isto é, sejam apresentados novos fatos, anteriormente desconhecidos; b) que seja substancialmente nova, isto é, tenha idoneidade para alterar o juízo anteriormente proferido sobre a desnecessidade da persecução penal; c) seja apta a produzir alteração no panorama probatório dentro do qual foi concebido e acolhido o pedido de arquivamento; 2. Preenchidos os requisitos - isto é, tida a nova prova por pertinente aos motivos declarados para o arquivamento do inquérito policial, colhidos novos depoimentos, ainda que de testemunha anteriormente ouvida, e diante da retificação do testemunho anteriormente prestado -, é de se concluir pela ocorrência de novas provas, suficientes para o desarquivamento do inquérito policial e o conseqüente oferecimento da denúncia; 3. Recurso a que se nega provimento. (STJ - RHC: 18561 ES 2005/0179625-6, Relator: Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Data de Julgamento: 11/04/2006, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 01/08/2006 p. 545)

Diante do supra, é possível sustentar que existem exceções à regra que permite o desarquivamento do inquérito policial pelo surgimento de provas novas, sobretudo quando não há alteração do conjunto probatório que sustentou a decisão de arquivamento. É o caso, por exemplo, de quando o arquivamento foi fundamentado em insuficiência de provas, mas que, posteriormente percebe-se que a análise do conjunto probatório não foi minuciosa, de modo as provas sempre estiveram sob o acervo da administração pública e integraram o procedimento administrativo. Tratando-se, na realidade, não de provas novas, mas de negligência nas investigações e na análise do conjunto probatório.

Nesse caso, sustenta-se que a coisa julgada deve persistir, uma vez que não houve mudança do conjunto probatório que ensejou o arquivamento, o que houve, na verdade, foi alteração quando à análise das provas, o que não preenche os requisitos definidos pelo Supremo Tribunal de Justiça.

Entendimento diverso acabaria por gerar insegurança jurídica e incentivar condução não minuciosa do procedimento administrativo. Tal argumento vai ao encontro do entendimento sustentado por Miguel Calmon, o qual frisa a necessidade da processualização do procedimento do inquérito. Para ele o princípio o devido processo legal deve ser observado ainda que em procedimentos administrativos. Definir os requisitos básicos para a definição de novas provas que permitam o desarquivamento do inquérito é, ainda que de forma singela, observar os princípios que integram o devido processo legal (DANTAS, apud DIDIER, 2008).

CONCLUSÃO

A partir do exposto, é possível concluir que embora o inquérito policial tenha natureza inquisitiva, é necessário que existam parâmetros seguros no procedimento, como é sustentado, ainda que de forma minoritária, por Miguel Calmon acerca da necessidade da processualização dos procedimentos administrativos.

Nesse sentido, demonstrou-se que determinadas decisões judiciais acerca do arquivamento do inquérito, a depender do fundamento, impedem o desarquivamento do procedimento, tendo em vista a formação da coisa julgada formal e/ou material.

Destacou-se, por fim, que em que pese a decisão do arquivamento por ausência de elementos probatórios gere somente coisa julgada formal, o que possibilita a reabertura, é imprescindível elencar e analisar os parâmetros do elemento alegado como novo pelo Estado com vistas ao desarquivamento do inquérito, conforme já apontado pelo Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de processo penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 15.04.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. RHC: 18561 ES 2005/0179625-6, Relator: Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/7149421>> Acesso em 16.04.23.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **O princípio da indivisibilidade não se aplica à ação penal pública.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/a48564053b3c7b54800246348c7fa4a0>>. Acesso em: 16/04/2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Possibilidade de reabertura de inquérito policial arquivado por excludente de ilicitude.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/5352696a9ca3397beb79f116f3a33991>>. Acesso em: 16/04/2023.

DANTAS, Miguel Calmon. **O Direito Fundamental à Processualização:** Fundamento para uma Teoria Geral do Processo. In: DIDIER Jr., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). Teoria Geral do Processo: panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2008.

LIMA. Renato Brasileiro. **Manual de processo penal: volume único.** São Paulo, JusPODIVM, 2020.

NUCCI. **Código de Processo Penal Comentado**, 3ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004.

CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CRITÉRIOS PARA A CONCESSÃO DO BPC (BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA) TRAZIDOS NA LOAS E SEUS REAIS IMPACTOS PARA OS VULNERÁVEIS

JULIA LARANJEIRA GAIO:

Acadêmica de graduação do 9º período da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM).

RESUMO: Este artigo tem como objeto de estudo os critérios da LOAS para o recebimento do BPC (Benefício de Prestação Continuada), buscando trazer reflexões acerca das mudanças ocorridas na lei no decorrer do tempo e os impactos delas para os usuários em situação de vulnerabilidade que necessitam do benefício. Além disso, busca uma reflexão a respeito das melhoras já obtidas e as que poderão vir, para que assim sejam alcançados os que ainda não usufruem do direito que lhe é devido, através do recebimento do BPC, sem a necessidade de judicialização da demanda.

Palavras-chave: LOAS. Benefício de Prestação Continuada. Critérios. Judicialização.

CONSIDERATIONS ON THE CRITERIA FOR GRANTING THE BPC (CONTINUOUS PROVISION BENEFIT) IN THE LOAS AND ITS REAL IMPACTS ON THE VULNERABLE PEOPLE

ABSTRACT: This article has as object of study the LOAS criteria for receiving the BPC (Benefit of Continued Provision), seeking to bring reflections on the changes that have occurred in the law over time and their impacts on users in vulnerable situations who need the benefit. In addition, it seeks a reflection on the improvements already obtained and those that may come, so that those who still do not enjoy the right that is due to them, through receipt of the BPC, without the need for judicialization of the demand.

Key words: LOAS. Benefit of Continued Provision. Criteria. Judicialization.

1.Introdução

A autora Marisa Ferreira dos Santos trouxe em seu Manual de Direito Previdenciário que "a evolução socioeconômica faz com que as desigualdades se acentuem entre os membros da mesma comunidade e da comunidade internacional. A pobreza não é um problema apenas individual, mas, sim, social." (SANTOS, 2022, p.46)¹⁴². De fato, as situações de riqueza e pobreza que vemos hoje são um produto de anos de

¹⁴² SANTOS, Marisa Ferreira dos. Direito Previdenciário / Marisa Ferreira dos Santos; coord. Pedro Lenza. – 12. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022. (Coleção Esquematizado®)

evolução socioeconômica, que concentrou grandes fortunas em poucas mãos e isolou às margens da sociedade grandes parcelas da população.

Conforme a Síntese de Indicadores Social, estudo elaborado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a tabela que apresentou a total e respectiva distribuição percentual das pessoas, por classes de rendimento domiciliar per capita, segundo as Grandes Regiões e as Unidades da Federação – Brasil, em 2021, mostrou que, no país, 12,6% das pessoas viviam com uma renda de mais de zero até $\frac{1}{4}$ de salário mínimo *per capita* e 19,8% viviam com uma renda de mais de $\frac{1}{4}$ até $\frac{1}{2}$ de salário mínimo *per capita*, sendo o número de 212.577 pessoas analisadas. A partir da análise da tabela e considerando que um dos critérios para a concessão do BPC é o de renda, é possível auferir o impacto que a distribuição de renda no Brasil tem no aumento de pedidos do BPC ao longo dos anos.

Com a promulgação da CRFB em 1988, os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana ficaram em evidência, trazendo consigo as políticas assistenciais, que vieram para tentar reduzir os abismos sociais, que se formaram no decorrer da construção social. Em seu art. 203, V, a CF/88 traz que: “a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...] V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”¹⁴³.

Para se operacionalizar o que a Constituição trouxe no artigo supracitado, foi criado o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, em 27 de junho de 1990, por meio do Decreto nº 99.350, a partir da fusão do Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social – IAPAS com o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, como autarquia vinculada ao Ministério da Previdência e Assistência Social – MPAS, sendo atualmente vinculada ao Ministério do Trabalho e Previdência.

O INSS caracteriza-se como uma organização pública prestadora de serviços previdenciários para a sociedade brasileira. É nesse contexto, o Instituto deve buscar alternativas de melhoria contínua para prestar um serviço íntegro ao público, ressaltando a otimização de resultados e de ferramentas que fundamentem o processo de atendimento ideal aos anseios dos cidadãos.

