

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1048

(Ano XIII)

(16/11/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

Conselho Editorial

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

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

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

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

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social, 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: Bacharelada 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

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Prescrição criminal: alguns problemas profundos
Sidio Rosa de Mesquita Júnior, 08.

ARTIGOS

O juiz das garantias na legislação brasileira: um estudo sob a ótica do direito comparado

Juridisse Miranda Gabriel, 17.

Crime informático contra a honra: difamação nas mídias sociais

Walesca Clotilde de Oliveira Ramos, 42.

Injúria virtual e os limites da liberdade de expressão na internet

Alexandre Neves Anterio Soares, 58.

É admissível a utilização do instituto da legítima defesa para tutela do meio ambiente? Uma análise acerca da possibilidade de aplicar a excludente de ilicitude para proteger e defender o meio ambiente

Angela Gabriele Nascimento Fernandes, 77.

Crime de abandono de animais domésticos: uma análise acerca da negligência a população de animais de rua em Manaus

Nathália Duarte Dias, 88.

A importância da ressocialização dos encarcerados através de atividades laborais

Fernanda Beatriz Xavier Lima e Rebecca Desyre da Silva Carneiro, 103.

O sistema investigatório no Brasil e o inquérito 4.781/DF (inquérito das fake News): apontamentos acerca da recepção do art. 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e a questão do sistema investigatório no Brasil

Lara Diovanna Nascimento Rodrigues, 124.

A importância do isolamento para enfrentar a pandemia: direito de ir e vir em uma ótica não absoluta

Eulália Cristina Costa Oliveira, 149.

Problemas apresentados pelo sistema prisional feminino brasileiro e a ressocialização de mulheres egressas no Estado do Tocantins.

Carla Borges Menezes, 159.

A vulnerabilidade dos consumidores em relação ao comércio eletrônico

Daniele da Silva Nogueira, 175.

A possibilidade de utilização da fosfoetanolamina sintética (pílula do câncer) no Brasil à luz da Constituição Federal

Gustavo Braga Soares, 190.

Aplicabilidade da Lei Geral de Proteção de Dados as relações trabalhistas

Charlene de Paula Lima, 213.

Uma análise acerca do assédio moral no ambiente de trabalho

Mara Andréia Soares Fadul, 136.

Assédio moral no trabalho e os prejuízos na saúde mental do trabalhador

Amanda De Oliveira Froes, 152.

A proibição do Vape no Brasil

Nalbert Barbosa da Silva Santos, 269.

A multiparentalidade e a possibilidade de adquirir a herança da parte legítima e testamentária

Jakeline de Sousa Sardeiro e Maria Joveniana Da Silva, 283.

A psicopatia à luz do direito penal brasileiro

Nicolas Ricardo Lascano Zanelato, 298.

Violência doméstica e contra a mulher: Efeitos e perspectivas das leis diante da pandemia de covid-19

Jéssica da Silva Iwata, 319.

A desigualdade de gênero no sistema tributário brasileiro à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e essencialidade

Denise Moreira Neves, 335.

Eutanásia e sua relação com direitos humanos

Cezar Praxedes De Carvalho Filho e Eduarda Sofia Silva Santos, 356

Ensino jurídico 4.0: a formação do futuro operador do direito

Thais da Silva Alves, 370.

A política de desenvolvimento urbano e sua relação com o direito fundamental de moradia

Mikaelly Gomes Feitosa Silva, 390.

A declaração de constitucionalidade do aborto no ordenamento jurídico brasileiro através da aplicação do princípio da proporcionalidade

Lucas Julião da Silva, 411.

Limitações constitucionais ao poder de tributar

Caio Wagner Siqueira de Moraes, 440.

Tratamento jurídico-penal diferenciado aos indígenas

Lais Gabrielly Batista Gomes e Silva, 454.

Advogados e acesso ao cliente recluso

Juan Lima Andrade, 468.

A Lei Geral de Proteção de Dados: uma análise estrutura e os impactos cenário brasileiro

Regiane Gomes Rodrigues, 483.

Aplicação do princípio da insignificância no crime de furto pela autoridade policial

Ruy Lanzoni Carpanez, 495.

Aspectos da ressocialização do adolescente em conflito com a lei pela aplicabilidade das medidas socioeducativas diante o princípio do melhor interesse

Jadson de Oliveira Fonseca, 516.

O Direito Processual do Trabalho e suas particularidades: inexistência de rito sumário, impropriedade da expressão “procedimento sumaríssimo” e predomínio do rito ordinário

Luiz Caetano de Salles, 543.

PREScrição CRIMINAL: ALGUNS PROBLEMAS PROFUNDOS

SIDIO ROSA DE MESQUITA JÚNIOR: Procurador Federal; Concluiu o Curso de Formação de Oficiais (APMG) e Graduiu-se em Direito (UniCEUB); Especialista em Direito Penal e Criminologia (UniCEUB); e em Metodologia do Ensino Superior (UniCEUB); Mestre (UFPE) e Doutor em Direito (UNZL); Professor, Procurador Federal e Advogado; Autor dos livros "Prescrição Penal", "Execução Criminal: Teoria e Prática" e "Comentários à Lei Antidrogas: Lei n. 11.343, de 23.8.2006" (Editora Atlas); e de vários artigos jurídicos. 1

1. INTRODUÇÃO

Um Advogado inscrito na OAB-MG me enviou uma mensagem, via Gmail. Esqueci de responder e, hoje, ele insistiu, sendo que respondi:

Desculpe-me pela demora. Também, não vejo qualquer problema de inconstitucionalidade no art. 112, inc. I, do Código Penal.

Antes da Lei n. 11.596, de 29.11.2007, havia uma discussão acerca de o acórdão condenatório recorrível ter o condão de interromper a prescrição. Eu me posicionei inicialmente contra a força interruptiva do acórdão condenatório. Porém, mudei a minha posição porque o acórdão não deixa de ser sentença, só que plurissubjetiva.

Quanto ao art. 112, inc. I, do Código Penal, vejo que os tribunais, inclusive STF, vem aduzindo que em nome da paridade de armas, só pode iniciar a correr prescrição da pretensão executória com o trânsito

1 Sidio Rosa de Mesquita Júnior, nasceu em 1966, graduou-se em segurança pública na Academia Policial Militar do Guatupê (1989), e em Direito (1994), curso realizado no CEUB – Centro Universitário de Brasília. Outrossim, no mesmo CEUB cursou especialização em Direito Penal e Criminologia (1996). Depois, fez especialização em Metodologia do Ensino Superior (2000). É Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Pernambuco (2002) e é Doutor em Direito pela Universidad Nacional de Lomas de Zamora, localizada na Província de Buenos Aires, Argentina (2015). É autor de livros, todos publicados pela Editora Atlas S.A., a saber: a) *Execução criminal: teoria e prática* (7. ed.); b) *Prescrição penal* (4. ed.) c) *Comentários à lei antidrogas*. Lei n. 11.343, de 23.8.2006. É autor de diversos artigos jurídicos. É Procurador Federal, atuando junto à Fundação Universidade de Brasília e advoga criminalmente *pro bono publica*.

em julgado final da sentença condenatória. Vou escrever hoje e publicar sobre o assunto.

Vê-se que a consulta que me foi feita tem por cerne a constitucionalidade do art. 112, inc. I, do Código Penal, bem como a irretroatividade da Lei n. 11.596/2007. Desde já, afirmo não ver inconstitucionalidade no art. 112, inc. I, do Código Penal e, quanto ao acórdão condenatório interromper a prescrição, assim entendo desde antes do advento da Lei n. 11.596/2007, visto que o acórdão é uma sentença proferida por um colegiado (plurissubjetiva).

2. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A PRESCRIÇÃO

Prescrição e decadência, em matéria criminal, é a extinção da punibilidade em razão do tempo. Enquanto a decadência a perda do prazo para oferecimento de queixa ou de representação, em um prazo, que como regra, é de 6 meses (Código Penal, art. 103), a prescrição é a perda do próprio direito de impor pena (prescrição da pretensão punitiva), ou tendo ela sido imposta, é a perda do direito de a executar (prescrição da pretensão executória).

A representação é uma condição de procedibilidade, ou seja, uma condição para que se proceda. É uma manifestação de vontade com formalidades mínimas, inseridas no art. 39 do CPP, na qual o ofendido ou seu representante legal manifesta o seu interesse no sentido de haja ação criminal contra o agente.²

Um dos fundamentos da prescrição é falta do interesse de agir.³ Outro fundamento importante é a segurança jurídica e a pacificação social.⁴ Podemos citar ainda: desaparecimento dos efeitos do delito;⁵ esquecimento dos fatos;⁶ desnecessidade da pena; e dificuldade para a apuração dos fatos.⁷

2 O art. 75 da Lei n. 9.099, de 26.9.1995, inovou, criando uma representação que constitui *condição de prossequibilidade*. A vítima ou seu representante legal tem que ratificar a representação anteriormente concretizada.

3 BRUNO, Anibal. *Direito Penal*: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 3, p. 209.

4 SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. 2. tir. Buenos Aires: Tipográfica, 1953. t. II, p. 510.

5 FEU ROSA, Antônio José Miguel. *O Novo Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 308.

6 Ibidem.

7 SOLER, Sebastian. *Derecho Penal Argentino*. 2ª tir. Buenos Aires: Tipográfica, 1953, t. II, p. 510

Já, em 1997, eu defendi ardorosamente a prescrição, isso por entender que a aplicação da pena e a sua execução, em muitos casos de delinquentes ocasionais, serão piores para a sociedade do que a extinção da punibilidade pelo efeito do tempo.⁸

As espécies básicas de prescrição têm os seguintes efeitos: **(a)** prescrição da pretensão punitiva: deveria se equivaler à absolvição, no entanto, a prescrição da pretensão punitiva baseada na pena concretizada na sentença, tem impedido a promoção em ressarcimento de preterição de militares;⁹ **(b)** prescrição da pretensão executória: a extinção da punibilidade tem os mesmos efeitos da extinção da pena (esta se dá pelo cumprimento da pena), mantendo-se a reincidência, o dever de reparar o dano, em face da condenação etc.

O Código Penal, desde 1940, regula o termo inicial da prescrição da pretensão punitiva no art. 111 e o termo inicial da prescrição da pretensão executória no art. 112. Os prazos prescricionais da prescrição da pretensão punitiva estão no art. 109, os quais tomam por base as penas máximas cominadas para os crimes. Já, as prescrições baseadas nas penas concretizadas, respeitarão os mesmos prazos do art. 109 do Código Penal.

3. A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DESDE 1940

O Código Penal (Decreto-lei n. 2.848, de 7.12.1940) tratou especificamente da prescrição, a partir do art. 109. O Decreto-Lei n. 1004, de 21.10.1969, que nunca entrou em vigor (revogado pela Lei n. 6.578, de 11.10.1978¹⁰), manteve as mesmas linhas gerais sobre a prescrição.

8 MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. Prescrição penal. São Paulo: Atlas, 1997. p. 127-132.

9 **EMENTA:** CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. OFICIAL DA POLÍCIA MILITAR. PROMOÇÃO POR MERECIMENTO. INCLUSÃO EM QUADRO DE ACESSO. MILITAR DENUNCIADO EM AÇÃO PENAL. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. EFEITOS NÃO EQUIVALENTES À ABSOLVIÇÃO OU A IMPRONÚNCIA.

1. O reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva na esfera criminal não gera os mesmos efeitos da absolvição ou da impronúncia para fins de promoção do militar em ressarcimento de preterição, prevista no artigo 17, alínea "c", da Lei n. 6.645/1979.

2. Recurso conhecido e não provido. (TJDFT. 3ª Turma Cível. APC 0111614-60.2008.8.07.0001. Desembargadora de Justiça Nídia Corrêa Lima. DJe 19.11.2009, p. 67. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 18/10/2021, às 23h13.

10 Essa revogação se deu no contexto da transmissão, escolhida pelos militares, do governo aos civis, não mais se justificando manter a luta por um novo Código Penal. Sobre a referida decisão política, o ex-Chefe da Casa Civil de Ernesto Geisel escreveu detalhes: ABREU, Hugo. *O outro lado do poder*. 5. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1979; _____. *Tempo de Crise*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

A Lei n. 6.416, de 24.5.1977, alterou o Código Penal para inserir a prescrição retroativa no Código Penal. Já, a reforma de 1984, advinda com a Lei n. 7.209, de 11.7.1984, acerca da prescrição, manteve as linhas gerais da redação de 1940 e transformou a prescrição retroativa em espécie de prescrição da pretensão punitiva.

Adveio a Lei n. 11.596, de 29.11.2007, para eliminar uma controvérsia de então, visto que parte dos autores entendiam que somente a sentença condenatória poderia interromper o prazo prescricional. A esse assunto retornaremos no item 5 deste estudo, mas já afirmo e ratifico que entendo que o acórdão condenatório, desde 1940, interrompia a prescrição da pretensão punitiva.

Por fim, sobreveio, a Lei n. 12.234, de 5.5.2010, que foi proposta para extinguir a prescrição retroativa, com a seguinte motivação:

O projeto de lei em tela propõe a revogação do disposto no artigo 110, § 2º, do Código Penal, dispositivo legal que consagrou o instituto da “prescrição retroativa”.

A prática tem demonstrado, de forma inequívoca, que o instituto da prescrição retroativa, consigne-se, uma iniciativa brasileira que não encontra paralelo em nenhum outro lugar do mundo, tem se revelado um competentíssimo instrumento de impunidade, em especial naqueles crimes perpetrados por mentes preparadas, e que, justamente por isso, provocam grandes prejuízos seja à economia do particular, seja ao erário, ainda dificultando sobremaneira a respectiva apuração.¹¹

A preocupação maior era com os crimes de estelionato e de peculato, expressamente mencionados na exposição de motivos da lei. Então, preocupados com o prazo prescricional de 2 anos para as penas inferiores a 2 anos, os legisladores modificaram o art. 109, inc. VI, do Código para aumentar o prazo prescricional para 3 anos.

O Código Penal não previa a prescrição retroativa. Ela é uma construção da jurisprudência brasileira, passando a ser pacificamente aceita na década de 1960, quando, em 13.12.1963, o STF editou a Súmula n. 146 com a seguinte redação: “A prescrição da

11 BRASIL. Câmara dos Deputados. Deputado Federal Antônio Carlos Biscaia (PT/RJ), 2.7.2003, PL 1.383. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01iqdhvnov7mng1daka1jdlnlcb5853612.node0?codteor=144916&filename=PL+1383/2003>. Acesso em: 19.10.2021, às 23h58.

ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”.

Tentando limitar a amplitude que a jurisprudência vinha dando à prescrição retroativa, o legislador, conforme inseriu no n. 15 da Exposição de Motivos da Lei n. 6.416/1977, inseriu a prescrição retroativa no § 2º do art. 110 do Código Penal, como espécie de prescrição da pretensão executória.¹² Com a Lei n. 12.234/2010, o § 2º do art. 110 do Código Penal foi revogado, com a intenção de acabar com a prescrição retroativa, a qual, conforme já afirmei, na reforma advinda com a nova Parte Geral do Código Penal (Lei n. 7.209/1984) foi transformada em espécie de prescrição da pretensão punitiva, parcialmente extinta com o advento da Lei n. 12.234/2010.¹³

4. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

Na redação de 1940, a prescrição da pretensão executória, na alínea “a” do art. 112, estabelecia que a prescrição da pretensão executória começaria a correr “do dia em que passa em julgado a sentença condenatória...”. No entanto, com a reforma de 1984, a redação passou a ser: “I – do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação...”.

Não vejo qualquer inconstitucionalidade no dispositivo. Pactuo de todos os fundamentos apresentados por Paulo Queiroz, no sentido de que deve ser considerada a data do trânsito em julgado para a acusação, ainda que haja recurso da defesa.¹⁴ Com efeito, a acusação ao deixar de recorrer entende estar satisfeita a pretensão punitiva, passando a buscar a pretensão executória. Assim, seria incoerente em falar, para a acusação, em prescrição da pretensão punitiva.

No entanto, em nome da *paridade de armas*, o Ministério Público iniciou uma campanha pela violação da literalidade da lei contra o réu, o que contou com o aval da 2ª

12 MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. Prescrição penal. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 81.

13 *A prescrição retroativa que foi extinta pela Lei n. 12.234/2010 é a anterior à data do recebimento da denúncia*, esvaziando a incidência da denominada **prescrição virtual** (*reconhecimento antecipado da prescrição retroativa*). No entanto, conforme explico, **retroativa** é toda prescrição que antecede à sentença condenatória recorrível e **superveniente** é a posterior à referida sentença, em fase recursal. Com isso, está mantida a prescrição retroativa, incidente entre a data do recebimento da denúncia e a da publicação da sentença condenatória recorrível, seja monossubjetiva, mista ou plurissubjetiva (MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. Prescrição penal. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 78-90).

14 QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 13. ed. Salvador, JusPODIVM, 2018. p. 603-606.

Turma do STF.¹⁵ No entanto, ainda pende controvérsia no STF, sendo que está pendente de julgamento o ARE 848107-RG, com declaração de repercussão geral assim ementada:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. TERMO INICIAL PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO NA MODALIDADE EXECUTÓRIA. TRÂNSITO EM JULGADO SOMENTE PARA A ACUSAÇÃO. ARTIGO 112, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DO REFERIDO INSTITUTO PENAL COM O ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL VIGENTE, DIANTE DOS POSTULADOS DA ESTRITA LEGALIDADE E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, INCISOS II E LVII). QUESTÃO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DO INTERESSE PÚBLICO. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL.16

Espero que o Tribunal Pleno do STF venha a corrigir esse equívoco de violar a literalidade da lei, o que vem em prejuízo de recorrentes sentenciados com imposição de pena, mas que têm as constitucionais garantias da legalidade, ampla defesa e estado de inocência.

5. INTERRUPTÃO PELA SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL

Já dissemos e ratificamos que a redação do art. 117, inc. IV, do Código Penal, era a de que o prazo prescricional se interrompe “pela publicação da sentença condenatória recorrível”. Também, já afirmei que entendo que o acórdão condenatório recorrível (como sentença plurissubjetiva que constitui) está incluído, interrompendo a prescricional. Mas, havia controvérsia, daí a Lei 11.596/2007, para incluir o acórdão condenatório recorrível.

Em evidente violação ao princípio da legalidade, a jurisprudência vem ampliando o alcance do art. 117, inc. IV, do Código Penal. Novamente o princípio da legalidade vem

15 CABRAL, Tatiana Larissa Simões; COSTA, Leonardo Luiz de Figueiredo. A nova interpretação do termo inicial da prescrição da pretensão executória, Consultor Jurídico, 20.11.2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-20/opiniao-interpretacao-prescricao-pretensao-executoria>>. Acesso em: 19.10.2021, às 14h26.

16 STF. Tribunal Pleno. ARE 848.107-RG. Min. Dias Toffoli. Julgamento: 11.12.2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ARE%20848107%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 19.10.2021, às 15h.

sendo aviltado e os tribunais vêm contribuindo para isso.¹⁷ A decisão do Pleno do STF ficou assim ementada:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. ALEGADA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO PELO ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA.

1. A prescrição é o perecimento da pretensão punitiva ou da pretensão executória pela inércia do próprio Estado; prendendo-se à noção de perda do direito de punir por sua negligência, ineficiência ou incompetência em determinado lapso de tempo.

2. O Código Penal não faz distinção entre acórdão condenatório inicial ou confirmatório da decisão para fins de interrupção da prescrição. O acórdão que confirma a sentença condenatória, justamente por revelar pleno exercício da jurisdição penal, é marco interruptivo do prazo prescricional, nos termos do art. 117, IV, do Código Penal.

3. *Habeas Corpus* indeferido, com a seguinte TESE: *Nos termos do inciso IV do artigo 117 do Código Penal, o Acórdão condenatório sempre interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório da sentença de 1º grau, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta.*¹⁸

No voto condutor, ao exemplo do Ministro Marco Aurélio, o Ministro Alexandre de Moraes sustenta, com fulcro na processualística cível, que o acórdão substitui a sentença.¹⁹ *Data venia*, fazer analogia para ampliar o poder punitivo estatal é algo muito grave.

Observe-se que a analogia *in malam partem* que se concretiza atinge diretamente direito subjetivo material de quem está sujeito ao Direito Criminal, o que é vedado. Neste,

17 CONJUR. Decisão colegiada que confirma sentença condenatória interrompe a prescrição. Consultor Jurídico, 29.4.2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-29/decisao-colegiada-confirma-condenacao-interrompe-prescricao>>. Acesso em: 19.10.2021, às 15h30.