Seguindo a cronologia, em 7 de dezembro de 1993 foi promulgada a LOAS (Lei Orgânica da Assistência Social), trazendo consigo em seu capítulo IV (Dos Benefícios, dos

¹⁴³ Constituição Federal, 1988.

Serviços, dos Programas e dos Projetos de Assistência Social), na seção I o “Benefício de Prestação Continuada”, objeto de análise do presente artigo.

Desde então, ocorreram várias mudanças nos critérios para a concessão desse benefício, assim como mudanças no contexto social e econômico da população brasileira. Diante do exposto, torna-se necessária a análise da evolução dos critérios trazidos na LOAS para esse Benefício, juntamente com o decreto que o regulamenta (decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007), para que seja feita uma análise dos critérios de concessão, em conformidade com os ideais constitucionais e o impacto que gera na vida das pessoas que dele são potenciais beneficiários.

2.Os critérios para a concessão do BPC trazidos no artigo 20 da LOAS

O BPC-LOAS é um benefício que pode ser obtido através de solicitação para o INSS pelas pessoas com deficiência ou idosos, acima dos 65 (sessenta e cinco) anos de idade. A LOAS traz em seu art. 20 os critérios para a concessão desse benefício. Os benefícios assistenciais possuem um papel fundamental na busca pela equidade entre os cidadãos, bem como, a garantia do mínimo social para cada indivíduo viver dignamente em igualdade de condições para com os seus. Nesse liame, a assistência social, pertencente aos direitos sociais, constituem ramos da dignidade humana, princípio garantidor das condições básicas a toda pessoa necessitada e que devem ser cumpridos em sua integralidade, perfazendo o objetivo constante na Constituição de suprir as necessidades do povo. Ocorre que, na prática, o cenário visto entra em dissonância com a lei: os critérios elencados por ela encontram-se em desconformidade com a realidade das pessoas que necessitam desse benefício para garantir o seu mínimo existencial.

Insta salientar que, conforme disposto na Constituição em seu artigo 194, a assistência social constitui uma das políticas inseridas no âmbito da seguridade social, estando disciplinada pelos artigos 203 e 204 da Carta Magna Brasileira. Dessa forma, possuem objetivo de reduzir as desigualdades na sociedade e alcançar o maior número de pessoas. Nota-se, portanto, que a Lei Orgânica da Assistência Social possui foco no amparo às famílias em todos os estágios da vida (infância, adolescência e velhice); assim, o papel da assistência social é garantir o bem-estar coletivo dos cidadãos, sem distinções.

O art. 20, *caput*, da LOAS (Lei nº 8.742 de 1993) expõe:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que

comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.¹⁴⁴

Cumpre destacar que a redação da lei é bem clara ao designar o benefício aos idosos e deficientes que não possuem meios de prover a própria manutenção, nem de tê-la provida por sua família, o que perpassa pela ideia de vulnerabilidade dos potenciais usuários desse benefício. O decreto regulamentador do BPC (decreto nº 6.214 de 2007), informa em seu art. 12, *caput*, que:

Art. 12. São requisitos para a concessão, a manutenção e a revisão do benefício as inscrições no Cadastro de Pessoas Físicas - CPF e no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal - CadÚnico.¹⁴⁵

É de extrema importância que o BPC esteja vinculado ao Cadastro da Assistência Social, não somente para o controle, mas também para acompanhamento pela rede de serviços socioassistenciais dos beneficiários e dos que requerem e não têm o acesso garantido.

Já em seu §1º, o art. 20 define o conceito de família no BPC. Para o BPC, família é o conjunto de pessoas compostos pelo requerente, cônjuge ou companheiro (a), os pais ou padrastos ou madrastas, irmãos solteiros, filhos e enteados solteiros e menores tutelados, sob um mesmo teto. Este critério de família é diferente do critério adotado por políticas assistenciais, já que considera consanguinidade e vínculos civis, excluindo pessoas que vivam na mesma residência sem parentesco direto. O critério do BPC está mais próximo do utilizado por políticas previdenciárias do que o empregado em política assistencial. No âmbito do Cadastro Único, família é qualquer agrupamento de pessoas vivendo em um mesmo domicílio, contribuindo para os rendimentos ou para as despesas do domicílio.

Em seu §3º, o vigésimo artigo da LOAS traz o critério da renda e diz que “observados os demais critérios de elegibilidade definidos nesta Lei, terão direito ao benefício financeiro de que trata o caput deste artigo a pessoa com deficiência ou a pessoa idosa com renda familiar mensal per capita igual ou inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo”.

O critério de renda é alvo de controvérsias desde a promulgação da LOAS. O STF, julgando o Recurso Extraordinário nº 567.9859, declarou a parte do artigo concernente a

¹⁴⁴ Lei nº 8.742 de 1993 (LOAS).

¹⁴⁵ Decreto nº 6.214 de 2007.

este critério inconstitucional em 2013, embora não tenha revogado o trecho, sendo utilizado pelo INSS nas concessões administrativas na, até então, inexistência de legislação que suprisse esse critério. Conforme o Acórdão 1.435/2020 do TCU, as concessões administrativas acabam usando o critério de renda do texto da lei, sem considerar outros critérios de miserabilidade. Em 2021, através da Lei n. 14.176, foi introduzido o §11-A no art. 20 da LOAS, que traz consigo a possibilidade de flexibilização da renda per capita até $\frac{1}{2}$ do salário-mínimo para fins de concessão do benefício; contudo, essa possibilidade de flexibilização é acompanhada de outros critérios, que também serão analisados ao decorrer dos próximos tópicos.

2.1. Os critérios do BPC em relação às pessoas idosas

Na redação original da LOAS, pessoa idosa era aquela com 70 anos ou mais (art. 20). Posteriormente, com a vigência do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741, de 1º.10.2003), a idade foi alterada para 65 anos. A Lei n. 12.435/2011 alterou o art. 20, que passou a considerar pessoa idosa, para fins de BPC, aquela com 65 anos ou mais.

O Estatuto do Idoso seu art. 1º define idoso como “aquele que tem idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”. Assim, é dissonante o que se encontra determinado no art. 1º do Estatuto com a previsão constante do seu art. 34, isso porque a Lei 10.741/03 surge no intuito de regular os direitos das pessoas com idade a partir dos 60 (sessenta) anos, não devendo haver distinção entre elas. Pelo exposto, essa incongruência legislativa presente no Estatuto do Idoso demonstra que a política pública da assistência social materializada através do BPC não é efetiva em garantir amparo aos idosos necessitados, a partir da própria definição de pessoa idosa constante do Estatuto, tendo em vista que a população idosa com idade entre 60 (sessenta) e 64 (sessenta e quatro) anos que não possui meios de prover a própria manutenção, nem de tê-la mantida pela sua família, não é alcançada pelo benefício assistencial, ficando à margem da proteção estatal nesse quesito.

É certo que a Lei Orgânica da Assistência Social, por meio da previsão de critérios considerados rigorosos para a concessão do BPC, acabou delimitando de forma arbitrária quem seriam os seus beneficiários, o que restringiu de forma substancial o acesso ao benefício. O critério etário adotado pela LOAS, influenciado pelo Estatuto do Idoso, desequipara situações idênticas, uma vez que idosos com idade a partir de 60 (sessenta) anos que se encontram em situação de miserabilidade necessitam da proteção estatal no intuito de ampará-los, igualmente aos idosos com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais. Nesse sentido, pode-se dizer que houve uma violação ao princípio constitucional da igualdade.

O art. 34, parágrafo único, da Lei nº 10.741, de 2003, o Estatuto do Idoso, estabelece que o BPC pago a idosos não é computado para fins de cálculo da renda

familiar per capita. Assim, caso uma família tenha duas pessoas idosas e uma já receba o BPC, essa renda não deve ser considerada caso a outra pessoa também requeira o benefício. Até 2020, o mesmo não ocorria para pessoas com deficiência, de modo que a renda recebida pelo BPC por uma pessoa com deficiência entraria no cômputo da renda familiar per capita, sendo este um fator de intensa judicialização. Após a introdução do §14 no art. 20, através da lei n. 13.982 de 2020, o mesmo critério de não extensão da renda passou a ser aplicado às pessoas com deficiência.