18 STF. Tribunal Pleno. *Habeas Corpus* n. 176.473-RR. Min. Alexandre de Moraes. 27.4.2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344342942&ext=.pdf>>. Acesso em: 19.10.2021, às 15h40.

19 *Ibidem*. p. 6.

a analogia que se permite é exclusivamente *in bonam partem*. No entanto, os tribunais parecem não se preocupar com isso.

Ney Fayet Júnior e outros autores fazem eloquente discurso sobre a pretensão do legislador ao editar a Lei n. 11.596/2007, admitindo que ele pretendia inserir como causa interruptiva da prescrição o acórdão confirmatório da condenação, mas concluem no sentido do que aqui defendo, eis que a lei assim não estabelece. Para os autores o legislador não alcançou o seu objetivo.²⁰

A lei não contém palavras vãs. O art. 117, inc. III, do Código Penal, ao estabelecer a interrupção da prescrição “pela decisão confirmatória da pronúncia”, afasta a interrupção se for dado provimento ao recurso em sentido estrito e o tribunal despronunciar o recorrente. A *mens legis* exige interpretação restritiva semelhante em relação ao art. 117, inc. IV, do Código Penal, para se admitir a interrupção da prescrição apenas se o acórdão for condenatório e não apenas confirmatório da decisão anterior. No inc. III se exige a confirmação da decisão anterior, enquanto o inc. IV afasta a confirmação, exigindo sentença (monossubjetiva, mista ou plurissubjetiva) condenatória, não meramente confirmatória da condenação.

Teleologia é o estudo filosófico dos fins. Assim, pela interpretação teleológica procura-se conhecer a finalidade, que pode ser a do legislador (interpretação subjetiva), ou a da norma (interpretação objetiva). Nos tempos modernos, prefere-se a interpretação teleológica objetiva. Por isso, afasto a possibilidade de se reconhecer a interrupção da prescrição pelo acórdão confirmatório da sentença condenatória (que aumente, mantenha ou diminua a pena).

CONCLUSÃO

A prescrição, seja a da pretensão punitiva ou a da pretensão executória, tem sólidos fundamentos e merece ser mantida para a pacificação social e a segurança jurídica.

O princípio da legalidade impõe entender que o termo inicial da prescrição da pretensão executória é a data do trânsito em julgado formal da sentença condenatória para a acusação, podendo ser outro o momento do trânsito em julgado final, muitos anos depois. Enquanto não sobrevier trânsito em julgado para as duas partes, só se poderá falar em prescrição da pretensão punitiva.

²⁰ FAYET JÚNIOR, Ney *et al.* *Prescrição penal*: temas atuais e controvertidos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 27-46.

Embora o legislador da Lei n. 11.596/2007 tenha manifestado a intenção de emprestar força interruptiva da prescrição ao acórdão confirmatório da sentença condenatória, não alcançou o seu objetivo, o que impede ampliar o alcance do dispositivo legal.

O JUIZ DAS GARANTIAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: UM ESTUDO SOB A ÓTICA DO DIREITO COMPARADO

JURIDISSE MIRANDA GABRIEL:
graduanda do curso de Direito
junto à FASEC

ENIO WALCÁCER

(orientador)

RESUMO: O artigo em tela realizou uma discussão epistemológica no que tange à efetividade do Juiz das Garantias no ordenamento jurídico brasileiro por meio de uma revisão bibliográfica e de aportes legislativos. A respectiva temática surge no campo científico com maior contextualização no território brasileiro a partir do ano de 2019, quando se instituiu a Lei n. 13.964, denominada popularmente como o pacote anticrime, em que se criou a figura do Juiz das Garantias. Nesse sentido, a questão problema foi estruturada em evidenciar respostas acerca de qual discussão foi promovida sobre a efetividade do Juiz das Garantias no ordenamento jurídico brasileiro por meio da revisão de literatura e legislativa. Assim, o objetivo geral consistiu em analisar a discussão promovida acerca da efetividade do Juiz das Garantias no ordenamento jurídico brasileiro por meio de uma revisão bibliográfica e legislativa. Os aspectos metodológicos foram de uma pesquisa de natureza básica, com abordagem qualitativa e objetivo do tipo exploratório-descritivo. Ao mensurar a conclusão deste estudo, encerra-se destacando que ainda significativas discussões irão surgir referente ao campo funcional do Juiz das Garantias como forma salutar de efetividade para consubstanciar todo o espoco jurídico no Brasil.

Palavras-chave: Juiz das Garantias. Efetividade. Ordenamento Jurídico.

ABSTRACT: The on-screen article held an epistemological discussion regarding the effectiveness of the Judge of Guarantees in the Brazilian legal system through a literature review and legislative contributions. The respective theme arises in the scientific field with greater contextualization in The Brazilian territory from the year 2019 when law no. 13,964 was instituted popularly named as the anti-crime package in which it created the figure of the Judge of Guarantees. In this sense, the problem question was structured in evidencing answers about which discussion was promoted about the effectiveness of the Judge of Guarantees in the Brazilian legal system through the literature and legislative review?. Thus, the general objective was to analyze the discussion promoted about the effectiveness of the Judge of Guarantees in the Brazilian legal system through a bibliographic and legislative review. The methodological aspects were of a basic research, with a qualitative and objective approach of the exploratory-descriptive type. In measuring the conclusion of

this study, it is important to highlight that still significant discussions will arise regarding the functional field of the Judge of Guarantees as a salutary form of effectiveness to substantiate all legal issues in Brazil.

Keywords: Judge of Guarantees. effectiveness. Legal System.

1. INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro possui organicidade obsoleta que não atende as demandas recentes da sociedade na contemporaneidade, visto que os pressupostos legitimadores seguem o Código de Processo Penal instituído no ano de 1941.

Frisa-se que o referido documento em alguns momentos se contradiz com as mudanças políticas e sociais deflagradas no País em virtude dos avanços tecnológicos que obrigam a otimização e celeridade de diversas ações no campo processual. Diante desse contexto, uma significativa discussão foi iniciada no Brasil visando à importância de efetivar uma reforma legislativa que tenha garantias reais dos julgamentos e das decisões no que tange à figura do juiz no sistema jurídico brasileiro como o responsável pela persecução penal.

Ademais, o processo penal vai além de um instrumento técnico, sua aplicabilidade visa a reproduzir valores políticos e ideológicos que asseguram o poder punitivo, bem como os direitos fundamentais para preservar a liberdade do indivíduo.

Nesse sentido, ao chegar ao ano de 2019, foi promulgada a Lei nº 13.964 de 24 de dezembro, a qual instituiu a figura do Juiz das Garantias como uma prática inovadora na legislação penal brasileira para promover uma organização em consonância com as alterações ocorridas no perfil do indivíduo na sociedade. Trata-se de um novo momento jurisdicional referente às etapas delineadas durante as fases pré-processual e processual, pois a supracitada Lei nº 13.964/19 prevê nos seus artigos 3-A a 3-F a funcionalidade do Juiz das Garantias no Código de Processo Penal.

A figura do Juiz das Garantias nada mais é do que um magistrado com atuação no âmbito criminal em fase exclusivamente pré-processual (ressalvados os crimes de menor potencial ofensivo, como, por exemplo, lesão corporal leve, exposição ou abandono de recém-nascido, omissão de socorro). Ele seria o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário (BRASIL, 2019).

Todavia a criação jurisdicional dessa atividade não é algo novo no mundo do Direito, países europeus e do continente americano possuem essa figura atuante para consubstanciar os processos penais.

Assim, diante de buscas epistemológicas para promoção de significativas discussões acerca do objeto em tela, a pergunta-problema foi planejada para evidenciar respostas no que tange a: qual discussão foi promovida sobre a efetividade do Juiz das Garantias no ordenamento jurídico brasileiro por meio da revisão de literatura e legislativa?

Para tanto, o objetivo geral consistiu em analisar a discussão promovida acerca da efetividade do Juiz das Garantias no ordenamento jurídico brasileiro por meio de uma revisão bibliográfica e legislativa.

Os objetivos específicos foram delimitados em descrever a historicidade do processo penal brasileiro; contextualizar a figura do Juiz das Garantias implantada no mundo e no Brasil; e evidenciar o campo de atuação do Juiz das Garantias após as reformas denominadas pelo pacote Anticrime da Lei nº 13.964/2019 no ordenamento jurídico brasileiro.

Com o referido escopo organizacional, os aportes científicos foram norteados para promover diálogos bibliográficos e legislativos referentes ao objeto, visto ser uma temática que envolve inúmeras discussões.

Além do mais, é um tema de grande relevância social para estudantes e profissionais do campo da ciência do direito como uma ação de atualização para consubstanciar práticas eficazes no que tange ao processo penal e ao entendimento legal que está ocorrendo no ordenamento jurídico.

Metodologicamente, este estudo tem como base a percepção de um fenômeno no campo educacional buscando responder às questões da pesquisa, por intermédio de uma abordagem qualitativa do tipo exploratório-descritiva.

O estudo foi organizado em duas etapas, sendo a primeira utilizando uma revisão bibliográfica como principal procedimento, e a segunda efetivada por intermédio de análise documental nas legislações que enfatizam sobre o respectivo objeto. Ressalta-se que a revisão bibliográfica foi realizada por levantamentos em livros, artigos, dissertações e sites jurídicos que alcançam o tema, e, posteriormente, nas legislações do ordenamento jurídico brasileiro seguindo uma sequência de etapas para evidenciar respostas e discussões.

Dessa forma, a estrutura do artigo é contextualizada pela introdução que apresenta ao leitor o objeto do estudo. A segunda seção descreveu sobre a historicidade do Processo Penal brasileiro. A terceira seção evidenciou sobre a figura do Juiz das Garantias nos países da Europa, Alemanha, França e Estados Unidos. Doravante, a quarta seção discorreu acerca do campo de atuação do Juiz das Garantias após a reforma denominada pelo pacote Anticrime da Lei nº 13.964/2019 no ordenamento jurídico brasileiro.

Para finalizar, evidenciaram-se as considerações finais no qual a pesquisadora frisa sobre os resultados alcançados e as contribuições científicas para sociedade referente à temática, permeando uma reflexão para a ciência do Direito.

2 HISTORICIDADE DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O Direito Processual Penal Brasileiro é norteado por uma sistemática operacional realizada por meio de instrumentos evidenciados por técnicas e formalidades que visam à paz e à proteção do sujeito, organizado de forma estruturada para garantir os direitos como forma constitucional e resolução de conflito social no que tange as punições pelo Estado.

Nesse sentido, Brito, Fabretti e Barrionuevo (2019, p. 4) descrevem que “durante a história da justiça pena houve três tipos de sistemas processuais”, que foram denominados como o sistema inquisitório, o sistema acusatório e o sistema misto.

Conquanto os autores discorrem separadamente os formatos deliberados ao enfatizarem que:

- O sistema inquisitório foi formatado como aquele em que a doutrina o mais injusto, e não poderia ser realizado de outra maneira. Nesse sistema, caberia as figuras atreladas ao juiz e ao acusador não ter confusões em seus papéis, para tanto, não seria estabelecido limites para operacionalização de métodos para obter as provas necessárias, bem como o recebimento das confissões. Outro ponto neste sistema estava determinado que o juiz poderia emitir o *ex officio* na tratativa de impulsionar o campo processual e ao mesmo tempo impulsionar a produção das provas;
- O sistema acusatório permaneceu em vigor durante quase toda a Antiguidade grega e romana, sendo que doravante continuou na Idade Média, porém, declinou todas as normatizações no século XIII, quando o sistema inquisitório impulsionou nas determinações legais do direito.
- O sistema misto, alguns definem: o que possui configurações tanto do inquisitório quanto do acusatório, em especial, permite a consideração de provas realizadas sem o contraditório, bem como a participação do juiz na sua produção (BRITO; FABRETTI; BARRIONUEVO, 2019, p. 4).

Em tempos contemporâneos, o princípio da acusação exige que esta seja feita pelo Ministério Público no Brasil, órgão criado originariamente na França, sendo adotado por

vários outros países em seu âmbito jurídico. No entanto, para compreender esse panorama atual, faz-se primordial ter a compreensão da historicidade do processo penal como um fator de extrema relevância em termos de perceber o elencado poder punitivo.

Assim, Mata (2015, p. 2) menciona que, para entender a filosofia e os princípios que regem o direito processual penal, “é preciso analisar as nuances destacadas deste poder que é rude pelos significativos marcos de violência, agressões, mortes, maus-tratos; muitas guerras, penas de morte, torturas, prisões, banimentos, crimes”.

Contribuindo com a ideia de Mata, para Capez (2021, p. 19), foi a partir do momento em que o homem passou “a conviver em sociedade, surgiu a necessidade de se estabelecer uma forma de controle, um sistema de coordenação e composição dos mais variados e antagônicos interesses que exurgem da vida em comunidade”, sua intencionalidade era delimitar uma solução plausível em relação aos conflitos existentes por meio de instrumentos e ideais coletivos e valores que devem ser seguidos pelos sujeitos.

Historicamente, os primeiros aportes acerca das menções que tratam do Processo Penal foram percorridos na Grécia, ao considerar como crime todos os atos que prejudicavam a coletividade e deveriam receber uma repressão determinada por aquele indivíduo que foi ofendido ou humilhado.

Entretanto, Tourinho (2010, p. 107) frisa que esse processo penal era caracterizado “pela participação direta dos cidadãos no exercício da acusação e da jurisdição, e pela oralidade e publicidade dos debates”, e os “delitos que atentavam contra a própria cidade eram julgados perante a Assembleia do Povo, ou ante o Senado que procederia à acusação”.

Doravante, em Roma, o processo penal é reconhecido na história pela separação ocorrida entre os delitos públicos e os privados diante dos órgãos competentes de julgamento dos respectivos crimes. Todavia, verifica-se que os delitos eram solucionados pelo árbitro diante de um eventual litígio em que as provas eram colhidas e, assim, chegava-se à tomada de uma decisão. Segundo Mirabete (2008, p. 15),

No último século da República surge em Roma uma nova forma de procedimento: a *acusatio*, ficando a administração da justiça a cargo de um tribunal popular; composto inicialmente por senadores e, depois, por cidadãos.

Ao longo do tempo a *acusatio*, cedeu lugar à outra forma de sistema denominado *cognitio extra ordinem*, que ficava a cargo do senado e depois do imperador.

Em continuidade aos modelos de processo penal, destaca-se que no Germânico ocorria a distinção, assim como em Roma, entre crimes privados e públicos. No entanto toda ação processual da esfera privativa era administrada pelo rei, príncipe, duque ou conde, por intermédio de uma Assembleia, na qual o procedimento incumbia o ônus da prova ao réu em que a defesa deveria em sua práxis provar a inocência (SANTOS, 2010).

Na sequência histórica, menciona-se o processo penal canônico ou conhecido como o Direito Penal da Igreja, no qual se viabilizava a defesa dos interesses preconizados para atender as intenções da igreja, o que perdurou até o século XII. Significativas as narrativas encontradas nos elencados aportes, quando se pensa nos papéis entre julgar e determinar o processo acusatório.

A proposta desse direito era a acusação sem um juiz para acusar, e Tourinho (2010, p. 113) enfatiza que, nessa linha, quem “acusava devia apresentar aos Bispos, Arcebispos ou Oficiais a acusação por escrito, juntamente com as devidas provas colhidas no trâmite da instrução, sendo que não era permitido a época punir o acusado ausente”.

Entretanto, a contar a partir do século XIII, o respectivo sistema acusatório torna-se o inquisitivo, em que, diante da importância do processo penal, realiza a tomada de medidas drásticas para abolir a acusação dos crimes da esfera pública penal. Ademais, somente no século XVIII que surgiu um movimento de abolição do sistema inquisitivo, coordenado pelas ideias do Iluminismo, que condenava as torturas e defendia o direito de punir conforme os limites da justiça (SANTOS, 2010).

Em meados do século XX, alguns modelos foram adotados conforme narrados pela história, no qual especificamente no ano de 1832 codificou-se o primeiro Código de Processo Criminal da Primeira Instância, sendo este alterado pela Lei nº 261 de 3 de dezembro do ano de 1841 e regulamentada pelo Decreto nº 120 de 31 de dezembro de 1842.

No entanto, no ano de 1891, com a promulgação da Constituição, determinou-se que os Estados e Municípios assumissem o compromisso de organizar as suas leis e constituições. Sobre isso, conforme ressalta Mirabete (2008, p. 18),

Com a Proclamação da República e de acordo com a Constituição de 1891, os Estados passaram a ter suas próprias constituições e leis, inclusive as de caráter processual, mas poucos se utilizaram dessa faculdade de legislar. Continuou vigendo, pois, a legislação federal, na época o Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871, e a Lei nº 2.033, de 20 de setembro do mesmo ano, com as alterações introduzidas pelo artigo 407 do Código Penal de 1890.

Nesse escopo, foi com a Constituição Federal de 1937 que se iniciou a organização sistematizada do atual documento norteador do Código de Processo Penal, legitimado pelo Decreto-lei nº 3.689 de 30 de novembro de 1941. Destarte, Silva (2016, p. 1) mensura que a elaboração do CPP “foi inspirada na codificação processual penal italiana da década de 30, momento que na Itália estava em pleno regime fascista, contribuindo assim na contextualização de um código com bases extremamente autoritárias”.

Pereira (2015, *on line*) contribui destacando que o processo penal brasileiro apresenta algumas fases ou polos metodológicos, a saber:

- A primeira fase, sincretista, praxista, imanentista, ou procedimentalista, o processo era considerado simples meio de exercício dos direitos. A ação era o próprio Direito subjetivo material que, uma vez lesado, adquiria forças para obter em juízo a reparação dessa lesão. Não se tinha noção do Direito processual como ramo autônomo do Direito e muito menos dos elementos para sua autonomia científica;
- A segunda fase, autonomista, conceitual, ou processualista, é marcada pelas grandes construções científicas do Direito processual. Tiveram lugar as grandes teorias processuais, especialmente sobre a natureza jurídica da ação e do processo, as condições daquela e os pressupostos processuais;
- A terceira, instrumentalista, é uma fase crítica. Após toda a evolução existente, chega-se a um momento em que se observa o processo por um ângulo externo, ou seja, examinando os resultados práticos.

Diante disso, tornar-se-á salutar evidenciar que o processo penal, no ordenamento jurídico brasileiro a partir de sua legitimação em 1941, planificou-se como um instrumental de significativa importância vis-à-vis do aparato para concretizar a justiça que se faz necessária para organização da efetividade jurisdicional e garantias para o exercício da cidadania.

Sendo assim, por intermédio da promulgação do Decreto-Lei no 3.689 datada do dia 3 de outubro de 1941, legitimou-se o Código de Processo Penal com a inserção de uma redação no qual ordenava o cumprimento dos artigos 28-A, 79, 84-A, 124-A, 133, 185, 283, 310, 395-A, 421, 492, 584, 609, 617-A, 637 e 638.

No entanto, ao chegar o ano de 1988, o Brasil passa a ter em seu escopo legal a Carta Magna, que trouxe uma reordenação estabelecida para fundamentar juridicamente o regime democrático em todo espaço brasileiro.

Diante desse cenário, bem como impulsionado pela Constituição Federal que delimitou a implementação da garantia para todo cidadão, o documento do CPP foi alvo de grandes discussões entre os doutrinadores, visto que no escopo instituído as narrativas do art. 5º não previa os artigos vigentes, dentre os quais estavam a incomunicabilidade do acusado e a possibilidade de decretação do sigilo no perfilar da ação investigativa a partir do despacho realizado da autoridade policial.

Assim, doravante delineou-se a importância de uma nova redação por meio do total de 50 (cinquenta) leis que afirmavam a necessidade de mudanças no que tange aos dispositivos para assegurar a aplicação legal do direito na sociedade.

Nesse sentido, ao utilizar a ideia de Oliveira (2020, p. 15-16), percebe-se o impulsionamento de algumas reformas para o exercício do CPP iniciadas primeiramente em 1993, em consonância com as leis supracitadas:

- Lei 8.658/1993 - Aplicação do rito do processo originário (Lei 8.038/90) nos Tribunais de Justiça dos Estados e DF e TFRs;
- Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha incluindo mais uma possibilidade de prisão preventiva;
- Lei 11343/2006 – Lei de Drogas, criando um novo rito processual para os crimes previstos na Lei;
- Lei 11.689/2008 – Alteração no procedimento do Tribunal do Júri;
- Lei 11.690/08 – Reforma na apreciação de provas (exigindo o contraditório para apreciação de provas), incumbindo o ônus da prova ao órgão acusador, inadmissibilidade da prova ilícita, forma de produção probatória, etc.;
- Lei 11.719/08 – Modificou os ritos ordinário e sumário, e trouxe normas gerais de recebimento, instrução, julgamento sumário e outras regras;
- Lei 12.403/2011 – Criação de um sistema de cautelares pessoais (prisões e diversas da prisão), fiança, liberdade provisória;

- Lei 13.964/2019 – Lei Anticrime, um conjunto de alterações em diversos ramos penais.

Essa nova reforma de 2019 determinou o pacote anticrime, o qual instituiu o Juiz das Garantias como o profissional encarregado e responsável para tomar as decisões para acompanhar e fiscalizar as investigações criminais em um nível cautelar, diferente do juiz instrutor, como enfatizado em alguns países, sem poder de instrução.

Para tanto, a referida lei visa a trazer um avanço no sistema ao dispor uma nova regra na competência da função do Juiz das Garantias para participar do julgamento da ação penal, minimizando, de forma mais efetiva, os fatores de contaminação subjetiva do julgador do processo e reforçando sua imparcialidade.

Verifica-se nessa ordenação cronológica alguns aportes como marcos legais quando se menciona sobre o CPP e a inserção da figura do Juiz de Garantias em conformidade com as alterações que foram ocorrendo na historicidade brasileira. Essas alterações, enquanto reformas apresentadas, podem causar impactos para os cidadãos que delineiam a compreensão desse papel em tempos contemporâneos para operacionalizar as ações jurídicas.

Como bem destacou Núñez Novo (2020, *on line*),

Profundas são as mudanças no Código de Processo Penal. Embora não constasse do projeto original, a figura do "Juiz de Garantias", responsável por controlar a legalidade da investigação criminal (fase prévia ao processo judicial), foi contemplada no texto aprovado, atendendo a uma demanda de mais de década de pesquisadores de direito processual penal que, inspirados em modelos legislativos de diferentes países dos continentes europeu e americano, reclamavam ao direito brasileiro a separação do juiz responsável pela investigação do responsável pelo processo e sentença, com vistas a propiciar maior independência e isenção ao ato de julgar.

Diante do exposto, para validação do entendimento dessa figura, tornou-se imprescindível discutir as seções a seguir, viabilizando um diálogo consubstancial no que tange à imparcialidade do juiz como pressuposto da jurisdição, visto que inúmeras já ocorreram nas redações em decorrências das discussões dos doutrinadores.

3. IMPARCIALIDADE DO JUIZ COMO PRESSUPOSTO DA JURISDIÇÃO

Para fundamentar os aportes desta se fez primordial, de maneira inicial, realizar uma contextualização definindo os princípios que circundam e delimitam o entendimento do termo 'imparcialidade'.

Evidencia-se que ser imparcial é uma ação na qual o sujeito deve atuar com justiça, prevendo a neutralidade e a equidade, independentemente de exercer uma funcionalidade jurisdicional. Isso deve ocorrer principalmente em um país que determinou para todos os cidadãos um Estado Democrático de Direito promulgado pela Constituição Federal de 1988, em que norteou significativos princípios legais para assegurar direitos e garantias individualizadas que estejam sob o crivo da persecução penal, sendo este julgado processualmente de forma imparcial e equânime.

Ademais, buscando por menções que discorrem sobre essa ação no objeto da pesquisa, verificou-se que, ao terminar a Segunda Guerra Mundial, fez-se necessário que ocorresse uma postulação universal no que tange aos tratados internacionais; assim, diante dessa importância, exigiu-se a imparcialidade judicial para nortear o processo na democracia ocidental. Não obstante, em tempos contemporâneos, a elencada garantia vislumbrou o reconhecimento por meio da Declaração dos Direitos Humanos.

Contudo essas discussões que envolvem a imparcialidade judicial são alvo de significativas difusões para que ocorra um tribunal imparcial. Nesse escopo, Ortiz (2004, p. 106) evidencia que

É correto dizer que inexistem em nossa literatura um estudo circunstanciado que conduza a uma reflexão definitiva sobre a definição de imparcialidade, principalmente a partir do momento em que se percebe que seu alcance não se circunscreve ao âmbito da subjetividade do juiz, senão que também corresponde a um elemento objetivo básico e inspirador de um processo justo.

Nesse sentido, observa-se um caminho entre a doutrina e a jurisprudência quando o assunto é delineado para a imparcialidade, visto que a autora frisa que muito se avalia sob o fundamento legal e processual das causas em que ocorre a abstenção ou a recusa da decisão do juiz, porém sem a ineficiência das análises que evidenciaram a postura processual e legal.

Para Arthur Cesar de Souza (2005, p. 27), a imparcialidade é compreendida como parte de um todo que permite a construção doutrinária da perspectiva da "parcialidade positiva do juiz", em que o magistrado, na condução da relação jurídica processual penal ou civil, deverá considerar as diferenças culturais, sociais, econômicas, psicológicas etc. das pessoas que participam dessa relação jurídica, a fim de que ele possa estabelecer a "persecução objetiva do todo".

Doravante, em um outro contexto, o autor destaca que a objetividade deve ser entendida como juridicidade, e que, tanto no curso como na conclusão do processo, "o

Estado-Juiz deve atuar com objetividade (no sentido de ser objetivo), segundo critérios lógico-rationais e estritamente jurídicos” (SOUZA, 2008, p. 30).

Para tanto, delinea-se a importância de nortear o respeito ao princípio que envolve a imparcialidade, pois nesse escopo o juiz cumprirá seu dever de maneira correta, além de seguir a preconização legal do seu compromisso com a sociedade e, ao mesmo tempo, enfatizando os preceitos constitucionais e os anseios da dignidade humana para os cidadãos.

4 A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS NO DIREITO COMPARADO

Verifica-se nas seções anteriormente supracitada uma contextualização histórica para seguidamente discorrer os processos pelos quais o campo funcional do Juiz das Garantias em cada país recebe atributos específicos, o modelo no Brasil seguiu as normatizações de Portugal, todavia, neste estudo planificar-se-á as ideias no modelo alemão, francês e o estadunidense para viabilizar as discussões necessárias do objeto.

Dessa forma, realiza-se um panorama estratificado desta atuação em outros países com a propositura do entendimento das fundamentações legais que foram instituídas no território brasileiro.

4.1 O JUIZ DA INVESTIGAÇÃO NO DIREITO ALEMÃO

Ressalta-se que na Alemanha a práxis do Juiz das Garantias tem uma organização legitimada com o início das primeiras ideias na década de 70, quando o Juiz de Investigação - em alemão *Ermittlungsrichter* -, em sua composição de responsabilidade estão as questões como busca e apreensão, interceptação telefônica, oitiva de testemunhas e prisões antes do início da ação penal.

Na Alemanha, de acordo com Lima (2020, p. 230), os encargos da competência funcional de juiz da investigação, “ocorre sem prejuízo do ofício simultâneo em outro juízo comum de primeira instância ou Tribunal de Estado, ou de eventual convocação para Tribunal Superior de Estado ou para Corte Federal de Justiça (*der Bundesgerichtshof – BGH*)”.

Aplicando as ideias do autor, enfatiza-se que a organização jurídica que legitima a *der Bundesgerichtshof* foi composta por colegiados civis e colegiados penais denominados como *Zivil – und Strafsenate*, sendo que todo escopo oficial é realizado pelo Procurador-Geral Federal para validar todas as ações ordenadas.

Entretanto na Alemanha, existe a possibilidade de realizar a admissão de juízes da investigação por intermédio de processos de convocação para desenvolver suas

atribuições em todo o país. Assim, nesse formato não irá ocorrer a competência penal pela Corte Federal.

Dessa forma, o *Bundesgerichtshof* desenvolve todas as ações pautadas pela atuação de 03 (três) juízes de carreira, sendo que as reclamações conhecidas pelo termo *die Beschwerden* são ordenadas para processar e julgar as decisões de Tribunal Superior de Estado, por intermédio de funcionalidade executada em consonância com a competência penal originária, em nível de primeira instância.

Não obstante, Miller (2019, p. 1), frisa que “a câmara de magistrados é composta por três magistrados que tenham a responsabilidade do sistema judicial, e a competência para o Juiz das Garantias incumbe aos órgãos de segundo grau (Tribunal de Grande Instance e Landsgericht)”.

4.2 O JUIZ DAS LIBERDADES E DA DETENÇÃO NA FRANÇA (*Le juge des libertés et de la détention*)

Ao enfatizar o nome de Juiz de instrução, logo se remete o pensamento para a França em que se denomina aquele que no pacote anticrime do Brasil foi denominado como Juiz das Garantias.

Nesse sentido, o Juiz das Garantias na França, segundo Lopes Junior (2001, p. 217), é responsável pela investigação preliminar realizada pelo juiz de instrução, “a quem corresponde a tarefa de averiguar e comprovar o fato e a participação do sujeito passivo”. O chamado *Juge d’Instruction* que atua quando for provocado pela vítima ou quando o Ministério Público, na sua manifestação introdutória, demandar a abertura dessa fase “acerca de fatos precisos contra uma pessoa certa ou ainda incerta” (DERVIEUX, 2005, p. 177).

Destaca-se que o ordenamento do Código de Processo Penal da França, a figura do Juiz conhecido como Juiz de Instrução era precedida dos acordos em consonância com a lei instituída para que todos os atos comprobatórios pudessem ser relevantes para consubstanciar o juízo. Não obstante, “era necessário informar sobre a personalidade do sujeito passivo, bem como os elementos que possam servir para a defesa. Investiga-se assim sobre os fatos materiais e também sobre a personalidade do autor” (LOPES JÚNIOR, 2001, p. 219).

Dessa forma, cabe ao juiz de instrução realizar um campo investigativo em favor da acusação e da defesa de acordo com os termos pessoais ou pelo uso de um oficial de polícia. Destarte, para Dervieux (2005, p. 164):

O juiz de instrução desenvolve duplo papel, como investigador e como juiz: Como investigador ele está encarregado de recolher as

provas da infração, de elucidar a autoria e formalizar os autos. Como juiz, ele pode requisitar o emprego da força pública e decide sobre a realização de exames, mas, eventualmente, da colocação de pessoa investigada em detenção provisória ou sob o controle judiciário. Uma vez que os autos estejam formalizados, ele determina as imputações e decide, à vista dos requerimentos do Ministério Público, seja pelo encaminhamento da pessoa a jurisdição de julgamento, seja pela decisão de não processar.

Tão logo, neste contexto jurídico da França, no ano de 2000 criou-se a figura do Juiz das Liberdades através da Lei nº 200-516. Apenas o *Juge des Libertés et de la Détention* é competente para determinar a custódia ou sua prorrogação, caso ela já tenha sido decidida. Ele “divide com o juiz de instrução o poder de ordenar medidas de controle judiciário e de libertar as pessoas previamente custodiadas” (DERVIEUX, 2005, p. 164).

Doravante, no país francês, a *Commission Justice Pénal et Droits de l’Homme*, presidida por Delmas Marthy, nos finais da década de 80, apresentou propostas de mudanças severas no processo penal, “as quais previam a eliminação do juiz de instrução, passando a instrução a ficar a cargo do Ministério Público.

Tal proposição ainda é objeto de intenso debate, permanecendo o juiz de instrução “atuante em destacada minoria dos casos, nada obstante os mais importantes” (CHOUKR, 2011, p. 274).

Observa-se que o perfilar do juiz na França seguiu uma parametrização na intencionalidade de diminuir ou até mesmo realizar a extinção dos poderes de sua atuação no ordenamento.

4.3 O JUIZ INSTRUTOR NO DIREITO DOS ESTADOS UNIDOS

O ordenamento jurídico dos EUA, foi filiado à *common law*, a instituição do *Grand Juro* que tem a “competência funcional coincidente com a de uma instância judiciária pré-processual, não se confundindo com o júri competente para julgar as questões de fato encartadas no mérito da pretensão punitiva” (MILLER, 2019).

Aliás, ao falar sobre os Estados Unidos, torna-se importante enfatizar que o juiz americano segue as diretrizes determinadas em 1973 quando instituiu o Código de Conduta (*Code of Judicial Conduct for United States Judge*), no qual pontuava deveres como princípios norteadores a serem exigidos pela conduta do indivíduo, dentre os quais estavam a honestidade, a integridade, a imparcialidade, o temperamento e a capacidade para julgamento (*A Judge shall perform the duties of the office Faithfully, impartially and diligently*).

Para Gracete (2019), são as chamadas responsabilidades adjudicativas, em que o juiz americano não deve ter e/ou estabelecer qualquer tipo de relação mais próxima com agentes investigadores e com membros da promotoria, com vistas a manter o dever legal de isenção.

Diante dos modelos discorridos, pode-se destacar que a figura do Juiz das Garantias mesmo com a denominação de outros termos já era uma atuação em alguns países, assim, na subseção a seguir, estruturou pelos aportes bibliográficos e legislativos o campo funcional após a promulgação do pacote anticrime.

5. CAMPO DE ATUAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS APÓS A REFORMA DENOMINADA PELO PACOTE ANTICRIME DA LEI Nº 13.964/2019 NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Antes de mensurar sobre o campo de atuação do Juiz das Garantias após a promulgação da reforma do Pacote Anticrime torna-se imprescindível criar uma redação salutar dos movimentos ovacionados no país contra a referida figura funcional no ordenamento jurídico brasileiro.

Dentre os elencados manifestos deliberados, pode-se enfatizar o processo realizado pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) conjuntamente com a Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE) que ajuizaram uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6298, conforme publicado no site (<https://www.amb.com.br/amb-e-ajufe-ingressam-com-adi-no-stf-contra-juiz-das-garantias>) em que efetivou-se um pedido de medida cautelar diante da promulgação dos artigos 3-A, 3-B, 3-C, 3-D, 3-E e 3-F, introduzidos pelo artigo 3º da nova redação preconizada pela Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que trata do Código de Processo Penal (CPP), ao criar a figura do “Juiz das Garantias”.

Frisam as entidades que o exame da Lei 13.964/2019, na parte que toca à criação do “Juiz das Garantias”, revelam que o legislador federal foi além da expedição de normas gerais, ao impor a observância imediata do “Juiz das Garantias” no âmbito dos inquéritos policiais (AMB, 2019, *on line*).

Diante da ação ajuizada o ministro Luiz Fux, vice-presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), tornou-se o relator pelas entidades no dia 27 de dezembro do ano de 2019. Ressalta-se que além desta ADI, menciona-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6299, ajuizada pelos partidos políticos “PODEMOS e CIDADANIA que trouxe em seu escopo a indignação para impugnar os mesmos dispositivos do pacote anticrime, bem como o Art. 157 do Código de Processo Penal que determina o impedimento do juiz caso ele conheça a prova inadmitida nos prosseguimentos da sentença na ação penal.

Em continuidade teve a ADI nº 6300 do Diretório Nacional do Partido Social Liberal (PSL) e a ADI nº 6305 pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP que também buscaram pela impugnação dos artigos. Menciona-se que o objeto principal destas ADI's consistia em prover ações diretas no que tange a inconstitucionalidade da elencada lei ao inferir sobre as questões técnicas e jurídicas, dentre as quais o Juiz das Garantias e institutos correlatos.

Não obstante, os documentos frisam que no Brasil um dos empecilhos para instituir o Juiz das Garantias se faz em decorrência do número insuficiente de juízes, além de um ordenamento no qual muitos processos ainda não foram totalmente digitalizados. Outro ponto se faz em relação ao papel deste juiz no que tange a possibilidade de uma flexibilização da verdade, ou seja, pela ausência de provas para execução de um julgamento.

Todavia, a figura do Juiz das Garantias foi determinada na tratativa de promover uma eficácia na diminuição do crime organizado no país, além de configurar as normas dos princípios constitucionais ao receber, autorizar ou negar uma investigação que possa afetar os interesses de um investigado.

Neste sentido, o Juiz das Garantias de acordo com Cunha (2020, on-line), surge do confronto daquilo que era tradicionalmente praticado no Brasil, na verdade apareceu no cenário brasileiro com a promessa da promoção de um processo penal galgado ainda mais com as rédeas da imparcialidade com dois magistrados regendo a persecução penal.

Nessa organização funcional, caberia ao primeiro, o das garantias, atuar na fase preliminar de investigação criminal exercendo controle de legalidade e salvaguardando direitos individuais fundamentais, por conseguinte o segundo, deveria assumir toda a instrução processual e julgar o feito.

Na concepção de Lopes Jr. e Ritter (2016, p. 76), "trata-se, o juiz das garantias, do aprimoramento (e até se poderia dizer tentativa de salvação) da jurisdição penal atual, que inválida, ilegítima e ilegal, se não for exercida de forma imparcial".

Acrescenta Giacomolli (2012, p. 305), que no momento da instituição das atribuições do Juiz das Garantias estava a "condição de garantidor de um processo penal democrático, em contraponto ao exercido atualmente, o processo penal totalitário". Ademais, existia assim, uma separação do juiz da fase decisória como uma ideologia em que deveria ser feita otimização da prestação jurisdicional no sentido de propiciar garantias constitucionais, evitando excessos persecutórios.

Nesse sentido, entende-se que a práxis da figura do Juiz das Garantias, não é uma legitimação inovadora, mas ganhou maiores validações na estrutura jurídica brasileira na intencionalidade de deliberar uma otimização pautada em quesitos de imparcialidade.

No entanto, Silva (2012, p. 11), mencionou:

Por quase quatro séculos prevaleceu-se no Brasil a figura do juiz inquisidor, ao qual se conferiu amplos e irrestritos poderes de investigação, no exercício promíscuo das funções policiais e judicantes. Esse cenário só começou a ser mitigado em 1871, com a efetiva separação entre as aludidas funções, proposta pela Lei nº 2.033. Criou-se neste momento o inquérito policial atribuindo sua presidência à autoridade policial.

Ressalta-se que essa divisão estrutural mencionada pela autora, foi mantida e definitivamente delineada pelo Código de Processo Penal de 1941, o qual, encontra-se vigente até os dias contemporâneos como instrumento legal e orientador.

Acrescenta Andrade (2011), que a otimização desta atuação jurisdicional na figura do Juiz de Garantias implicava no aperfeiçoamento da própria atividade judicante que permite uma prestação em aspectos quantitativos das demandas que digam sobre o respeito aos direitos e garantias fundamentais de acusados.

No entanto, muitos juízes não comandam as investigações, porém asseguram alguns poderes dentre eles estão a determinação, inspeções de ofício, produção de provas como previsto no Art. 156 do CPP, e das provas domiciliares determinadas no Art. 242 (BRASIL, 1941).

Ao consultar a Carta Magna, o Art. 95 enfatiza aos juízes a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios (BRASIL, 1988). Neste diálogo atributivo Pacelli (2015), destaca na CF de 1988, em seu artigo 5º, nos incisos XXXVIII e LIII que trazem a garantia do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, e respectivamente, que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

Todavia, frisa-se que as discussões envoltórias relacionadas ao Juiz das Garantias no Brasil, advêm desde o ano de 2009. Para tanto, Silva (2012, p. 64):

O anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal apresentado em 2009 ao Senado trouxe a inovação que mais causou alvoroço na proposta de criação de um novo personagem na cena processual brasileira, o Juiz das Garantias. Essa nova figura surge, nos termos do anteprojeto, como legítimo baluarte do modelo acusatório,

salvaguardando os direitos fundamentais do acusado na investigação criminal.

O Juiz das Garantias surgiu com o compromisso de garantir o “distanciamento do juiz responsável pela decisão de mérito do processo em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão de acusação” (BRASIL, 2009, p. 17).

No escopo deste primeiro Projeto de Lei do Senado que ficou conhecido pelo número 156/09, tinha no seu texto algumas responsabilidades que competia ao Juiz das Garantias o controle da investigação criminal e a salvaguarda dos direitos dos cidadãos.

Aduz Andrade (2009), acerca do Juiz das Garantias na Revista de Informações Legislativas do Senado:

A proposição do Juiz de Garantias é o resultado de uma recente aspiração da doutrina nacional, que busca uma revisão da atuação do juiz na fase de investigação e, por decorrência, também do instituto da prevenção. Em termos simples, a proposta está voltada ao redimensionamento da atividade judicial ao longo da persecução penal primária, pois teria o magistrado competência para atuar como garantidor dos direitos fundamentais do investigado. Em vista disso, a atuação na fase de investigação passaria a ser entendida como um critério de exclusão desse mesmo juiz em relação à futura fase processual, ao invés de ser entendido como um critério de atração, que é o que leva à existência do instituto da prevenção. Como fundamento para essa proposição, afirma-se que “em nenhum momento esse juiz da fase pré-processual poderá ser o mesmo que irá instruir e julgar o processo”, pois “Juiz preventivo é juiz contaminado”.