Por exemplo, se um membro de uma casa já possui uma aposentadoria, uma criança com deficiência que more nessa mesma casa não poderá receber o BPC, por conta da limitação imposta pela lei (art. 20, §4º, da LOAS). Ocorre que na maioria dos casos, o benefício já recebido (no exemplo, a aposentadoria) não é suficiente para manter os que moram nesse lar.

2.2. Os critérios do BPC em relação às pessoas com deficiência

Conforme as autoras Karen Almeida e Aliceane Vieira “o BPC como política de transferência de renda para as pessoas com deficiência torna-se algo indiscutível para a diminuição da vulnerabilidade que elas transpassam no decorrer da sua vida”¹⁴⁶. A deficiência deixa de ser responsabilidade exclusiva da família e das instituições de caráter filantrópico, para ser preocupação, também, do Estado, assumindo a responsabilidade não apenas como uma política pública, mas apoiando beneficentes sem fins lucrativos, adotando um modelo assistencialista e, principalmente, adotando políticas de integração social da pessoa com deficiência, facilitando o seu acesso aos logradouros públicos e privados e aos meios de consumo coletivo.

No entanto, o BPC não representa apenas a melhoria do ponto de vista material das pessoas com deficiência, o benefício traz autonomia e independência social dos usuários com relação ao seu meio familiar e social, embora esse benefício seja voltado para a família como um todo. Pois, em muitos casos, consiste na principal renda da família, tornando uma fonte que ameniza a situação de extrema pobreza familiar. Ou seja, o repasse do BPC torna-se para a família um meio para atender às suas necessidades mínimas.

No que diz respeito ao critério de miserabilidade da família dos beneficiários, além da avaliação da renda per capita inferior a um quarto do salário-mínimo, será verificado o patrimônio familiar, algo posto nos últimos tempos pela agenda dos governos neoliberais em relação ao desmonte dos direitos sociais, ocasionando um

¹⁴⁶ ALMEIDA, Rayra Karen Nunes. VIEIRA, Aliceane de Almeida. **POLÍTICA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA: o BPC como garantia de direitos**. Santa Catarina, 2022.

retrocesso nesta área. Ou seja, a mudança ocorrida no contexto social e político da sociedade brasileira, impactou as regras do BPC; logo, impactou também os que dele necessitam.

Importante destacar que pessoa com deficiência não é o mesmo que “pessoa incapaz”, sendo que muitas vezes, por confusão desses conceitos, os pais ou parentes acabam impedindo seus filhos com deficiência de estudar e de se qualificar, apenas para não perderem o direito a esse salário-mínimo. Nas palavras da autora Marisa Santos:

"A CF de 1988 quis dar proteção às pessoas com deficiências físicas e psíquicas em razão das dificuldades de colocação no mercado de trabalho e de integração na vida da comunidade. Não tratou de incapacidade para o trabalho, mas, sim, de ausência de meios de prover à própria manutenção ou tê-la provida pela família, situações que não são sinônimas." (SANTOS, 2022, p.335)

Nesse sentido, a Súmula 29 da TNU dos Juizados Especiais Federais expõe que: “Para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei n. 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover ao próprio sustento”.

O art. 20, §3º, da LOAS diz: “Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. ” Essa definição se deu a partir da Lei nº 13.146 de 2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que traz em seu art. 2º esta definição. Conforme observa a autora Marisa Santos:

"A alteração, aparentemente, foi apenas de redação. Porém, é de grande importância porque o conceito de pessoa com deficiência trazido pelo Estatuto, incorporado à LOAS, restou uniformizado na legislação brasileira, afastando o subjetivismo na apreciação do caso concreto. E mais: a nova redação não utiliza a palavra “impedimentos”, mas, sim, “impedimento”, o que pode sinalizar que, a partir da vigência do Estatuto, basta apenas um impedimento, e que a redação anterior exigia a comprovação de mais de um impedimento para que se aperfeiçoasse a contingência." (SANTOS, 2022, p.338)

Além do critério de renda, as pessoas com deficiência ficam sujeitas à avaliação da deficiência e do grau de impedimento, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS. Esse critério é importante para se ter um filtro e controle dos benefícios, apesar de muitas vezes acontecerem arbitrariedades, pois mesmo com um questionário padrão, e a existência de pessoas com as mesmas respostas, umas recebem a concessão administrativa do benefício e outras não.