Dentre as atribuições do Juiz das Garantias neste momento de historicidade estavam as descrições mensuradas por Corrêa (2010, p. 99-100):

- I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do Art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil;
- II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no Art. 555;
- III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença;

IV – ser informado sobre a abertura de qualquer investigação criminal;

V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar;

VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las;

VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa;

VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia e observado o disposto no parágrafo único deste artigo;

IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;

X – requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;

XI – decidir sobre os pedidos de: a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) acesso a informações sigilosas; e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.

XII – julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia;

XIII – determinar a realização de exame médico de sanidade mental, nos termos do art. 452, § 1º;

XIV – arquivar o inquérito policial;

XV – assegurar, prontamente, quando se fizer necessário, o direito de que tratam os Artigos 11 e 37;

XVI – deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;

XVII – outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.

Entretanto, após essa contextualização frisa-se nesta seção as maiores significações a partir da promulgação da Lei nº 13.964/2019 que na ideia de Lopes Junior (2020, p. 26), enfatiza-se que essa legitimação trouxe relevantíssimas alterações na base do processo penal, especialmente “com a recepção expressa da estrutura acusatória (art. 3º-A) e da figura do Juiz das Garantias (arts. 3º-A a 3º-F do CPP), que afeta diretamente a questão da imparcialidade judicial”.

Assim, ao instituir a Lei nº 13.964/2019 delimitou-se a figura no Juiz das Garantias no ordenamento jurídico brasileiro diante de uma percepção que ao longo da historicidade do processo penal no Brasil o juiz assegurou a execução de várias posturas no que concerne as investigações preliminares.

Neste diálogo Oliveira Filho (2020, p. 88), menciona que uma das ideias trazidas pela referida Lei 13.964/2019, quando “criou o Juiz das Garantias, foi a permissão das questões investigativas preliminares no qual possibilitasse a maior amplitude do contraditório e em alguns casos a ampla defesa, permitindo que o inquérito e outros procedimentos fossem guiados a uma ótica mais acusatória”.

Além disso, reacendeu-se com a promulgação da referida lei uma grande discussão acerca dessa figura, visto que sua atuação muda a atual estrutura do judiciário, visto que a funcionalidade fica restringida ao zelo legal no campo investigativo criminal e pela tutela dos direitos e garantias fundamentais.

Ressalta-se que a autoridade do papel do juiz no ordenamento jurídico da lei conhecida popularmente como Pacote Anticrime norteou o Juiz das Garantias como uma ação inovadora, ao determinar que o campo de sua atuação perfaz a fase de investigação e recebimento das acusações conforme determinado no art. 3º-A.

O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase da investigação e a substituição da atuação probatória do órgão da acusação, percebemos aí a importância do Juiz das Garantias para o processo penal, assegurando a distinção entre atos de investigação e atos de prova e, por sua vez, efetivado o direito de ser julgado com base em provas produzida em contraditório judicial (BRASIL, 2019).

Segundo Núñez Novo (2020, on-line), o Juiz das Garantias é o “responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais”. Além disso, o autor enfatiza que no campo de suas competências, cabe ao juiz “decidir

sobre a prisão provisória, sobre o afastamento dos sigilos fiscais, bancários, dados pessoais e telefônicos, procedimentos de busca e apreensão”.

Acrescenta o autor, mensurando que a nova figura do juiz das garantias vai ficar responsável por decisões tomadas durante a investigação. Por exemplo:

- decidir sobre a autorização ou não de escutas, de quebra de sigilo fiscal, de operações de busca e apreensão;
- requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;
- determinar o trancamento do inquérito quando não houver fundamentos suficientes para a investigação;
- julgar alguns tipos de habeas corpus;
- decidir sobre a aceitação de acordos de delação premiada feitos durante a investigação (NÚÑEZ NOVO, 2020, *on line*).

Nesse sentido, entende-se que a práxis dessa funcionalidade consiste na estrita legalidade que assegura a tutela das garantias essenciais para os acusados na primeira fase quando inicia o processo da persecução penal até o momento da exordial acusatória.

Ademais, um ponto a ser destacado se faz em relação à atuação, visto que se o magistrado estiver exercendo a função de Juiz das Garantias, não poderá ser juiz da instrução e julgamento. Segundo Wagner Frozi (2020), é importante observar que na nova lei, toda a fase inicial do trabalho do Juiz das Garantias ao começar pela:

persecução penal (fase investigatória) será fiscalizada e presidida pela referida personalidade, e só se encerrará quando do oferecimento da denúncia ou queixa. Outra interessante alteração trazida pela nova lei é que o juiz da instrução não terá sequer acesso aos autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias, que ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição apenas do Ministério Público e da defesa. Portanto, às partes, Ministério Público e Defesa, fica assegurado o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias. Também, as decisões do juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução, que não só poderá, mas deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias.

Assim, ressalta-se que todas as decisões instituídas pelo Juiz de Garantias não serão vinculadas ao Juiz do Processo, visto que as atividades dirigidas devem obstaculizar o campo das diligências investigativas para seguridade individual que cerceiam o acusado.

6. CONCLUSÃO

Ao chegar à conclusão deste estudo, observa-se a importância de discutir sobre a efetividade da figura do Juiz das Garantias após a legitimação do pacote anticrime, visto que trata-se de uma reforma nova instituída praticamente em um momento no qual o país enfrenta uma pandemia sanitária.

Para tanto, algumas reflexões devem ser sistematizadas para nortear futuras discussões com os resultados apresentados na pesquisa, assim, delinea-se 03 (três) pontos a serem destacadas nesta conclusão, sendo imprescindível frisar que:

- primeiro, a importância real da fundamentação legislativa no ordenamento jurídico quanto a necessidade das atribuições internas ao ser criada a figura do Juiz das Garantias em tempos contemporâneos que ocorre o impulsionamento tecnológico;
- segundo, ao analisar o formato brasileiro com os modelos mencionados dos países da Alemanha, França e Estados Unidos, visto que especificamente as figuras recebiam nomes diferenciados, porém com atribuições norteadas legalmente. Na Alemanha é concebido o Juiz de Investigação (*Ermittlungsrichter*), na França o Juiz das Liberdades e nos Estados Unidos a instituição do *Grand Jury*. Observa-se que nos países existem delimitações, o que configura a importância de legitimação maiores para evitar problemas nos aportes decisórios quanto às atribuições da elencada figura do Juiz das Garantias;
- terceiro, vale ressaltar que mesmo sendo essencial a criação de discussões para definir quanto a figura do Juiz das Garantias no Brasil, percebeu-se um avançar no processo evolutivo em pensar em sua atuação no judiciário, mesmo estando suspensa a decisão do STF em dar continuidade e validade para o campo funcional.

Por certo, ainda ocorrerão muitos debates sobre o Juiz das Garantias no ordenamento brasileiro por estudantes, professores e profissionais do campo do Direito, em decorrência da essencialidade de mudanças no Código de Processo Penal que realiza alterações em tratativas para viabilizar a efetividade e a celeridade ao empregar nas questões processuais sob o olhar do Juiz das Garantias no território brasileiro.

Entretanto, a referida temática envolve um debruçar por parte dos profissionais do Direito em realizar aparatos discursivos conjuntamente com a sociedade para realizar um diálogo para que o cidadão compreenda esse campo de atuação jurídica, pois, ao ser criada a funcionalidade do Juiz das Garantias a intencionalidade principal foi aperfeiçoar o sistema

acusatório diferentemente do juiz que vai desde a primeira jurisdição, inquérito e condenação.

Além de acrescentar em seu campo de atuação a responsabilidade legal da investigação criminal que busca pela salvaguarda dos direitos individuais por meio de um controle da legalidade ao decidir pelo recebimento ou não de uma denúncia ou até mesmo pela absolvição ou não do réu.

Ademais, todo o poder decisório do Juiz das Garantias perfaz a compreensão de todos os crimes, com exceção das infrações penais de menor potencial de ofensa, delitos, contravenções com pena igual ou inferior a 02 (dois) anos.

Por fim, parafraseando uma fala de Benigno Núñez Novo, a instituição da figura do Juiz das Garantias, traz uma medida de grande significado para o país, principalmente pela importância de constituir um Código Penal em consonância com a realidade contemporânea da sociedade, derrubando, desta maneira, um documento fascista ou ditador.

Assim, um novo documento atualizado para consubstanciar a área penal deve ser realizado e discutido no país, pois o perfil do indivíduo mudou diante da ascensão tecnológica que otimizou inúmeras ações sociais, não podendo desta maneira que os aparatos do ordenamento jurídico fiquem obsoletos e sem acompanhar a celeridade que se faz primordial para delimitar o direito do cidadão em sua dignidade e deveres.

Para tanto, o delineamento atributivo do Juiz das Garantias tem em sua prática a possibilidade de diminuição de um quadro existencial de inúmeros processos que deveriam ser tramitados e evitar as vezes o cumprimento até mesmo de sujeitos que não cometeram nenhum crime, ou que necessitam de uma revisão.

Entretanto, em um país como o Brasil, muitas ações que poderiam melhorar a efetividade não são bem recebidas, e algumas vezes são suspensas, como foi o caso da legitimação do Juiz das Garantias em que as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 6298, 6299, 6230 e 6305 suspenderam a eficácia dos dispositivos regulamentadores desta função por meio do relato do Ministro Luiz Fux.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. Curitiba: Juruá, 2011.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Revista de Informação Legislativa**. Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas de Brasília, n. 183, jul./set., 2009.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70. 2011.

BRASIL. **Código de Processo**. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de fevereiro de 1941. Penal. Brasília. 1941.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília, 1988.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. **Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a Legislação Penal e Processual Penal. Brasília, 2019.

BRITO, Alexis Couto de. FABRETTI, Humberto Barrionuevo. LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

CHOUKR, Fauzi Hassan. O juiz das garantias na reforma do Código de Processo Penal. *Processo Penal, Constituição e crítica: estudos em homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

CORRÊA, Hélcio. "Juiz das Garantias": inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIV, n. 51, p. 98-105, out./dez. 2010

CUNHA, Rômulo Serrão. Uma Análise Sobre As Controvérsias Do "Juiz Das Garantias" No Pacote Anticrime – Lei nº 13.964/2019. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/uma-analise-sobre-as-controversias-do-juiz-das-garantias-no-pacote-anticrime-lei-no-13-964-2019/>. Acesso em 25 de jun. 2021.

DERVIEUX, Valérie. O sistema francês. In: MIREILLE, Delmas-Marty (Org.). **Processo Penais da Europa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

FROZI, Wagner de Andrade. Das Alterações trazidas pela Lei nº 13.964/19 – Lei do Pacote Anticrime- ao Código de Processo Penal Brasileiro. **Jusbrasil**, 2020.

GARCETE, Carlos Alberto. **Criação do Juiz de Garantias não aumenta despesas nem carga de trabalho**. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-17/carlos-garcete-criacao-juiz-garantias-nao-aumenta-despesas>. Acesso em: 23 de abr. 2021.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Juiz de garantias: um nascituro estigmatizado**. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. (Org.). **70 Anos de código de processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

LIMA, Fernando Antônio Tavernard. Breve Comparativo entre o Juiz da Investigação (Alemanha) e o Juiz "das Garantias" (Brasil). **Revista de Doutrina Jurídica**, Brasília, p. 226-249, jan./jun., 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal**. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. **A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. **Revista Duc In Auto Cadernos de Direito**, v. 8, n. 16, set./dez. 2016.

MATA, Isabella Cristina Almeida da. Evolução História do Direito Processual Penal. **BIC**, Belo Horizonte, v. 2, n. 1, p. 1-9, 2015.

MILLER, Marcelo. **Juiz das garantias é avanço e pode fortalecer cultura de imparcialidade**. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/marcello-miller-juiz-garantias-fortalece-cultura-imparcialidade>. Acesso em: 22 de mar. 2021.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NÚÑEZ NOVO, Benigno. Juiz de garantias: qual o problema?2020. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11454/Juiz-de-garantias-qual-o-problema>. Acesso em: 02 de mar. 2021.

NÚÑEZ NOVO, Benigno. As mudanças na legislação penal e processual penal com o pacote anticrime. 2020. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11475/As-mudancas-na-legislacao-penal-e-processual-penal-com-o-pacote-anticrime>. Acesso em: 17 de set. 2021.

OLIVEIRA FILHO, Enio Walcácer. **Elementos do processo penal**. Palmas. 2020.

ORTIZ, Maria Isabel Valldecabres. **Imparcialidad del juez y medios de comunicación**. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2004.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. ver. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

PEREIRA, Jeferson Botelho. **Evolução Histórica do Processo Penal no Brasil:** importantes polos metodológicos na concretização da justiça. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/36133/evolucao-historica-do-processo-penal-no-brasil-importantes-polos-metodologicos-na-contretizacao-da-justica>. Acesso em 10 de abr. 2021.

PRODANOV, Cleber Cristiano. FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do trabalho científico:** Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo - Rio Grande do Sul: 2013.

SANTOS, Ítalo Demarchi dos. **A história do processo penal.** 2010. Disponível em: <https://phmp.com.br/a-historia-do-processo-penal/>. Acesso em 10 de abr. 2021.

SILVA, Evander de Oliveira Silva. **Desenvolvimento Histórico do Processo Penal no Brasil e no Mundo.** 2016. Disponível em: <https://evanderoliveira.jusbrasil.com.br/artigos/152036148/desenvolvimento-historico-do-processo-penal-no-brasil-e-no-mundo>. Acesso em 15 de abr. 2021.

SILVA, Larissa Marila Serrano da. **A Construção do Juiz das Garantias no Brasil:** a superação da tradição Inquisitória. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2012.

SOUZA, Artur César. **A parcialidade positiva do juiz e o justo processo penal:** nova leitura do princípio da imparcialidade do juiz em face do paradigma da racionalidade do outro. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná - PPGD-UFPR. Curitiba, 2005.

SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, volume I. 32. Ed. São Paulo: Saraiva 2010.

ZANELLA, Liane Carly Hermes. **Metodologia de pesquisa.** 2. ed. reimp. – Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC, 2013.

CRIME INFORMÁTICO CONTRA A HONRA: DIFAMAÇÃO NAS MÍDIAS SOCIAIS

WALESCA CLOTILDE DE OLIVEIRA RAMOS:

Graduanda do Curso de Direito do Centro
Universitário FAMETRO.

RESUMO: Com a evolução comportamental da sociedade motivada pelo progresso da tecnologia, democratização da informação e o acesso facilitado às mídias sociais, o sistema judiciário brasileiro viu a necessidade atualização normativa no sentido de tipificar condutas vista como criminosas cometidos no ambiente virtual. No Brasil tem sido crescente o número de vítimas das práticas criminosas nesse ambiente virtual, cabendo, portanto, apenas o Marco Civil e a Lei nº 12.737/12, disciplinarem litígios virtuais, o que praticamente está sendo ineficaz quando visa dirimir demandas relacionados ao mau uso da internet em particular os cibercrimes. A presente pesquisa, com observação sistemática abrangendo bibliografia de fontes primárias e secundárias, tem por finalidade analisar de uma forma aprofundada o tema verificando a hipótese de que em caso de crime de difamação é cabível a ação penal privada, materializada pela queixa crime por difamação com fundamentação jurídica nos artigos 100, § 2º e 139, ambos do Código Penal combinados com a lei nº 12.737/2012 que dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos. Desta forma, a revisão tem como o objetivo verificar a partir da abordagem jurídica e doutrinária a caracterização dos crimes informáticos contra a honra praticados nas mídias sociais, bem como o apontamento da ação cabível e a fundamentação jurídicas em casos de difamação.

PALAVRAS-CHAVE: Crime informático. Crime contra honra. Mídias sociais.

ABSTRACT: With the behavioral evolution of society motivated by the progress of technology, democratization of information and easier access to social media, the Brazilian judiciary system saw the need for a normative update in order to typify conduct seen as criminal committed in the virtual environment. In Brazil, the number of victims of criminal practices in this virtual environment has been increasing, and only the Marco Civil and Law No. 12.737/12 are responsible for disciplining virtual litigation, which is practically ineffective when it seeks to settle claims related to misuse of the internet in particular cybercrime. The present research, with systematic observation covering bibliography of primary and secondary sources, aims to analyze in depth the theme verifying the hypothesis that in case of defamation crime, private criminal action is appropriate, materialized by criminal defamation complaint with legal basis in Articles 100, § 2 and 139, both of the Penal Code combined with Law No. 12,737/2012, which provides for the

criminal classification of computer offenses. Thus, the review aims to verify, from the legal and doctrinal approach, the characterization of computer crimes against honor committed in social media, as well as the appropriate action and legal basis in defamation cases.

KEYWORDS: Computer crime. Crime against honor. Social media.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Desenvolvimento; 2.1 Crime Informático; 2.1.1 Conceito jurídico; 2.2 Crime Contra A Honra; 2.3 Difamação Nas Mídias Sociais; 2.4 Ação Cabível e Base Jurídica Fundamental; 2.4.1 Do Cabimento; 2.4.2 Da Legitimidade; 2.4.3 Da Competência; 2.4.4 Do Prazo; 2.4.5 Da Tese e do pedido; 3 Conclusão; 4 Referências.

1 INTRODUÇÃO

É notório que o advento da Internet promoveu uma revolução no comportamento da sociedade. Um novo modo de interação, com uso de novas tecnologias, tem beneficiado diversos setores econômicos, sociais e culturais, além de possibilitar uma conexão mais estreita entre usuários de diferentes regiões e compartilhar informações e interação com absoluta rapidez e eficiência. É inegável que a citada "revolução" trouxe avanços e ganhos à sociedade em geral para que países como o Brasil possam se integrar ao mundo globalizado de diferentes maneiras.

Desde então, a internet vem progressivamente se incorporando a tudo e transformando uma série de relações que são construídas a partir das plataformas de comunicação. Contudo o acesso irrestrito as mídias sociais tem cada vez mais recorrente práticas de condutas criminosas envolvidos neste espaço virtual. Entre os crimes mais comuns cometidos neste ambiente cibernético é a difamação.

Diante do cenário apresentado, é imprescindível uma reflexão sobre a regulamentação penal no que diz respeito ao desenvolvimento das tecnologias de informação, uma vez que é razoável reconhecer que o crime virtual, como o crime tradicional, pode ocorrer e ocorrer de diferentes formas a qualquer hora e em qualquer lugar, da mesma forma que surgiram novos modos de interação entre os usuários e assim novos métodos criminosos nasceram em proporção semelhante.

A análise do contexto que envolve o processo de criação de leis penais que disciplinam temas que envolvem tecnologia da informação, deve ser realizada com extrema cautela, principalmente no que se refere à finalidade e eficácia do arcabouço jurídico. Com a evolução comportamental da sociedade motivada pelo progresso da tecnologia, democratização da informação e o acesso facilitado às mídias sociais, o sistema judiciário brasileiro viu a necessidade atualização normativa no sentido de tipificar condutas vista como criminosas cometidos no ambiente virtual.

No Brasil, apenas o Marco Civil e a Lei nº 12.737 / 12 são responsáveis pela resolução de demandas virtuais, o que é praticamente insuficiente no que se refere à resolução de conflitos relacionados ao abuso da Internet, especialmente o cibercrime, mas o impacto tem a lei criminal conforme acrescentam os artigos 154-A e 154-B ao Código Penal Brasileiro além de ter alterado a redação dos artigos 266 e 298.

Assim surge o problema jurídico, qual seja identificar no ordenamento jurídico pátrio ação cabível e o fundamento jurídico aplicado em casos de crime de difamação nas mídias sociais, a partir dos pressupostos teóricos que sustentam a pesquisa, o estudo persegue a hipótese de que em caso de crime de difamação é cabível a ação penal priva e se formaliza pela a queixa crime por difamação com fundamentação jurídica nos artigos 100, § 2º e 139, ambos do Código Penal combinado com a lei nº 12.737/2012 que dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos.

O arcabouço jurídico que atende as adequações do direito nas demandas que tratam da segurança no ambiente virtual tem demonstrado lacunas. Nesse sentido, o estudo visa investigar a questão, de forma a indicar qual a ação cabível e os fundamentos jurídicos que se aplicam nos casos de crime de difamação nas redes sociais, bem como dar lugar ao pleno conhecimento e esclarecimento de dúvidas a respeito do assunto.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 CRIME INFORMÁTICO

Com o crescimento e a expansão da transformação digital, a expressão invadiu todos os cantos da internet como nunca antes, mas esse comportamento nem sempre é saudável. A ideia de que a liberdade de expressão como direito constitucional é absoluta é errada justamente quando a conduta vai além do tolerável e se torna crime contra a honra.