Ainda, os impedimentos de longo prazo devem ter duração mínima de 2 anos (§ 10 do art. 20 da LOAS). Isso quer dizer que, se o prognóstico médico for de impedimento por período inferior, não estará configurada a condição de pessoa com deficiência para fins de benefício de prestação continuada.

3.A mudança trazida pela lei nº 14.176 de 2021

Em 2021, em um contexto de um ano pós início da pandemia do COVID-19, foi editada a lei n. 14.176 de 2021 que alterou a redação do §3º do art. 20, incluiu o § 11-A, e inseriu o art. 20-B na LOAS. O § 3º do art. 20 da LOAS ficou com a seguinte redação: “observados os demais critérios de elegibilidade definidos nesta Lei, terão direito ao benefício financeiro de que trata o caput deste artigo a pessoa com deficiência ou a pessoa idosa com renda familiar mensal per capita igual ou inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo”. Sobre esse parágrafo, se tem uma das maiores controvérsias da LOAS: o critério da renda.

Inicialmente, importante é refletir que o BPC é uma parcela de proteção assistencial que se consubstancia em benefício e a CF/88 almeja que esse benefício seja a garantia da manutenção da pessoa com deficiência ou idosa que não tenha ninguém por si, o fixando em um salário-mínimo. O bem-estar social está qualificado e quantificado na CF: qualificado porque se efetiva com a implementação dos direitos sociais; quantificado porque a CF fixou em um salário-mínimo a remuneração mínima e o valor dos benefícios previdenciários, demonstrando que ninguém pode ter seu sustento provido com valor inferior.

Por conseguinte, partindo da premissa supracitada, o requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Atualmente, em 2023, por exemplo, o salário-mínimo é de R\$ 1.302,00, ou seja, para estar apto ao requisito da renda, cada pessoa do grupo familiar deveria viver com R\$ 325,50 ou menos.

O Supremo Tribunal Federal (STF), através da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232- 1/DF, declarou como constitucional o §3º do artigo 20 da LOAS; contudo, diante da inalteração do dispositivo, o julgamento não encerrou os debates acerca do critério econômico. Com a inclusão do §11-A no art. 20 da LOAS, a partir da Lei n. 14.176 de 2021, foi estabelecido que poderá ser ampliado o limite de renda mensal familiar per capita previsto no § 3º do mesmo artigo, para até 1/2 (meio) salário-mínimo, analisados outros critérios trazidos no art. 20-B quais sejam: o grau da deficiência, a dependência de terceiros para o desempenho de atividades básicas da vida diária e o comprometimento do orçamento do núcleo familiar de que trata o § 3º do art. 20 da referida lei exclusivamente com gastos médicos, com tratamentos de saúde, com 6 fraldas, com alimentos especiais e com medicamentos do idoso ou da pessoa com deficiência não disponibilizados gratuitamente pelo SUS, ou com serviços não prestados pelo Suas (Sistema Único de Assistência Social), desde que comprovadamente necessários à preservação da saúde e da vida. Assim, estipula-se que os magistrados podem reconhecer a miserabilidade do requerente com base em outros requisitos, para assim ampliar o critério da renda em até ½ do salário-mínimo *per capita*.

Dessa forma, observa-se que, mesmo diante da declaração de constitucionalidade do §3º do artigo 20 da Lei 8.742/93, o qual estabelece como critério econômico ¼ do salário-mínimo, a análise pelo magistrado pode se dar de forma extensiva, no sentido de verificar outros requisitos norteadores da situação econômica do beneficiário, o que se consolidou com a lei nº 14.176 de 2021.

4.A questão da intensa judicialização e os impactos aos vulneráveis

Sabe-se que em tese o Brasil funciona com uma organização de poderes. Atribuir poder à pessoa física ou jurídica significa imputar-lhe uma autoridade para que mantenha a ordem, a segurança e o progresso. No âmbito da organização do Estado Moderno aparece a divisão dos poderes, cabendo ao legislativo “elaborar as leis (...), mas cabe-lhe, outrossim, fiscalizar e impor a boa execução delas”. Além disso, o “Legislativo, através de uma lei orçamentária anual, é que dará ao Executivo o dinheiro para as despesas legais”. Quanto ao poder judiciário a competência diz respeito à aplicação da lei, assim ele não participa da “feitura das leis”.