Espalhar ódio no ambiente virtual também se enquadra, como abuso do exercício do direito de expressão visto que seu alcance é ilimitado, no mesmo sentido, nessa mesma direção, Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli interpretam:

Os Estados têm o dever de proibir toda propaganda pró-guerra, bem como qualquer defesa do ódio nacional, racial ou religioso que constitua um incentivo à descriminalização, hostilidade, crime ou violência.

[...] a convenção procurou suprimir qualquer propaganda (de guerra) ou pedido de desculpas (por ódio nacional, racial ou religioso) que

incitasse a descriminalização, hostilidade, crime ou violência. (GOMES, 2010, pg. 159)

O direito cibernético é defendido como ramo autônomo no sistema jurídico, para Pinheiro (2010): “A adaptabilidade do direito determina a própria segurança do ordenamento, no sentido de proporcionar a ordem do sistema jurídico por meio da ação legítima do poder, capaz de produzir normas válidas e eficazes. Logo, segundo as leis brasileiras, são muitos os atos lesivos que atacam a ordem jurídica e ameaçam a reputação do sistema gerando graves danos emocionais à vítima e desordem social, vejamos.

2.1.1 Conceito jurídico

A definição cunhada pela Organização a Cooperação e Desenvolvimento Econômico das Nações Unidas “que crime informático é toda conduta ilegal não ética, ou reprovada pela sociedade, que envolva processamento automático de conteúdo e/ou transmissão de dados” está alinhada com o entendimento doutrina penal predominante e as decisões exarada nos tribunais criminais brasileiros, ou seja, que crime informático é um ato típico, antijurídico e culposo cometido contra ou pela utilização de processamento automático de conteúdo ou sua transmissão.

Para FELICIANO (2000, p. 42), a criminalidade cibernética possui a seguinte definição:

“Criminalidade cibernética é o fenômeno histórico-sócio-cultural configurado pela elevada incidência de condutas penais (delitos, crimes e contravenções) que têm por objeto material ou meio de execução os instrumentos informáticos (hardware, software, redes, etc.)”

Restritivamente, a penalista Ivete Senise Ferreira (2000, p. 211) explica que “o conceito de ação abrange qualquer comportamento humano, positivo ou omissivo, desde que seja típico, ou seja, corresponda ao modelo previsto na lei como crime, com a respectiva penalidade”.

Considerado a definição acima proposta, pode-se afirmar que as condutas não previstas em lei, bem como as formuladas sem observar o devido processo legislativo, não podem ser consideradas crime.

É a primazia dos princípios da reserva legal e da legalidade consagrados na Carta Magna de 1988, art. 5º, XXXIX: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Com precisão, Marco Antônio Marques da Silva (2001, p. 5) ensina que: “O princípio da legalidade ou reserva legal representa uma limitação efetiva do poder penal do Estado e, se impede o surgimento de tipos criminosos, a falta de procedimento legislativo adequado é também uma limitação do poder regulatório do Estado”.

No estado constitucional democrático, o princípio da legalidade é uma consequência direta do estabelecimento da dignidade da pessoa humana, uma vez que remonta o anseio social de ter-se assegurado o direito de proteção e de desenvolvimento daqueles que o tem como referência”.

O princípio supra mencionado está ratificado na legislação infraconstitucional. Este princípio insere-se numa concepção minimalista do Direito Penal do Equilíbrio – da ordem social – que indica que o direito deve ser equilibrado e não sujeito a extremos para não prejudicar a seriedade e eficácia da aplicação do direito penal.

Com o mesmo entendimento Rogério Greco diz expressa sua visão da seguinte maneira: “Numa abordagem comparativa, é razoável afirmar que o princípio da legalidade ocupa lugar de destaque em uma formatação minimalista, voltada para o Direito Penal do Equilíbrio”. (GRECO, 2005, pg. 141).

Para apurar as irregularidades no ciberespaço é preciso antes formular normas que possam coibir tais condutas ilícitas, sobretudo impondo sanções para aqueles que as praticam, pois de acordo com a expressão do artigo 1º do Código Penal Brasileiro, não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”

2.2 CRIME CONTRA A HONRA

Honra é o conjunto de qualidades de uma pessoa que faz com que a sociedade o aceite e lhe dê autoestima. Como nos traz o artigo 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão:

Artigo 11º - A livre comunicação dos pensamentos e opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem: todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, embora deva responder pelo abuso dessa liberdade nos casos determinados pela lei.

É notório que o mundo virtual é um lugar para o debate dos mais diversos tipos de pontos de vistas a respeito de determinado assunto, porém, cabe a cada cidadão se responsabilizar pelas suas opiniões.

O ser humano tem Direito a liberdade de expressão e opinião também consagrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos que em seu artigo XIX, diz que:

“Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.”

A liberdade de expressão, entretanto, não é um direito absoluto, as pessoas têm o direito de expressar seus pensamentos, mas se falam hostilmente ou lutam contra a lei, devem aceitar o resultado de seu ato.

A fama da pessoa é sua imagem perante a sociedade, sua autoestima, e cujo insulto causa dor psicológica, um choque moral, acompanhado de ações que repelem o agressor. É dividido em honra objetiva e honra subjetiva.

No entanto, tal diferenciação é infundada, seja porque a lei não faz distinção detalhada, seja porque a honra engloba sentimentos de dignidade objetivos e subjetivos. O que também deve ser protegido no direito penal é o pretexto de uma deferência inerente à própria personalidade, razão pela qual a separação é artificial e desnecessária.

Como bem observa Heleno Cláudio Fragoso (p. 129-130), “essa distinção esquemática não existe, porque em quaisquer dos crimes contra a honra o que se atinge, em suma, é pretensão ao respeito, interpenetrando-se os aspectos sentimentais e ético-sociais da honra”.

No mesmo sentido, Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 281) afirma a seguinte interpretação: “não nos parece adequado nem dogmaticamente acertado distinguir honra objetiva e subjetiva, o que não passa de adjetivação limitada, imprecisa e superficial, na medida em que não atinge a essência do bem juridicamente protegido”.

Na Constituição Federal no título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais capítulo I Dos Direitos e Deveres Individuais e coletivos, traz a honra como direito fundamental.

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.

A honra objetiva é a imagem que o indivíduo possui perante a sociedade; é sua reputação social, ou seja, honra em sentido estrito. Mostra como somos vistos moral e profissionalmente.

A honra subjetiva, por outro lado, refere-se a sentimentos pessoais sobre qualidades físicas, intelectuais e sociais que são essenciais para a vida em sociedade, como boa moral, decência e honestidade.

Os crimes contra a honra são subdivididos no código penal em calúnia, difamação e injúria e estão elencados nos artigos 138, 139 e 140. É importante que seja feita a distinção entre as subdivisões desses crimes para então prosseguir o objeto do estudo – o tipo difamação.

A calúnia e a difamação são crimes contra a honra objetiva, ou seja, que atingem a reputação do indivíduo perante a sociedade. Já a injúria afeta a honra subjetiva – em outras palavras, o sentimento de respeito pessoal.

Nesta seção, você vai entender como ocorre cada um destes três crimes.

O crime de calúnia está previsto no artigo 138 do Código Penal, e consiste em atribuir falsamente a alguém a autoria de um crime. Para que se configure o crime de calúnia, é preciso que seja narrado publicamente um fato criminoso.

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º - É punível a calúnia contra os mortos.

Prevista no artigo 139 do Código Penal, a difamação consiste em imputar a alguém um fato ofensivo a sua reputação, embora o fato não constitua crime, como ocorre com a calúnia – ou seja, tirar a boa fama ou o crédito, desacreditar publicamente atribuindo a alguém um fato específico negativo, para ocorrer o crime de difamação o fato atribuído não pode ser considerado crime.

Destarte, a injúria, previsto no artigo 140 do Código Penal, é um atentado à autoestima da vítima, é uma ofensa à dignidade, é uma sentença depreciativa capaz de ofender a vítima e o que ela pensa dela.

Art. 140 – Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I – quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II – no caso de extorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena - reclusão de um a três anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997)

III - na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.

IV – contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou portadora de deficiência, exceto no caso de injúria. (Incluído pela Lei nº 10.741, de 2003).

Parágrafo único - Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro.

É importante observar que a difamação ou difamação exige que o fato chegue aos ouvidos de um terceiro. Porque se apenas a vítima sabe disso, então é um ferimento.

2.3 DIFAMAÇÃO NAS MÍDIAS SOCIAIS

A palavra mídia refere-se a qualquer instrumento ou meio de comunicação social. São instrumentos que permitem a criação e o intercâmbio de conteúdo, muitos dos quais gerados pelos próprios usuários. Mídias Sociais são definidas como tecnologias e práticas on-line usadas por pessoas ou empresas para disseminar conteúdo, provocando o compartilhamento de opiniões, ideias, experiências e perspectivas. Seus diversos formatos, atualmente podem englobar textos, imagens, áudio e vídeo, conceito de FONTURA (2021).

Publicações com conteúdo ofensivo nas mídias sociais são cada vez mais frequentes. O aumento das pessoas que utilizam a internet seja para entretenimento ou para trabalho está cada vez maior, acabando por se tornar uma forma indispensável de comunicação, pela facilidade e agilidade em que as informações são trocadas.

As situações de ofensa a uma pessoa, como a difamação em redes sociais, estão inclusas no que conhecemos como crimes contra a honra. Em caso muito similar, proveniente da Corte Suprema, os Ministros concluíram no sentido de que "(...) A Constituição da República não protege nem ampara opiniões, escritos ou palavras cuja exteriorização ou divulgação configure hipótese de ilicitude penal, tal como sucede nas situações que caracterizem crimes contra a honra (calúnia, difamação e/ou injúria), pois a liberdade de expressão não traduz franquia constitucional que autorize o exercício abusivo desse direito fundamental (...)".

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO – QUEIXA-CRIME – CONDENAÇÃO PENAL IMPOSTA A JORNALISTA – DELITO DE INJÚRIA (CP, ART. 140) – RECONHECIMENTO, NO CASO, PELO COLÉGIO RECURSAL, DA OCORRÊNCIA DE ABUSO NO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE OPINIÃO – DECISÃO DO COLÉGIO RECURAL QUE SE APOIOU, PARA TANTO, EM ELEMENTOS DE PROVA (INCLUSIVE NO QUE CONCERNE À AUTORIA DO FATO DEITUOSO) PRODUZIDOS NO PROCESSO PENAL

DE CONHECIMENTO – PRETENDIDA REVISÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO DEPENDENTE DE EXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA, INSUSCETÍVEL DE ANÁLISE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO (SÚMULA 279/STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – O direito à livre manifestação do pensamento, embora reconhecido e assegurado em sede constitucional, não se reveste de caráter absoluto nem ilimitado, expondo-se, por isso mesmo, às restrições que emergem do próprio texto da Constituição, destacando-se, entre essas, aquela que consagra a intangibilidade do patrimônio moral de terceiros, que compreende a preservação do direito à honra e o respeito à integridade da reputação pessoal. – A Constituição da República não protege nem ampara opiniões, escritos ou palavras cuja exteriorização ou divulgação configure hipótese de ilicitude penal, tal como sucede nas situações que caracterizem crimes contra a honra (calúnia, difamação e/ou injúria), pois a liberdade de expressão não traduz franquia constitucional que autorize o exercício abusivo desse direito fundamental. Doutrina. Precedentes. – O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o apelo extremo, deve fazê-lo com estrita observância do conjunto probatório e da situação fática, tais como reconhecidos, soberanamente (RTJ 152/612 – RTJ 153/1019 – RTJ 158/693, v.g.), inclusive quanto à autoria do fato delituoso, pelo órgão judiciário “a quo”, a significar que o quadro fático probatório pautará, delimitando-a, a atividade jurisdicional da Corte Suprema em sede recursal extraordinária. Precedentes. Súmula 279/STF. (STF – ARE 891647 - Órgão julgador: Segunda Turma - Relator(a): Min. CELSO DE MELLO - Julgamento: 15/09/2015 - Publicação: 21/09/2015) (grifo nosso).

Destaca-se, ainda, a título de paradigma, trecho da sentença exarada nos autos de uma queixa-crime semelhante à demanda em tela (Processo nº. 0002138-86.2014.8.15.0411, proveniente da Comarca de Alhandra):

(...) Conforme os autos, em relevância à mídia de fls. 63, o querelado disse que o Prefeito era “idiota”, “ladrão”, “ditador”, “frouxo”, “covarde”, prefeito desmoralizado”, “despreparado”, “inoperante”, “incompetente”, “perseguidor” e “covarde” (...) A liberdade de expressão é direito fundamental, mas passível de ser restringida por

outros direitos de mesma importância igualmente consagrados na Constituição Federal. A privacidade, a qual engloba a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, é também protegida pelo art. 5º, inciso X, da CF. No presente caso, entendo que houve evidente excesso na manifestação do querelado, em programa de rádio que não só abrange esta cidade, mas regiões na circunscrição. Conforme a mídia às fls. 19, nítido que as palavras proferidas pelo querelado excederam o seu direito de livre liberdade de opinião, vindo a desrespeitar e denegrir a imagem do autor (...).

Com isso, as demandas da vida cotidiana são levadas ao mundo virtual. Tal aumento se deve ao fato de as pessoas acharem que o uso da internet é anônimo e tais condutas não são crimes, pela falsa sensação de segurança e confiança que o ambiente virtual traz.

Nesse sentido ensina CASSANTI (2014, p. 23):

O maior incentivo aos crimes virtuais é dado pela falsa sensação de que o meio digital é um ambiente sem leis, mas é importante saber que quando o computador é uma ferramenta para a prática dos delitos, suscita a possibilidade de se amoldar aos tipos penais já existentes.

Uma conduta crescente nas mídias sociais é conhecida como “perfil fake”, que o agente faz uso não autorizado de imagem de terceiros, com a finalidade de atacar a honra e a imagem destes. Sobre essa prática, leciona CASSANTI (2014, p. 37), grifo do autor: essa prática pode levar ao crime de falsa identidade para obter vantagens, para si ou para outrem, ou para fazer mal a outrem. Além disso, podem ser aplicadas as consequências do direito civil, em que o lesado pode reclamar a indenização pelos danos imateriais causados.

Todos os dias pessoas são ofendidas nas plataformas de interação social e é cada vez mais frequente o ingresso de ações judiciais envolvendo crimes contra a honra praticados em mídias digitais. As redes sociais e aplicativos de mensagens tornam-se terreno fértil para as pessoas extrapolarem os limites de urbanidade e respeito. O imediatismo das redes sociais suprime a presença física das pessoas e os comentários tornam-se imediatamente visíveis a todos os integrantes dessas redes sociais.

De acordo com INELLAS (2009, p. 73) “a difamação e quando alguém imputa a outro uma má fama, algo mentiroso prejudicando a reputação, é quando se xinga uma pessoa a ofendendo usando palavras ardis, prejudicando a pessoa de tal forma que a impugne maus relacionamentos com o próximo e de acordo com o Código”.

Contudo que o crime de difamação se configure na internet é exigido o dolo. Ou seja, a livre e consciente vontade de imputar, de qualquer forma que seja, escrita, gestual ou oral, fato desonroso a alguém, sendo esse fato verdadeiro ou não.

APELAÇÃO. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. QUEIXA- CRIME NARRA QUE O QUERELADO TERIA PRATICADO OS CRIMES DE INJÚRIA E DIFAMAÇÃO QUANDO DA PUBLICAÇÃO DE TEXTO DEPRECIATIVO NA INTERNET. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA RECURSAL DO QUERELANTE. CRIMES QUE TERIAM SIDO PRATICADOS NO MESMO CONTEXTO FÁTICO. ABSORÇÃO DO CRIME DE INJÚRIA. AUSÊNCIA DE PROVA DO DOLO DO QUERELANTE. TEXTO RELACIONADO A QUESTÕES POLÍTICAS DE CLUBE DE FUTEBOL. DIREITO A CRÍTICA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. APLICABILIDADE DO ART. 82, § 5º DA LEI Nº 9099/95. Recurso desprovido. decidem os Juízes integrantes da 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, conhecer e negar provimento ao recurso, nos exatos termos deste vot (TJPR - 1ª Turma Recursal - 0003902-88.2014.8.16.0182/0 - Curitiba - Rel.: Leo Henrique Furtado Araújo - - J. 21.09.2016)

O caso supra citado, trata-se de Apelação Criminal interposta em face de sentença que julgou improcedente a queixa-crime apresentada pelo ora Apelante, sob fundamento de inexistirem provas do dolo do querelado.

2.4 AÇÃO CABÍVEL E BASE JURÍDICA FUNDAMENTAL

Como regra geral, os crimes contra a honra dependem da denúncia, nome dado à petição inicial proposta pelo indivíduo, nos casos de ação penal privada, a ser praticada pela vítima, ainda que seja praticada em ambiente virtual.

2.4.1 Do cabimento

Na esfera penal, aplica-se a regra de que o julgamento é público, iniciado por denúncia do Ministério Público. No entanto, há casos em que o legislador entende que a instauração do procedimento pode prejudicar ainda mais o autor da infração, conferindo-

lhe o direito de propor ou não a ação à vontade. Eles devem ser denunciados em uma delegacia de polícia próxima à residência da vítima ou em uma delegacia especializada em crimes de informática.

2.4.2 Da legitimidade

Ao autor da ação compete exercer o direito de queixa, buscando a condenação do réu, e juntamente, ou pós a condenação, pleitear a recomposição do dano. A ação penal privada será promovida pela vítima ou por quem tenha qualidade legal para representar a vítima, conforme Art. 100, § 4º do Código Penal:

Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

(...)

§ 4º - No caso de morte do ofendido ou de ter sido declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. (BRASIL, 2015)

Porém, se o ofendido for legalmente incapaz e não tiver representante legal ou se seus interesses forem conflitantes com os do primeiro, o direito de recurso é exercido por curador especial designado pelo juiz (art. 33 CPP). Sendo o legitimado ativo pessoa pobre (que não possa prover as despesas do processo sem privar-se dos recursos indispensáveis ao sustento próprio ou de sua família) poderá requerer ao juiz a nomeação de advogado para a propositura da ação (artigo 32, CPP).

Se a vítima for pessoa jurídica, deve ser representada por quem o respectivo contrato ou estatuto designar ou, no silêncio destes, por seus diretores ou sócios-gerentes (artigo 37, CPP).

2.4.3 Da competência

Como petição inicial que é a queixa-crime só pode ser oferecida ao Juiz competente para o processo e julgamento da causa. No caso de infração de menor potencial ofensivo, a queixa-crime deverá ser feita oralmente ou por escrito, perante o Juiz do juizado especial criminal, cumprindo assim as condições do artigo 61 da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), que ora transcrevemos: Art. 61 – Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções

penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

2.4.4 Do prazo

Em regra, o direito de queixa decairá se não for exercido no prazo de seis meses, contados, no caso da ação privada propriamente dita, da data em que o legitimado ativo veio a conhecer a autoria do fato e, no caso de ação privada subsidiária da pública, do fim do prazo concedido ao Ministério Público para oferecer a ação (artigos 103 do CP e 38 do CPP).

Quanto ao crime de induzimento a erro essencial ou ocultação de impedimento para o casamento (artigo 236 do CP), o prazo de seis meses só se inicia quando transitar em julgado a sentença que anulou o casamento na esfera civil.

2.4.5 Da tese e do pedido

O conteúdo da queixa-crime vem determinado no artigo 41 do CPP, e é o seguinte: exposição do fato criminoso, classificação do crime, qualificação do acusado e, se necessário, rol de testemunhas.

De fato, incumbe ao querelante, na petição inicial, demonstrar a materialidade e autoria do delito que pretende imputar ao querelado, requerendo, ao final, após regular citação e processo, a condenação do mesmo. É este também o momento oportuno para a acusação arrolar testemunhas que deseja serem ouvidas.

3 CONCLUSÃO

No curso deste trabalho, inicialmente demonstramos o avanço da tecnologia e o acesso facilitado às mídias sociais, apontando no sistema judiciário brasileiro a necessidade de tipificar crimes cometidos no ambiente virtual.

Para isso, foram realizadas diversas pesquisas bibliográficas, com o objetivo de verificar a partir de abordagem jurídica e doutrinária a caracterização dos crimes informáticos contra a honra praticados nas mídias sociais, bem como o apontamento da ação cabível e a fundamentação jurídicas em casos de difamação.