A real função social do processo deve corresponder à concretização de seus escopos sociais e políticos de efetivação do direito material, de acordo com uma precisa equalização dos valores celeridade e segurança. O princípio constitucional da duração razoável do processo está previsto no art. 5º, inciso LXXVIII, da CRFB/88, com redação dada pela EC 45/2004, segundo o qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Nesses termos, não há o que se discutir a respeito da aplicabilidade do princípio da razoável duração do processo no âmbito administrativo, visto que esse está

previsto em par de igualdade no texto constitucional no que se refere aos processos judiciais.

Ainda, por se tratar de direito fundamental, já que inserido no art. 5º da CRFB/88, o direito à razoável duração do processo deve ser direcionado a todos os poderes do Estado. De acordo com esse princípio, é direito do administrado/jurisdicionado a obtenção de uma resposta a sua pretensão em um prazo razoável em relação à demanda, ou seja, de acordo com a complexidade de cada caso concreto, espera-se uma resolução célere e eficaz, guardadas as devidas proporções, buscando-se, assim, a garantia do devido processo. Assim, o Instituto Nacional do Seguro Social, enquanto autarquia ligada ao Poder Executivo federal, deve obediência ao referido princípio quando da análise dos processos administrativos de requerimento de benefício, seja na área do direito previdenciário ou assistencial.

Contudo, por conta da burocracia dos requerimentos administrativos, há uma intensa judicialização da demanda de requerimentos de BPC, antes mesmo de o Instituto emitir uma resposta ao requerimento apresentado, uma vez que a demora excessiva no atendimento se equipara ao próprio indeferimento do benefício, devido aos prejuízos que o requerente pode vir a sofrer, por se tratar de parcelas de caráter alimentar. Desta forma, o judiciário encontra-se lotado, o que causa uma mora maior e as pessoas que precisam daquele benefício assistencial, muitas vezes se encontram sem amparo durante um longo período, tendo suas perícias desmarcadas.

Conforme o art. 3º da Lei n. **10.259, de 12 de julho de 2001**, “Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.”¹⁴⁷ A maioria dos processos de BPC encontram-se nesses juizados, que muitas vezes permanecem em mora por conta da grande demanda, causando angústia aos que esperam um resultado favorável ao litigar em um processo judicial. Este processo de judicialização do BPC mostra a dificuldade enfrentada pelos beneficiários da assistência social, que além de se encontrarem numa situação de extrema necessidade, enfrentam óbices à concretização de direitos relativos à seguridade social e, portanto, de direitos fundamentais, tendo em vista o acesso ainda restrito à justiça por parte dessa parcela da sociedade.

Mesmo em um mundo tão modernizado, com acesso a diversas tecnologias, deve-se entender que o BPC é voltado para pessoas em estado de miserabilidade, sendo que um dos potenciais beneficiários são idosos, ou seja, pessoas que geralmente possuem

147 Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001.

mais dificuldade em manusear aparelhos telefônicos e mais dificuldade em dar continuidade a trâmites como escanear e enviar documentos, responder ou mandar e-mails e etc. Portanto, um impacto positivo aos potenciais usuários do BPC seria a prestação de serviços presenciais adequados, seja pelos servidores do INSS ou pessoas que prestam serviço no judiciário, os quais devem ser solícitos e colaborar no que for preciso a essas pessoas, semelhante ao trabalho realizado nas Defensorias Públicas da União, que também se encontram com bastante assistidos que requerem o BPC judicialmente.

5.Considerações finais

Os direitos sociais possuem papel fundamental na concretização da dignidade humana pois garantem o básico para uma vida digna e justa, através da implementação de políticas públicas e prestação jurisdicional. Nesse liame, das políticas públicas, nascem os direitos assistenciais, que auxiliam os mais necessitados a se manterem e sobreviverem. Nesse sentido, o benefício de prestação continuada surge para proporcionar uma melhoria na qualidade de vida das pessoas com deficiência e de idosos incapazes de prover a própria manutenção, na busca da concretização dos fundamentos da República, a exemplo da dignidade da pessoa humana, ao garantir a essas pessoas condições mínimas para a manutenção de uma vida digna.