Em seguida, foi introduzido o conceito de cibercrime no campo jurídico e, com o objetivo de contextualizá-lo adequadamente, procedeu-se à análise à luz do desenvolvimento das tecnologias de informação, destacando-se as evidências da

problemática jurídica, abordagem adequada no âmbito Nacional alcance. sistema jurídico e as bases legais aplicadas nos casos de crimes de difamação nas redes sociais.

A partir dos pressupostos teóricos que sustentaram a pesquisa, a resposta hipotética se confirmou – em caso de crime de difamação ação cabível é a penal privada e se formaliza pela a queixa crime por difamação com fundamentação jurídica nos artigos 100, § 2º e 139, ambos do Código Penal combinado com a lei nº 12.737/2012 que dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos.

Apesar das críticas quanto a demora da aprovação das leis brasileiras que definiram os critérios e as novas tipificações dos crimes cibernéticos, sabemos que a tarefa não é fácil e que estas entraram em vigor com alguns defeitos, contudo, não podemos deixar de melhorá-las, pois estamos desamparados e dependemos de analogia e arremedos por parte do judiciário.

O universo virtual é uma realidade que necessitamos interpretar e ajustarmos as legislações para adaptarmos a essa realidade. Os conflitos neste novo cenário já se fazem presentes e possuem características inimaginada em nossa realidade pretérita.

Alguns dos paradigmas do nosso mundo “concreto” não são aplicáveis, ou o são de maneira ineficaz no caso concreto. De todo modo a lei está posta, e cabe aos operadores jurídicos sua interpretação e aplicação, nesse passo, esperamos que as linhas aqui traçadas possam lançar alguma luz sobre o tema.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, v.2. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Brasília: Senado Federal. In: Vade Mecum. 27ª ed. Editora Rideel, 2018.

_____. Lei n. 2.848, de 07 de dezembro 1940. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 28 mai. 2021.

_____. Lei n. 12.737, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso em: 28 de mai. 2021.

_____. Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995. Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Disponível em Acesso em 28 abr. 2021.

_____.LEI No 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973. Código de Processo Civil. Disponível em Acesso em 28 mai. 2021.

COSTA, Álvaro Mayrink, CRIME INFORMÁTICO: REVISTA DA EMERJ, V.7, N.28, 2004.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Informática e Criminalidade: parte I: Lineamentos e Definições**. Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, São Paulo, v. 13, n. 2, 2000.

FERREIRA, Ivete Senise. A criminalidade informática. Direito & Internet, Aspectos Jurídicos Relevantes, obra coordenada por Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho. Bauru, ed. Edipro, 2000.

FONTURA, Wagner. <http://www.boombust.com.br/a-hora-e-a-vez-das-midias-sociais/conceitoMS>. Acessado em 28 de maio em 2021.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal - Parte Geral. Forense. ed 16, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: pacto de San José da Costa Rica** / Luiz Flávio Gomes, Valério de Oliveira Mazzuoli. – 3. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio – Uma Visão minimalista do direito penal** / Rogério Greco. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

INELLAS, Gabriel Cesar Zaccaria. Crimes na internet. São Paulo: ed. Juarez de Oliveira, 2009.

PINHEIRO, Patrícia Peck, Direito digital, São Paulo: Saraiva 2010.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. Brevíssimas considerações sobre Delitos Informáticos, in Caderno jurídico da Escola superior do ministério Público de São Paulo, ano II, nº IV, - julho de 2002.SOUZA, Carlos Magno Alves, *CNJ Cria Regras para Reconhecimento Extrajudicial de Filiação Socioafetiva*. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2017-dez-03/carlos-souza-cnj-cria-regras-reconhecer-filiacao-socioafetiva>, Acesso em: 30 abr. 2021.

INJÚRIA VIRTUAL E OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA INTERNET

ALEXANDRE NEVES ANTERIO SOARES:

Graduando no Curso de Direito pelo
Centro Universitário Faculdade
Metropolitana de Manaus — FAMETRO.

RESUMO: No final da década de 1990, a Internet parecia um perfeito meio para negócios e relacionamentos: um facilitador de economia ilimitada de propostas para as pessoas sem quaisquer limitações regulamentares e um meio de pessoas se relacionarem, mesmo sem se conhecerem pessoalmente. Casos como o do Yahoo! Facebook, Twitter, Instagram marca o começo do fim dessa ilusão. Eles demonstram que o serviço de Internet deveria respeitar a legislação nacional a fim de evitar riscos legais. Assim, esses provedores cometeram o erro de ignorar Leis nacionais e o apelo para remover mensagens agressivas foram ignorados por muito tempo e mesmo retirando as agressões, tanto os agressores como os provedores estão sujeitos a ações penais de injúria. Neste sentido, este artigo tem por objetivo geral, abordar os conceitos de crimes virtuais e esclarecimentos dos limites de liberdade de expressão no mundo cibernético, apresentando as punições em leis para quem ultrapassa esse limite, além de especificamente, analisar os crimes virtuais: como injúria; identificar as punições em leis para quem ultrapassa esses limites; e, esclarecer os limites de liberdade de expressão. O estudo foi construído por pesquisa bibliográfica realizada com o objetivo de seguir um padrão sobre o tema abordado a fim de organizar ideias. Foram esclarecidos assuntos pertinentes sobre o tema com base em estudos interligados de doutrinadores e em leis específicas e gerais, bem como em análises de artigos científicos e monografias.

Palavras-chave: Crimes Virtuais; Liberdade de Expressão; Injúria.

ABSTRACT: In the late 1990s, the Internet seemed like a perfect medium for business and relationships: an unlimited bid-savings enabler for people without any regulatory limitations and a way for people to socialize even without knowing each other in person. Cases like Yahoo! Facebook, Twitter, Instagram marks the beginning of the end of this illusion. They demonstrate that the Internet service should respect national legislation in order to avoid legal risks. Thus, these ombudsmen made the mistake of ignoring national laws and the call to remove aggressive messages was ignored for a long time and even withdrawing the aggressions, both the aggressors and ombudsmen are subject to criminal actions of libel. In this sense, this article has as a general objective to address the concepts of virtual crimes and clarification of the limits of freedom of expression in the cyber world,

presenting the punishments in laws for those who exceed this limit, in addition to specifically analyzing virtual crimes: how insults ; identify the punishments in laws for those who exceed these limits; and, clarify the limits of freedom of expression. The study was built by bibliographical research carried out with the objective of following a pattern on the approached theme in order to organize ideas. Pertinent issues on the subject were clarified based on interconnected studies by scholars and on specific and general laws, as well as on analyzes of scientific articles and monographs.

Keywords: Virtual Crimes; Freedom of expression; Injury.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. O ESCOPO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO. 2. VALORES E FUNÇÕES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO. 2.1 LIMITAÇÕES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO. 2.2 OS DESAFIOS LANÇADOS PELA INTERNET – A COMUNICAÇÃO EM MASSA. 3. OS CRIMES CONTRA A HONRA. 3.1 O DANO MORAL NO AMBIENTE VIRTUAL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Os avanços tecnológicos e as preocupações relacionadas têm feito parte da história da comunicação e liberdade de expressão. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal – STF destacou isso em caso de extensão da garantia constitucional de liberdade de expressão em quaisquer que sejam os desafios de aplicar a Constituição às tecnologias em constante evolução e os aos princípios básicos da liberdade de expressão e de imprensa, garantidos na Carta de 1988, desde que não se constitua em crime e não varie quando um novo e diferente meio de comunicação.

Assim análise da liberdade de expressão na Internet tem de ser com base nos princípios que refletem os principais valores e funções subjacentes ao texto constitucional. Neste sentido, este artigo tem por objetivo geral, abordar os conceitos de crimes virtuais e esclarecimentos dos limites de liberdade de expressão no mundo cibernético, apresentando as punições em leis para quem ultrapassa esse limite, além de especificamente, analisar os crimes virtuais: como injúria; identificar as punições em leis para quem ultrapassa esses limites; e, esclarecer os limites de liberdade de expressão.

Com isso, a primeira parte deste estudo estabelecerá o quadro da liberdade de expressão e, irá destacar os principais princípios da liberdade de expressão e mostrar sua relevância para a comunicação. Embora os princípios básicos da liberdade de expressão não variem o STF apontou acertadamente que os avanços tecnológicos, incluindo a internet, levantam novos desafios e podem exigir justificativas de acordo com as

características específicas da tecnologia, a fim de proteger a proteção e promoção dos direitos e liberdades em causa.

A segunda parte irá delinear os principais desafios levantados pelas características específicas da comunicação na Internet e mostrar como foram tratados na jurisprudência. O foco do papel será baseado na jurisprudência do STF e decisões de outros tribunais que serão invocados para mostrar soluções diferentes em uma perspectiva comparativa com relação ao crime de injúria disfarçado de liberdade de expressão.

1 O ESCOPO DA LIBERDADE DE EXPRESÃO

A comunicação eficaz é um processo interativo, envolvendo diferentes atores mudando de papéis. Quando acontece a comunicação, fala-se, escreve-se, ouve-se, responde-se, buscando transmitir e divulgar informações e opiniões. Não surpreendentemente, as normas nacionais e internacionais possuem prerrogativas de garantia de direitos que protegem o fluxo livre de comunicação de uma forma abrangente, da perspectiva do orador e do destinatário, e independentemente do modo ou forma de comunicação.

Assim a Constituição Federal do Brasil, consagra o livre dom de buscar, receber e transmitir informações e ideias de todos os tipos, oralmente, escrita ou impressa, na forma de arte, ou por qualquer outro meio de sua escolha. É importante para a Internet, este direito ser protegido independentemente das fronteiras e estender-se não apenas a palestrantes e destinatários, mas também a intermediários. Enquanto intermediários são facilitadores importantes da comunicação tradicional, eles são indispensáveis para o discurso baseado na Internet (BARROSO, 2004).

A transmissão da expressão *online* depende de toda uma série de atores que participam de diferentes formas na divulgação da informação e Ideias. Esta cadeia complexa envolve, por exemplo, provedores de serviços de internet, dados de provedores de processamento e hospedagem na *web*, mecanismos de pesquisa e plataformas de mídia social.

As medidas estatais que visam intermediários são, portanto, susceptíveis de ter um impacto par usuários na Internet, prejudicando seu direito de receber, transmitir e acessar informações. Vários acórdãos dos tribunais brasileiros ressaltam esse ponto. Existem casos no Superior Tribunal de Justiça do Brasil – STJ contra o bloqueio colateral da internet em questão.

O requerente era proprietário de um *site* hospedado pelo Google no qual publicou seu trabalho acadêmico e opiniões sobre diversos temas. Como resultado de uma ordem do tribunal criminal para bloquear o acesso a todos os sites do Google no Brasil encerrado, embora não tenha relação com o processo penal.

A ordem de bloqueio foi emitida para impedir o acesso a um determinado *site* hospedado pelo Google, no qual seu conteúdo foi considerado ofensivo à memória de uma pessoa. O STJ primeiro relembrou sua jurisprudência enfatizando a importância da Internet como um meio de comunicação:

À luz de sua acessibilidade e sua capacidade de armazenar e comunicar grandes quantidades de formação, a Internet desempenha um papel importante na melhoria do acesso do público às notícias que facilita a divulgação de informações em geral. (RECURSO ESPECIAL REsp nº 1897338 DF 2019/0191423-8 Jurisprudência Data de Publicação 05/02/2021).

O Tribunal reconheceu então o papel dos intermediários como facilitadores da Internet e a comunicação baseada: descobriu que os *sites* do Google eram um serviço concebido para facilitar a criação e compartilhamento de *sites* dentro de um grupo e, portanto, constitui um meio de exercício da liberdade de expressão.

Observando que a liberdade de expressão foi estabelecida como uma garantia de direitos nos incisos IV e IX do artigo 5º e no inciso IV da CF de 1988 que é mais amplo e trata da livre manifestação do pensamento.

O inciso IX foca na liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação aplicada também aos meios de divulgação e protegidos não só o direito de transmitir informações e ideias, mas também o direito do público de recebê-las, o Tribunal considerou que o efeito lateral da ordem de bloqueio no atacado representou uma interferência injustificada com o direito do requerente à liberdade de expressão (BARROSO, 2004).

A ordem de bloqueio não foi baseada em um estrito quadro jurídico regulando o escopo de uma proibição e prevendo a proteção para evitar possíveis abusos. Além disso, o STJ ressaltou o dano colateral tenso de bloqueio por atacado.

O respeito pela liberdade de expressão teria exigido que as autoridades pesassem os diferentes interesses em jogo, levando em consideração os efeitos colaterais da ordem de bloqueio e examinando medidas de alcance, o que eles falharam em fazer SILVA (2012).

Embora o raciocínio do Tribunal tenha sido relacionado com o princípio da legalidade, considerando que a legislação no Brasil não satisfaz o requisito de previsibilidade nos termos de Convenções Internacionais de Direitos do qual o Brasil é signatário, mostra que todo bloqueio de vendas levanta sérias preocupações à luz do princípio da proporcionalidade.

No caso em tela, o governo do Distrito Federal não contestou que o requerente teve legitimidade para registrar um requerimento relacionado à ordem de bloqueio, pois foi impedido para a cessar seu próprio *site*.

Em contraste, o *status* de vítima foi controverso em dois aplicativos, apresentadas por usuários de internet. O STJ buscou alcançar um resultado diferente de casos anteriores quando negou aos requerentes a condição de vítima, argumentando que ele era, como outros usuários, indiretamente afetados pela ordem de bloqueio, que não foram suficientes para ser considerada uma vítima nos termos do ordenamento jurídico brasileiro.

Como usuário dos *sites* bloqueados, o aplicativo só foi privado de um meio de divulgação, entre muitos outros e poderia a cessar uma ampla gama de outros *sites* por meios que não implicassem em violação de direitos

2 VALORES E FUNÇÕES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A filosofia da liberdade de expressão do ordenamento jurídico brasileiro é expressa na famosa frase de Handyside apud Gomes (2008, p. 233):

A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e uma das condições básicas para o seu progresso e para o desenvolvimento de cada homem, isto é aplicável não apenas a informações ou ideias que sejam favoravelmente recebidas ou consideradas como inofensivas ou indiferentes, mas também aos que ofendem, chocam ou perturbam o Estado ou qualquer setor da população. Essas são as demandas desse pluralismo, tolerância, sem a qual não há sociedade democrática.

O ditado da liberdade de expressão observado por Gomes (2008) destaca que a liberdade de expressão não é protegida apenas para o bem do indivíduo, mas também para o bem da comunidade como um todo. Isto é reivindicada tanto como um fim quanto como um meio: a liberdade de expressão é reivindicada tanto por seu intrincado valor, derivado de sua função de proteger a autonomia individual e auto-realização e por seu valor instrumental para o avanço da democracia e do progresso social.

A percepção de que a liberdade de expressão é uma condição essencial de uma sociedade democrática e seu progresso também se reflete na jurisprudência de outros organismos internacionais, órgãos de direitos e na jurisprudência de muitos tribunais constitucionais. O livre fluxo de informações sobre questões políticas, amplamente definidas como questões de interesse público, está no cerne da liberdade de expressão (BERTONI, 2007).

A função de capacitação da democracia e da liberdade de expressão exige forte proteção da mídia e de outras instituições da sociedade civil (como associações e ONGs) que, em seu papel 'público' ou de 'Vigilantes sociais' verificam e criticam os detentores do poder, informam os cidadãos a moldar a opinião pública em questões relevantes para a tomada de decisão coletiva. Com base no *insight* de que a democracia não é o governo da maioria desimpedida e exige pluralismo, tolerância e abertura, a liberdade de comunicação apela para proteção vigorosa de pontos de vista minoritários. Protegendo não conformes e dissidentes a opinião também é um pré-requisito para aumentar o conhecimento e o progresso (SAGÜÉS, 2006)

A função de busca da verdade da liberdade de expressão é particularmente relevante para busca e fornecer, juntamente com o argumento da democracia, um importante justificativo da liberdade acadêmica (DIMOULIS e CHRISTOPOULOS, 2009).

Os fundamentos instrumentais subjacentes à proteção da liberdade de expressão, destacando os valores da democracia e da verdade, informar a abordagem adotada pelo Tribunal sobre bloqueio de internet (BARROSO, 2004).

2.1 LIMITAÇÕES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Como a maioria dos direitos fundamentais, a liberdade de expressão não é absoluta. Seu exercício pode ser limitado para proteger interesses públicos conflitantes e os direitos dos outros. (BARROSO, 2004).

Assim, os instrumentos de direitos humanos preveem que as medidas que abreviam a liberdade de expressão são justificadas se forem (1) prescritas por lei, (2) buscar um objetivo igual, e (3) são necessários em uma sociedade democrática, ou seja, cumprir com o princípio da proporcionalidade.

Como os motivos de limitação são amplos, o fazem em prática não limitar significativamente a capacidade do Estado de adotar medidas que interfiram com a liberdade de expressão.

O primeiro requisito, que expressa o princípio da legalidade, desempenha um papel considerável no contexto das novas tecnologias, incluindo a Internet. Como a lei tende a ficar para trás, as condições tecnológicas e sociais em rápida mudança, não é incomum que medidas que limitam a liberdade de expressão são baseadas em uma estrutura legislativa que não foi adaptada para a internet e não oferece o nível necessário de previsibilidade (BERTONI, 2007).

De relevância prática ainda maior é o requisito de proporcionalidade, que acaba por ser decisivo na maioria dos casos. Ao avaliar se uma inter-relação com a liberdade de expressão é proporcional, órgãos de direitos humanos e muitos tribunais constitucionais tendem a adotar uma metodologia que o Supremo Tribunal do Canadá Tribunal denominado apropriadamente de abordagem contextual adotou e que implica no pesar e balancear os interesses conflitantes em jogo, a fim de determinar se um justo é justo e o equilíbrio foi alcançado entre o exercício da liberdade de expressão e o os valores expressos.

Dois elementos informam esta análise: em primeiro lugar, a pesagem e o balanceamento no processo deve ser sensível aos fatos e levar em consideração todas as circunstâncias relevantes do caso particular. Por exemplo, o potencial de dano de expressão não depende apenas da redação escolhida, mas também do contexto político e social em que as declarações são feitas.

Enquanto a gravidade do dano pesa a favor da limitação da liberdade de expressão, a gravidade da interferência é uma compensação. Considerando o longo legado de censura generalizada no Brasil entre 1930-1945 e 1964-1985, a restrição prévia está sujeita a um escrutínio rigoroso. O mesmo se aplica a sanções drásticas, como acusações criminais ou penalidades altas.

Em segundo lugar, a análise de proporcionalidade deve considerar os valores subjacentes da expressão em uma sociedade democrática. Ao pesar e equilibrar e vários

interesses em jogo, os valores da democracia e da verdade subjacentes à liberdade de expressão devem inclinar a balança em favor da liberdade de expressão.

Assim, os tribunais superiores do Brasil (STJ e STF) e outros órgãos de direitos humanos concedem ao discurso político, amplamente definido, um alto nível de proteção: restrições direcionadas à mídia, ONGs, partidos políticos são sujeitos a um escrutínio rigoroso; na mesma linha, a reputação e a privacidade dos políticos são protegidas em um grau menor do que o de figuras privadas.

Por outro lado, quando expressão está na periferia das preocupações com a liberdade de expressão, os tribunais tendem a adotar uma abordagem. No caso citado acima, por exemplo, o STJ lembrou sua jurisprudência de longa data sobre os princípios que regem o padrão de revisão dos casos de fala livre (BARROSO, 2004).

Embora haja pouco escopo no inciso IX da CF de 1988 para restrições do discurso político ou debates sobre questões de interesse público; assim o Estados se preocupa em cruzar uma ampla margem de apreciação quando interesses puramente comerciais estão em jogo. Este é geralmente o caso de publicidade comercial ou expressão que infringe o intelecto e os direitos de propriedade reais que perseguem objetivos comerciais e não visam fazer um contributo para um debate em curso de interesse geral SILVA (2012).

Seguindo o exemplo da Suprema Corte dos Estados Unidos, o STJ oferece um discurso sobre questões de interesse público como algum espaço para respirar: como declaração errônea é inevitável (LEWIS, 2011).

Assim estes princípios também se aplicam na internet. Ao realizar a análise de proporcionalidade, os tribunais se deparam com a dificuldade de que as características especiais da comunicação baseada na Internet pesam em ambos os lados da balança no processo de balanceamento (MEYER -PFLUG, 2009).

Por um lado, os tribunais devem considerar que a Internet passou a ser um dos principais meios pelos quais os indivíduos exercem o seu direito à liberdade de expressão e informação (BARROSO, 2004).

Não se pode ignorar que a comunicação através da Internet acarreta frequentemente um risco de danos maior do que os meios de comunicação tradicionais visto que a informação pode ser divulgada a baixo custo para um grande público e é difícil de remover, de acordo com o ditado 'o a internet nunca esquece (BERTONI, 2007).

2.2 OS DESAFIOS LANÇADOS PELA INTERNET – A COMUNICAÇÃO EM MASSA

De acordo com o paradigma tradicional da liberdade de expressão, 'a internet nunca esquece', a compatibilidade das medidas de limitação da liberdade de expressão com as normas de direitos humanos é avaliada individualmente, envolvendo uma análise contextual e garantias de proteção judicial (BARROSO, 2004).

Essa abordagem tornou-se marginalizada no que diz respeito à liberdade de expressão na internet, pois não está bem adaptada à comunicação de massa. Diante do desafio de lidar com a comunicação de massa, as empresas ou Estados recorrem a métodos automatizados, como a filtragem, para regular a expressão nociva SILVA (2012).

Desta forma, as tecnologias aumentam a dificuldade de atingirem muito ou pouco. A incapacidade de levar em consideração todas as circunstâncias de cada caso os torna propensos a serem excessivamente ou sub inclusivos. No primeiro caso, revelam-se ineficazes para eliminar a expressão prejudicial, no segundo caso, eles interferem com o legítimo exercício da liberdade de expressão. Como os sistemas de filtragem bloqueiam a fala automaticamente e muitas vezes sem proteção de procedimento para o falante ou uma análise individualizada da fala em questão, eles levantam dificuldades à luz da estrutura da liberdade de expressão (SAGÜÉS, 2006)

A Internet não só permite a comunicação em massa, mas também oferece um terreno fértil para a vigilância em massa. Na era digital, os governos recorrem a esquemas que visam monitorar partes substanciais da população através das fronteiras nacionais com o objetivo de combater o terrorismo ou outras formas de criminalidade (BARROSO, 2004).

Como a questão intimamente conectada do anonimato na Internet, a vigilância em massa é geralmente considerada uma questão de privacidade. Levanta, no entanto, também preocupações com a liberdade de expressão, conforme reconhecido no conhecido caso *Digital Rights Ireland* (LEWIS, 2011).

O Tribunal irlandês considerou que a polêmica Diretiva de Retenção de Dados 2006/24 perseguia um objetivo legítimo, mas concluiu que a retenção de todos os dados de tráfego relativamente às comunicações telefônicas fixas e móveis, bem como ao acesso à Internet, ao *e-mail* e à telefonia pela Internet constituíram uma interferência desproporcionada com os direitos fundamentais de praticamente toda a população europeia (LEWIS, 2011).

Embora o Tribunal Europeu também tenha examinado a Diretiva principalmente à luz dos direitos de privacidade protegidos no art. 7 e 8 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (UE), considerou que não era inconcebível que a retenção dos dados

em questão pudesse ter um efeito na utilização, por assinantes ou utilizadores registados, dos meios de comunicação abrangida por essa diretiva e, conseqüentemente, sobre o exercício da liberdade de expressão garantida pelo artigo 11.º da Carta. Esse caso se tornou clássico no direito internacional e foi seguindo por vários tribunais constitucionais do mundo. Com efeito, os regimes de vigilância em massa constituem, devido ao seu efeito inibidor, uma interferência indireta na liberdade de expressão. Eles podem dissuadir pelo menos alguns usuários de fazer pleno uso de seu direito à liberdade de expressão (MEYER-PFLUG, 2009).

3 OS CRIMES CONTRA A HONRA

No âmbito conceitual a honra é o sentimento de nossa dignidade moral. É o estigma que acompanha a virtude e o talento. É a qualidade moral.

É um princípio moral de onde se derivam normas de conduta como, coragem, pudor, probidade e dignidade entre outras. Essas normas geralmente são estabelecidas como padrão a ser seguido por um grupo social, acompanhado da virtude e, principalmente do próprio sentimento de dignidade (FREIRE, 2015, p. 2).

Analisando, o pensamento do autor em voga, pode-se afirmar que o conceito acima está diretamente ligado à questão moral. E a moral é um conceito filosófico que possui diversas variações, de acordo com o espaço e o tempo, pois, na filosofia, o fim supremo do homem é a virtude, como meio para a sua existência. É um conjunto de máximas impostas ao homem que decorrem da própria natureza do homem enquanto ser racional, no sentido da sua realização.

O que para uns é moral, pode não ser para outros. Então a honra é decorrente disto. Ser honrado depende da visão de cada um sobre si mesmo. Assim, os padrões de honra, foram criados para que o convívio social fosse possível, mas, é importante ressaltar que ela depende quase que exclusivamente dos padrões adquiridos por cada sociedade (FREIRE, 2005).

No âmbito doutrinário, a honra possui dois aspectos: honra especial ou profissional. A primeira se caracteriza de um modo geral, à reputação que se goza no meio social, isto é, é o juízo que a sociedade como um conjunto de pessoa faz do indivíduo. No aspecto da honra subjetiva ou individual (autoestima) está no juízo que faz de si mesmo. A honra profissional que consiste na confiança dispensada ao profissional no exercício de sua respectiva profissão (OLIVEIRA, 2012).

3.1 O DANO MORAL NO AMBIENTE VIRTUAL

As redes sociais são a grande novidade comunicacional do século XXI. Através de seu uso, as pessoas começaram a dar significância as suas opiniões pessoais que, antes estavam relegadas a outro tipo de significância. Passaram a ter voz, em ter sentido, em ter relevância. O termo simbólico rede social começou a ser empregado para designar os aspectos muito diversos da vida social a partir dos recursos de comunicação, via internet.

É moda atualmente fazer parte de uma rede social, no mínimo, como política simbólica de existência no mundo da comunicação, ou ainda a sociedade da comunicação, ou o Estado-Espectáculo, ou seja, o que foi vivido em comunicação de massa está em outro curso comum, dando lugar a um novo estratégia ou manipulação. Sem dúvida que o fenômeno redes sociais é irreversível e sua dinamicidade cada vez mais influente. Para Recuero (2011, p. 24):

Uma rede social é definida como um conjunto de dois elementos: atores (pessoas, instituições ou grupos, os nós da rede) e suas conexões (interações ou laços sociais). Uma rede é uma metáfora para observar os padrões de conexão de um grupo social, a partir das conexões estabelecidas entre os diversos atores. A abordagem rede tem seu foco na estrutura social, onde não é possível isolar os atores sociais e nem suas conexões.

Como se pode observar pelo posicionamento conceitual de Recuero (2011) as redes sócias se constituem a partir de uma identidade sociocultural, como um estratégia ou como manipulação, dependendo do objetivo que se quer atingir. Ela induz ao acerto de atitudes ou ao erro de comportamento, quando este uso é negligenciado e se toma aquilo como realidade e, como ela se forma em torno de uma identidade sociocultural, acaba por funcionar como uma contracultura, quando é deliberadamente mantida entre o real e o imaginário graças a discursos virtuais, relatos ou mitos, que descrevem um estado de coisas inteiramente hipotético, como se estivesse ali, e práticas ou ritos que nos levam a agir como se fosse realça a situação que se quer suscitar (MEIRELLES, 2009, p. 413).

Para o bem ou para práticas lesivas, as redes sociais têm-se ampliado sensivelmente como processo de comunicação de massa com profundos efeitos sociais, como no caso da aluna de uma escola pública em Santa Catarina que usou as redes sociais para denunciar as mazelas estruturais de sua escola e o descaso das autoridades com o processo educativo.

Os efeitos sociais foram imensos e, conquistas foram alcançadas, mesmo a despeito de o poder público, tentar, via redes sociais, desqualificar a denúncia e a denunciante. No fundo as redes sociais funcionam com imensa reciprocidade de efeitos sociais, que liga diretamente categorias de agentes/atores, com ou sem consciência da importância, pois a reciprocidade quando um ator é por uma razão ou outra tidas como equivalentes as de outro ator.

Mas também as redes sociais se transformaram em um espaço que que tudo pode; ofensas pessoais, preconceitos exacerbados, agressões de tudo ordem, ameaças. Mesmo sendo um espaço profundamente democrático e liberto, onde todos tem o direito de expressar suas opiniões, também insurge a necessidade de responsabilização pelo que se diz, que segundo Zago (2012) deve-se aplicar o art.927, parágrafo único do Código Civil que diz expressamente:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. .

Então ou não importa se em ambiente virtual ou não. O ordenamento jurídico brasileiro obriga a reparação do dano causado. A natureza jurídica da reparação do dano moral envolve tanto o caráter punitivo, de natureza penal, quanto o caráter compensatório. Sendo assim, na sua função penal, o objetivo da reparação é punir a pessoa que ofender a moral de outrem através de uma indenização que será paga à pessoa lesada, resultando numa diminuição do patrimônio do ofensor. Enquanto fato que os sentimentos não têm preço, a função compensatória da reparação do dano moral tenta atenuar a lesão sofrida com uma quantia em dinheiro, para que o ofendido satisfaça algumas necessidades materiais que venha a ter, diminuindo o seu sofrimento.

Destarte, a reparação do dano moral tem natureza mista, unificando o caráter punitivo e o caráter compensatório. Dessa forma, segundo o Assis (2017, p. 12):Este duplo sentido, consagra a doutrina dos exemplar damages que, também na Common Law, excepcionam a regra geral de que as perdas e danos compensam o prejuízo causado.

No tocante à indenização como pena, sabe-se que não se trata de uma sanção na esfera criminal, mas sim em um castigo em sentido amplo, que demonstre ao agente que

o Estado reprova veementemente a sua conduta, inibindo o ofensor para que mude o seu comportamento ou não volte a cometer o ato ilícito.

Nesse sentido Pereira (2010, p. 54) ensina que: ...o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos... Completando o entendimento acerca do tema Vilhena (2017, p.40) preconiza que: “a teoria da responsabilidade civil é única, não se justificando a diferenciação da natureza jurídica de sua finalidade, a qual se encontra na integral satisfação do dano causado à vítima. Esta, tanto nos danos patrimoniais quanto nos extrapatrimoniais, portanto, portanto, tem caráter sancionatório e reparatório”.

Portanto, resta claro que a natureza jurídica da reparação do dano moral é punitiva, como consequência de um ato ilícito, conciliado por meio de uma compensação material ao ofendido. Como se pode observar o dano moral ganha importância, maior e a eles à punição pecuniária é devidamente estabelecida ressarcindo o atingido por que caluniou, difamou ou injuriou. É regra geral sujeita, ou seja, comprovado a existência do crime, este deverá ser punido de acordo com pressupostos da lei.

Também com razão mais forte, deve ser reparado, ou seja, uma pessoa pode ser incumbida de reparar o prejuízo causado a outra, portanto próprio, de pessoas ou coisas que dela dependam, a esta obrigação chama-se responsabilidade. O dever de indenizar não tem como razão apenas o ilícito civil, uma vez que um dano pode ser causado sem que seja cometido, em sentido estrito, ato ilícito.

Durante um período duradouro, quando o assunto versava na obrigação em reparar um dano material ou moral imputado a uma pessoa, pensava-se logo, na responsabilidade da pessoa física, pois à época era a modalidade que constituía o tema.

Ao ponto de que, ainda hoje, as inúmeras manifestações no mundo jurídico presentes na doutrina e jurisprudência sobre o dano moral ou patrimonial realçam a matéria sob o mesmo prisma, tornando-a dispensável, diante da obviedade da responsabilidade da pessoa física quando for causadora de um dano moral ou patrimonial. Segundo Florindo (2012, p. 53): a matéria assume complexidade quando a pessoa física é obrigada a responsabilizar-se por fato de terceiro, a ponto de merecer um tratamento diferenciado.

Quando constituída a empresa, essa passa ter, para o ente Estado uma personalidade própria e como tal são entidades com o senso de responsabilidade própria. Seus atos estão sujeitos as normas que não estão restritas unicamente aos domínios e os

tipos de atividade que regem. No âmbito jurídico as empresas são responsáveis pelos seus atos como também são entes de direitos, ou seja, as empresas não estão constituídas exclusivamente de regras corporativas, cujos responsáveis são as autoridades, mas as regras jurídicas que os tribunais estão encarregados de fazer aplicar. Elas lhes associam uma dimensão propriamente moral (PEREIRA, 2010).

Para Venosa (2014) numa pessoa jurídica a responsabilidade dos seus membros não afasta a sua obrigação de reparar, devido os atos praticados serem considerados realizados por pessoas que as representam. Desta forma, não importa o campo do direito, nem o campo material, seja direito civil, trabalhista ou criminal, dentro do mundo jurídico ou fora dele, o que importa é que o seu representante legal ou preposto fala e atua em nome da empresa. Assim é a própria pessoa jurídica que pratica todos os atos judiciais e extrajudiciais, recebendo e praticando o ato ilícito, respondendo por ele se houver lesão de ordem moral ou patrimonial.

Entretanto, quando a empresa sofre uma despersonalização jurídica, a pessoa que teve prejuízo devido o dano causado pela sociedade pode pleitear a justa reparação através dos bens patrimoniais dos seus administradores. Incluem-se nos efeitos da responsabilização de pessoa jurídica as sociedades pertencentes a grupos societários. Não importa se a pessoa jurídica é uma sociedade ou associação, desde que esteja juridicamente constituída (PEREIRA, 2010).

Vale ressaltar que se uma pessoa jurídica age dentro da legalidade, seguindo as normas administrativas relacionadas, mas um de seus membros devidamente identificado comete um ato ilícito, durante um evento, e como consequência cause um dano, seja moral ou patrimonial, este responde pessoalmente pela sua conduta. Em relação à matéria abordada, se pode concluir que a pessoa jurídica responde objetivamente ao dano causado e, para isso, os autores recorrem à analogia, com fundamentação no artigo 938 do Código Civil Brasileiro de 2002: Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido (VENOSA, 2014).

No mesmo sentido utiliza-se também o artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação,

construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre a sua utilização e riscos.

A responsabilidade da pessoa jurídica tem caráter coletivo, considerando que se houve um dano, ele terá que ser devidamente reparado, pois se o grupo do qual o agente faz parte está identificado a vítima não poderá ter a impossibilidade do seu pedido de reparação pleiteado devido a não identificação do agente causador.

Ao mencionar a responsabilidade coletiva, Díaz (2018) ensina que se trata de um dano anônimo, pela indeterminação do autor. O sujeito lesado deve esgotar os meios para identificar o responsável, ou colocá-lo, no mínimo, dentro de uma delimitação de possíveis autores, nesse caso, sendo necessário provar que o dano foi causado por algum dos indivíduos determinados, ou seja, demonstrar que a pessoa faz parte de um grupo.

Desta forma, Díaz (2018, p.87) finaliza seu pensamento sobre a responsabilidade coletiva:

Consideramos a responsabilidade coletiva como uma evolução no desenvolvimento do sistema geral da responsabilidade civil. A falta de identificação do agente causador do dano não pode conduzir à irresponsabilidade deste e ao conseqüente desamparo da vítima. Perante o dilema de valor criado pelo anonimato opta-se pela não exoneração dos membros componentes do grupo identificado. Interpretamos que a norma contida no artigo 938 do Código Civil é suscetível de aplicação análoga, o que possibilita o reconhecimento de um sistema de responsabilidade aplicável a todos os casos em que apareçam os extremos configurantes deste tipo de responsabilidade anônima.

Assim, no intuito de evitar que uma pessoa seja lesada e não tenha uma reparação, é atribuída a responsabilidade do dano ao grupo, pelos atos praticados por seus representantes, mesmo que o agente causador não tenha sido individualmente identificado.

CONCLUSÃO

A tecnologia em constante evolução tem sido um fio condutor na história da comunicação. Acostumados a lidar com as mudanças tecnológicas, os tribunais

naturalmente ampliaram e aplicaram a estrutura tradicional da liberdade de expressão à comunicação *online*, embora reconhecendo que as características específicas da nova tecnologia podem exigir ajustes.

Uma característica da Internet é que ela oferece oportunidades de comunicação muito melhoradas, ao mesmo tempo que amplia o potencial de danos. A crescente jurisprudência do TEDH mostra que não é fácil traçar a linha entre as restrições justificadas e injustificadas do direito de comunicação *online*.

Este trabalho nasceu de uma questão fundamental: como aplicar o dano moral a partir do crime contra a honra, fundamentalmente o crime de injúria, com base em alguns critérios definidos no ordenamento jurídico brasileiro, no âmbito virtual? Para responder a tal questionamento foi realizado uma pesquisa bibliográfica e documental com base em estudiosos do assunto que não encontram dificuldades em apresentar critérios objetivos para estabelecer a questão da aplicação da legislação brasileira do dano moral, também no ambiente virtual de forma satisfatória, pelo menos para o lesado em seu direito de personalidade; já que para o lesador, a satisfação nunca acontecerá, por se tratar de uma penalidade a ser cumprida.

Desta forma, foi preciso entender a origem histórica do dano moral como reparação a partir da Idade Antiga, onde o instituto do dano moral já existia, na Babilônia (Mesopotâmia), por meio do Código de Hamurabi; na Índia, por meio do Código de Manu; No Egito; na cultura e religião dos Hebreus e nas civilizações clássicas (Grécia e Roma) que serviram de base para a evolução natural do instituto Jurídico. Embora sociedades contraditórias em todas as nuances, estas civilizações já consideravam que o direito a personalidade é inalienável, pelo menos para os seus concidadãos ou iguais.

Também foi necessário entender qual o conceito de dano moral adotado pelo direito brasileiro entendendo-se que se trata de um conceito universal de bases profundamente filosóficas que aponta para a necessidade em ter a pessoa como fundamento das relações civis. Aliado a recepção pela Constituição dos danos morais foi o suficiente para tutelar juridicamente os direitos da personalidade. Com isso, é por meio dos danos morais que os direitos da personalidade encontram o mecanismo viável para alcançar a tutela jurídica desses direitos, mesmo se ocorrer no âmbito virtual. Assim, se verificou que o escopo final tentado pela reparação é a mitigação da dor da vítima, através de uma compensação pecuniária justa.

Ocorre que, muitos tribunais ainda vêm decidindo de forma muito diferentes casos semelhantes. Acontece que a quantificação do dano moral não pode ficar somente ao

prudente arbítrio do juiz, o magistrado deve aplicar ao caso concreto certos critérios e regras para o arbitramento da indenização, fazendo com que estes elementos que fundamentaram a sua decisão constem na sentença de forma expressa.

O livre arbítrio concedido ao julgador ainda é criticado por uma minoria doutrinária. Além disso, as pessoas possuem desejos individuais por serem seres distintos, portanto, o critério inicial seria o próprio pedido realizado pela vítima, então caberia ao juiz analisar os critérios elencados no último capítulo.

Outros desafios surgem do fato de que grande parte da regulamentação da liberdade de expressão na internet ocorre fora da estrutura clássica da liberdade de expressão: métodos automatizados de controle da fala, uma estrutura regulatória marcada pela cooperação público-privada, fragmentação e baixa transparência, por exemplo, precisa ser abordados para que a Internet continue a ser um facilitador sem precedentes da liberdade de expressão no futuro.

REFERÊNCIAS

ASSIS, A. de. Revista jurídica, nº 236, jun. 2017.

BARROSO, L. R. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. In: Revista de Direito Privado, volume 18. Revista dos Tribunais, 2004.

BERTONI, E. A. Libertad de expresión en el estado de derecho. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2007.

BRASIL. Código Civil. Brasília: Congresso Nacional, 2002. Disponível em <http://www.senadofederal.gov.br> Acesso em 20 de out de 2021

BRASIL. LEI nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor. Brasília: Congresso Nacional, 1990. Disponível em <http://www.senadofederal.gov.br> Acesso em 20 de out de 2021

BRASIL. Lei nº. 12.033/09. Brasília: Congresso Nacional, 2009. Disponível em <http://www.senadofederal.gov.br> Acesso em 20 de out de 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ - RECURSO ESPECIAL REsp nº 1897338 DF 2019/0191423-8 Jurisprudência Data de Publicação 05/02/2021. Brasília: STJ. Disponível em <http://www.stj.gov.br> Acesso em 20 de out de 2021

BRASIL. Código Civil. Brasília: Congresso Nacional, 2002. Disponível em <http://www.stj.gov.br> Acesso em 20 de out de 2021

CANOTILHO, J. J. G. Direito constitucional. 7. Ed. Revista. Coimbra: Livraria Almedina, 2015.

CUNHA, J. dos S. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do Direito Civil. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 19, Março, 2011.

DIMOULIS, D.; CHRISTOPOULOS, D. O direito de ofender: sobre os limites da liberdade de expressão artística. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Ano 3, n. 10 (abr./jun.), p. 49-65. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2009.