No entanto, conforme previsão do próprio texto constitucional, esse direito necessitava de criação de uma lei que o regulamentasse, ou seja, por ser tal norma considerada de eficácia limitada de princípio programático, estava condicionada à lei infraconstitucional, que lhe garantisse aplicabilidade. A regulamentação do BPC se deu, então, a partir da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), que estabeleceu os requisitos necessários para concessão do benefício, dentre eles o critério etário, o de impedimento de longo prazo e o da renda, sendo esse último o requisito mais questionado no âmbito do Poder Judiciário, tendo em vista a sua definição num patamar tão baixo, sendo necessária a constatação de que a renda familiar per capita do requerente seja inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo vigente para fins de concessão do benefício.

Apesar da promulgação da Lei n. 14.176 de 2021 consolidar que esse critério da renda pode ser ampliado até $\frac{1}{2}$ do salário-mínimo, analisados outros requisitos, o Instituto Nacional do Seguro Social, responsável pela análise dos requerimentos do benefício, continua a utilizar o critério de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo para analisar os requerimentos, acarretando o indeferimento do benefício ainda que em situações de patente vulnerabilidade. Com isso, os potenciais usuários do BPC, que se encontram em situação de vulnerabilidade, continuam recorrendo ao Poder Judiciário para que possam ter acesso a um direito fundamental básico: o direito à assistência social, o que faz crescer cada vez mais o processo de judicialização do BPC.

Essa crescente judicialização impacta na dignidade humana dessas pessoas, pois o trâmite dispendioso acarreta inúmeros prejuízos, tais quais a falta de recursos financeiros para custeio de alimentos e medicamentos. Percebe-se que a dignidade dos demandantes é prejudicada pela demora na obtenção do direito e que através de reformulação do sistema, poderia ser evitado.

Assim, a dignidade da pessoa humana como princípio norteador dos Direitos Humanos deve ser cumprida em sua integralidade, para a manutenção da vida digna para os cidadãos, bem como firmar conceitos como igualdade e liberdade, assegurados para cada indivíduo. Apesar dos avanços e modernização da LOAS, no dia-a-dia, ainda se carece de formulação de políticas públicas efetivas que estimulem o Estado e a autarquia em modernizar o processo de inquirição e solicitação de demandas, para assim, evitar o ajuizamento de demandas judiciais que ampliam a morosidade do judiciário, e que impactem positivamente a vida dos idosos e deficientes que necessitam do BPC para viver de forma ao menos minimamente digna.

6. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Rayra Karen Nunes. VIEIRA, Aliceane de Almeida. **POLÍTICA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA: o BPC como garantia de direitos.** IV Seminário Nacional: Serviço Social, Trabalho e Política Social – SENASS Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis – 04 a 06 de julho de 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto nº 6.214 de 26 de setembro de 2007.

BRASIL. Lei nº 8.742 de 7 de dezembro de 1993.

BRASIL. **Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001.**

BRASIL. Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003.

BRASIL. Lei nº 14.176, de 22 de junho de 2021.

EVANGELISTA DA SILVA, Desirée. **A demora na análise dos requerimentos do benefício de prestação continuada ao deficiente e ao idoso (bpc-loas) e a implicação na dignidade da pessoa humana.** Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2021.

PONTES, Marie Laíse Malzac. **Benefício de Prestação Continuada da assistência social: avanços e limites à sua efetividade** / Marie Laíse Malzac Pontes. - Santa Rita, 2021. 54 f.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário** / Marisa Ferreira dos Santos ; coord. Pedro Lenza. – 12. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2022. (Coleção Esquematizado®)

VIEIRA, Sabrina Nunes. VILLAÇA, Carolina Godoy Leite. **Considerações sobre a presunção absoluta de miserabilidade na LOAS: uma análise à luz da tese definida no IRDR 5013036-79.2017.4.04.0000/RS julgado pelo TRF da 4ª região.** R. Defensoria Públ. União Brasília, DF n.12 p. 1-480 jan/dez. 2019

IBGE. ÍNDICADORES SOCIAIS 2021. DISPONÍVEL EM:
<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9221-sintese-de-indicadores-sociais.html?=&t=resultados> Acesso em: 16/02/2023. Tabela 2.3