DONEDA, D. Da privacidade à proteção de dados pessoais. São Paulo: Saraiva, 2013. (versão digitalizada).

EGAN, L. M. M. O Crime de preconceito: o direito das minorias. São Paulo: Moderna, 2015.

FLORINDO, Vr. Dano moral e o direito do trabalho. 4. ed. rev. e ampliada. – São Paulo: LTr, 2002.

FREIRE, André Lopes de Oliveira. Direito e moral. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GOMES, F. A liberdade de expressão no ordenamento jurídico. São Paulo: Summus, 2008.

LEWIS, A Liberdade para as ideias que odiamos – Uma biografia da Primeira Emenda à Constituição Americana. Tradução Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011.

MEIRELLES, F. Informática do século XXI. São Paulo, Pioneira, 2009.

MEYER - PFLUG, S. R. Liberdade de expressão e discurso do ódio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, P. E. V. de. O dano pessoal no direito do trabalho. REVISTA D O TRT DA 15ª REGIÃO — N. 18 — MARÇO, 2012.

PEREIRA, C. M. da S. Responsabilidade civil. 10ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RECUERO, R. Redes sociais na internet. 2ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

SAGÜÉS, N. P. Censura judicial previa a la prensa. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano – 2006, tomo II. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2006, p. 965.

SILVA, A. Assunção e. Liberdade de expressão e crimes de opinião. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, J. A. da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: parte geral. 4ª. ed. vol. 1. São Paulo: Atlas, 2004.

VILHENA, C. A.. Dano moral. Rio de Janeiro: Aide, 2017.

É ADMISSÍVEL A UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA LEGÍTIMA DEFESA PARA TUTELA DO MEIO AMBIENTE? UMA ANÁLISE ACERCA DA POSSIBILIDADE DE APLICAR A EXCLUDENTE DE ILICITUDE PARA PROTEGER E DEFENDER O MEIO AMBIENTE.

ANGELA GABRIELE NASCIMENTO FERNANDES:

Graduanda no Curso de Direito pelo Centro Universitário Faculdade Metropolitana de Manaus — FAMETRO.

RESUMO: O presente trabalho analisa a possibilidade da legítima defesa a favor do meio ambiente, se é cabível uma excludente de ilicitude. O tema em questão, poucos doutrinadores discutem o assunto. A legítima defesa está no artigo 23 e 25 do Código Penal Brasileiro, e demonstra que existe a legítima defesa própria e a de terceiros. Já o meio ambiente está previsto na Constituição Federal no seu artigo 225, como um direito fundamental um ambiente ecologicamente equilibrado. Neste trabalho, avalia se poderá o meio ambiente encaixar em terceiros como um direito difuso, como uma forma para proteger e preservar o meio ambiente. Para esse propósito, o estudo irá apresentar argumentos favoráveis e desfavoráveis em relação ao tema, também analisa a Lei de crimes ambientais e tem como hipótese se a legítima defesa no meio ambiente pode cessar uma agressão atual ou iminente de maneira proporcional causadas pelo homem. A metodologia para desenvolver sobre o assunto será revisão bibliográfica e levantamento bibliográfico, é elaborada a partir de material já publicado, como livros, artigos e doutrinas.

PALAVRAS-CHAVE: Legítima defesa. Meio ambiente. Direitos coletivos.

ABSTRACT: The present work analyzes the possibility of legitimate defense in favor of the environment, if it's appropriate to exclude illegality. The subject in question, few indoctrinators discuss the subject. The legitimate defense is in articles 23 and 25 of the Brazilian Penal Code, and demonstrates that there is self-defense and that of third parties. The environment is provided for in the Federal Constitution in its article 225, as a fundamental right to an ecologically balanced environment. In this work, it assesses whether the environment can be included in third parties as a diffused right, as a way to protect and preserve the environment. For this purpose, the study will present favorable and unfavorable arguments in relation to the theme, it also analyzes the Law on Environmental Crimes and the Law on National Environmental Policies. The methodology to develop on the subject will be a bibliographic review and a bibliographic survey, it is elaborated from material already published, as books, articles, doctrines, periodicals and some environmental crimes that Brazil has been experiencing.

KEYWORDS: Self-defense. Environment. Collective rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Legítima defesa no Brasil; 3. Direito ambiental e seus objetivos; 3.1 Lei dos crimes ambientais (lei nº 9.605/98) e sua aplicabilidade; 4. Argumentos

favoráveis para a aplicação da legítima defesa no meio ambiente; 4.1 Argumentos desfavoráveis para a aplicação da legítima defesa no meio ambiente; 5. Conclusão; 6. Referências.

1.INTRODUÇÃO

O tema em tela ainda não está abrandado no ordenamento jurídico. O presente trabalho pretende analisar a possibilidade da legítima defesa a favor do meio ambiente, se é cabível uma excludente de ilicitude. Na Constituição, no seu artigo 225 garante como direito fundamental um ambiente ecologicamente equilibrado. No Código Penal brasileiro, em seu artigo 25, demonstra que existe a legítima defesa própria e a de terceiros. Neste trabalho, analisará se poderia o meio ambiente se encaixar em “terceiros” como um direito difuso. Assim, deve o cidadão estar diante de uma situação onde o Estado não possa proteger o direito em perigo e, só assim, presentes os requisitos de ordem subjetiva e objetiva, agir em legítima defesa. A relevância social desse tema é devido aos casos já noticiados na mídia a respeito de diversos crimes ambientais ocorridos em várias regiões do Brasil, causando danos irreparáveis. Tem como intuito, estimular e ampliar as fiscalizações ambientais e também sensibilizar a sociedade pela necessidade de maior envolvimento nas ações direcionadas à proteção do meio ambiente. As doutrinas favoráveis à aceitação da legítima defesa do meio ambiente diante de agressões ilícitas, asseguram que, neste caso, poderia aplicar o *in bonam partem*.

Este artigo procura expor se é admissível a utilização do instituto da legítima defesa para tutela do meio ambiente, sobre constituir uma propensão atual no ordenamento jurídico brasileiro na proteção desse direito fundamental. Serão expostas doutrinas que tratam da impossibilidade de atuar em legítima defesa desse bem jurídico, e também proposições que defendem essa possibilidade, trazendo cada um seu argumento favorável e desfavorável.

2.LEGÍTIMA DEFESA NO BRASIL

A legítima defesa está situada no artigo 23 do Código Penal brasileiro e diz que “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.” (BRASIL, 1940). E no artigo 25 do Código Penal Brasileiro, sua natureza jurídica é considerada como uma excludente de ilicitude. Ou seja, algo que seria ilícito torna-se lícito dentro dos seus requisitos. (BRASIL,1940)

“Os pressupostos da legítima defesa devem ser examinados a partir de uma determinada situação de legítima defesa, que, ao existir, faculta a prática da ação defensiva, o exercício do direito de legítima defesa.” (PRADO, 2019, p.402).

Com isso, estabelecem-se quatro requisitos da legítima defesa, são eles: a agressão atual ou iminente e injusta; direito próprio ou alheio; meios necessários, empregados com moderação e o subjetivo.

Para Capez (2011, p.306) "a agressão é toda conduta humana que ataca um bem jurídico." Como sustenta Capez (2011, p.306), apenas pessoas humanas praticam agressões.

Agressão pode ser atual ou iminente. De acordo com Capez (2011, p.310), a agressão atual é a que está ocorrendo, ou seja, o efetivo ataque já em curso. Já a agressão iminente é a que está prestes a ocorrer, pois, segundo o autor, admite-se a repulsa desde logo, pois ninguém está obrigado a esperar até que seja atingido por um golpe. Se a agressão é futura inexistente legítima defesa.

A Legítima Defesa pode ser usada para proteger qualquer propriedade legal, seja sua ou de terceiros. Para terceiros, o uso desta exclusão ilegal não requer autorização quando se trata de bens legais inacessíveis, como a vida, e seu uso é ainda possível para evitar casos de suicídio.

Conforme Damásio, somente poderá ocorrer a causa de justificação quando a conduta de defesa for necessária para impossibilitar a agressão. A dificuldade não existirá quando o sujeito agredido se ater a uma simples defesa, por exemplo aparar o golpe com o braço. (Damásio 2011, p. 432)

À vista disso, a conduta do agredido não será constituída fato típico, não havendo algum problema no que se refere à antijuridicidade. Sobre a questão da necessidade irá surgir na denominada legítima defesa ofensiva, i. e., que é quando o comportamento do agredido irá constituir fato típico. (Damásio, 2011, p. 432)

A providência da repulsa deverá ser encontrada pela natureza da agressão perante o valor do bem atacado ou ameaçado, circunstâncias em que se comporta o agente e meios à sua disposição para afastar o ataque. (Damásio, 2011, p. 432)

A forma escolhida não será necessária quando se encontrarem à sua frente outros meios menos lesivos. O indivíduo que repele da agressão deve se deliberar pelo meio produtor do menor dano. Assim, se não restar nenhuma alternativa ou opção, será necessário o meio empregado. (Damásio, 2011, p. 432)

A moderação no emprego dos meios necessários à repulsa, segundo Damásio, encontrado o meio necessário para repelir a injusta agressão, o sujeito deve agir com moderação, isto é, não utilizar o meio além do que é necessário para evadir a lesão do bem próprio ou de terceiros. (Damásio, 2011, p.434)

De outro modo, irá desaparecer a legítima defesa ou aparecerá o excesso culposo. (Damásio, 2011, p.434)

O elemento subjetivo, ou seja, *animus defenceerndi*, é livre para defender seu interesse jurídico protegido, ao contrário do chamado *animus necandi*, a vontade subjetiva de agredir, de causar dano, praticada pelo agressor. Ambas as vontades são necessárias para uma configuração de legítima defesa.

3.DIREITO AMBIENTAL E SEUS OBJETIVOS

Na Constituição Federal (BRASIL, 1988) no seu artigo 225 garante como direito fundamental um ambiente ecologicamente equilibrado, ademais, inclui-se as regras a serem cumpridas pelo Poder Público para assegurar a efetividade desse direito. Essas regras são (BRASIL, 1988):

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

- I- preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
- II- preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
- III- definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
- IV- exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;
- V- controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;
- VI- promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino a conscientização pública para a preservação do meioambiente;

VII- proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Com esses incisos vemos que é de grande importância o meio ambiente e é dever do Poder Público defendê-lo e protegê-lo.

Segundo Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2020, p. 42):

Primeiramente, verificando a própria terminologia empregada, extraímos que meio ambiente relaciona-se a tudo aquilo que nos circunda. Costuma-se criticar tal termo, porque pleonástico, redundante, em razão de ambiente já trazer em seu conteúdo a ideia de "âmbito que circunda", sendo desnecessária a complementação pela palavra meio.

O direito ambiental poderá ser determinado como um direito que tem como o objetivo de regular a apropriação econômica dos bens ambientais, de forma que ela se faça trazendo em deferência a sustentabilidade dos meios ao desenvolvimento econômico e social, proporcionando aos diligentes a participação nas diretrizes a serem adotadas, de acordo com os modelos adequados de saúde e renda (Antunes, 2010).

O direito ambiental é um dos mais atuais, iniciando apenas na segunda metade do século XX. Onde foi percebido que os afazeres humanos estavam destruindo o planeta terra. Foi percebido que não adiantava crescer e desenvolver freneticamente, se em pouco tempo o mundo estaria destruído. Assim, esse ramo jurídico surgiu da necessidade direta de organização da atividade humana, afim de buscar proteger e defender o meio ambiente e a sobrevivência humana de forma indireta. (Gonçalves, 2021)

Existem 5 princípios que regem o direito ambiental, eles estão relacionados a proteção ambiental, funcionam também como base jurídica para demais formulações de leis, portarias e regulamentações ambientais. São eles: princípio da prevenção; princípio do poluidor-pagador; princípio da responsabilidade; princípio da gestão democrática e o princípio do limite.

O princípio da prevenção é uma cautela, ele surge quando já há um conhecimento científico dos potenciais impactos que seriam ocasionados ao meio ambiente devido algumas atividades. No direito ambiental é muito melhor evitar um dano do que repará-lo, como por exemplo a contaminação de uma certa área, os recursos que deverão ser entregues para fazer a remediação dessa área são muito superiores à aqueles que seriam investidos para fazer uma prevenção para que essa contaminação não ocorresse.

Para Fiorillo (2020, p. 55) “de fato, a prevenção é preceito fundamental, uma vez que os danos ambientais, na maioria das vezes, são irreversíveis e irreparáveis.”

3.1 LEI DOS CRIMES AMBIENTAIS (LEI Nº 9.605/98) E SUA APLICABILIDADE

A lei dos crimes ambientais foi criada no dia 12 de fevereiro de 1998 (BRASIL, 1998), com o objetivo de aplicar punições penais para quem prejudica o meio ambiente criminalmente. Conforme Rodrigues, era indispensável uma legislação com o intuito de cuidar mais de perto, de forma mais abrangente, da tutela penal e administrativa do meio ambiente, para assim completar o sistema básico do direito ambiental brasileiro. (Rodrigues, 2018)

Por conseguinte, condiz o meio ambiente a uma interação de tudo que, situado nesse espaço, é essencial para a vida com qualidade em todas as suas formas. Portanto, o anteparo do meio ambiente atinge a tutela de um meio biótico (todos os seres vivos) e outro abiótico (não vivo), porque é dessa interação, entre as diversas formas de cada meio, que procedem a proteção, o abrigo e a regência de todas as formas de vida. (Rodrigues, 2018)

Os principais crimes ambientais começam a serem tratados no capítulo V da lei 9.605/98, entre eles: os crimes contra a fauna; os crimes contra a flora; da poluição e outros crimes ambientais; dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural e dos crimes contra a Administração Ambiental (BRASIL, 1998).

Uma das coisas mais inovadoras da Lei de Crimes ambientais é que, abrange também, as pessoas jurídicas. Os maiores poluidores são justamente as pessoas jurídicas, e não fazia sentido algum que o direito penal, *maxima ratio* do ordenamento jurídico, ignorasse esse aspecto. (Rodrigues, 2018)

No artigo 3º da lei dos crimes ambientais (BRASIL, 1998), traz quais são as responsabilidades no direito ambiental, que diz:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Assim, a lei de crimes ambientais (BRASIL, 1998), deixa de forma clara as suas responsabilidades. É importante citar o artigo 15º da lei de crimes ambientais (BRASIL, 1998), onde informa as circunstâncias que agravam a pena quando não constituem ou qualificam crime, o artigo diz:

Art. 15. São circunstâncias que agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - reincidência nos crimes de natureza ambiental;

II - ter o agente cometido a infração:

a) para obter vantagem pecuniária;

b) coagindo outrem para a execução material da infração;

c) afetando ou expondo a perigo, de maneira grave, a saúde pública ou o meio ambiente;

d) concorrendo para danos à propriedade alheia;

e) atingindo áreas de unidades de conservação ou áreas sujeitas, por ato do Poder Público, a regime especial de uso;

f) atingindo áreas urbanas ou quaisquer assentamentos humanos;

g) em período de defeso à fauna;

h) em domingos ou feriados;

i) à noite;

j) em épocas de seca ou inundações;

l) no interior do espaço territorial especialmente protegido;

m) com o emprego de métodos cruéis para abate ou captura de animais;

n) mediante fraude ou abuso de confiança;

o) mediante abuso do direito de licença, permissão ou autorização ambiental;

p) no interesse de pessoa jurídica mantida, total ou parcialmente, por verbas públicas ou beneficiada por incentivos fiscais;

q) atingindo espécies ameaçadas, listadas em relatórios oficiais das autoridades competentes;

r) facilitada por funcionário público no exercício de suas funções.

Um ponto que vale destacar são as alíneas “h” e “i”, acima citadas, pois diz que somente agravará a pena “em domingos ou feriados” ou “a noite”, deixando claro que segundo a lei dos crimes ambientais é melhor agravar a pena do que ter mais fiscalização (BRASIL, 1998).

4. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS PARA A APLICAÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA NO MEIO AMBIENTE

Sobre o tema em tela, as doutrinas de direito penal parecem divididas. A doutrina que favorece a aceitação da legítima defesa do meio ambiente a diante às agressões ilícitas afirma que o direito penal não limita quais direitos ou bens das pessoas nesse campo devem ser protegidos. Eles também acreditam que se os legisladores criminais desejam excluir certos bens, direitos ou interesses da proteção da justificação, o fará explicitamente de acordo com o princípio da taxatividade.

Para o autor Welzel, é plenamente possível que o Estado e a coletividade sejam terceiros suscetíveis de serem protegidos pela utilização da legítima defesa. A possibilidade da legítima defesa diante dos direitos coletivos, em casos específicos de defesa ou uso da força contra agressões injustas cometidas em face da ordem econômica, tributária, economia popular, meio ambiente, saúde pública, dentre outros, dá início a questionamentos no direito brasileiro no sentido de se verificar os limites desta atuação. (WELZEL, 1976, p. 123)

Para acrescentar, o autor Zaffaroni diz:

Para que o um sujeito possa agir em legítima defesa, basta que reconheça a agressão de que é objeto e o perigo que corre, agindo com a finalidade de defender-se. (...) deve ficar bem claro que aquele que se defende, para fazê-lo legitimamente, não tem por que saber que está agindo conforme o direito. Por mais que acredite ter agido contra o direito de que fuja e se mantenha foragido, supondo que atuou antijuridicamente, isto não assume qualquer relevância. (ZAFFARONI, 2006, p.493).

Luis Jiménez de Asúa (1952, p. 123) cita uma plêiade de juristas alemães, precedido por Franz Von Liszt os quais, segundo o penalista argentino, admite a legítima defesa de todo e qualquer direito, inclusive coletivo. Nesse sentido, vale transcrever:

Muy exactamente escribe von Liszt: “La ley no hace ninguna diferencia entre los bienes jurídicos atacados. Es injusto querer limitar la legítima defensa a los ataques conta la persona y la propiedad;

también debe admitirse para la protección de todos los demás bienes jurídicos, ya pertenezcan a los particulares, ya a la colectividad". El Profesor de Berlín fija, no obstante, los límites. Uno terminantemente negativo: "... pero no contra la simple violación de un contrato" 146, y otro dudoso, declarando que lo es mucho "el derecho de legítima defensa contra las "acciones desleales" del § 826 del Código civil [alemán]." (Tradução: A lei não faz qualquer diferença entre os direitos legais atacados. É injusto querer limitar a legítima defesa aos ataques contra a pessoa e a propriedade; Deve ser admitido também para a proteção de todos os demais bens jurídicos, sejam eles particulares ou coletivos ". O Professor de Berlin define os limites, no entanto. Uma estritamente negativa: "... mas não contra a simples violação de um contrato" 146, e outra duvidosa, afirmando que "o direito de legítima defesa contra" ações injustas "é muito negativo").

Certos autores como Globig e Huster, Erhard e Feurbach, citados por Von Liszt, começaram a despertar a possibilidade de aplicar a proteção aos crimes públicos e não apenas a crimes privados, isto é, dando margem a proteção de bens supra-individuais através da legítima defesa (Liszt, 1916).

4.1 ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS PARA A APLICAÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA NO MEIO AMBIENTE

Para Roxin, a legítima defesa apenas será capaz de ser utilizada para defender bens jurídicos individuais, o autor diz que, não poderá usar a legítima defesa em uma associação, uma sociedade anônima ou o Estado. (Roxin, 1997, p.611)

O penalista espanhol José Cerezo Mir (1999, p. 209-210) entende que não há falar em legítima defesa de bens supra-individuais, segundo o autor:

"Los bienes jurídicos supraindividuales, cuyo portador es la sociedad (por ejemplo, la fe pública, la salud pública, la seguridad del tráfico) o el Estado, como órgano del poder soberano (la seguridad exterior e interior del Estado, el orden público, el recto funcionamiento de la Administración Pública, de la Administración de Justicia, etc.) no son, por ello, susceptibles de legítima defensa. Sólo cuando el Estado actúe como persona jurídica serán sus bienes jurídicos (la propiedad, por ejemplo) susceptibles de legítima defensa. Frente a una agresión ilegítima a bienes jurídicos supraindividuales, que no implique al mismo tiempo un ataque a bienes jurídicos cuyo portador sea el individuo, cabrá invocar únicamente, cuando se den sus requisitos, la eximente de estado de necesidad (nº 5º del art. 20),

o, si el que actúa es la autoridad o uno de sus agentes la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (nº 7º del art. 20)” (Tradução: Os bens jurídicos supra-individuais, cujo titular é a empresa (para exemplo, fé pública, saúde pública, segurança no trânsito) ou o Estado, como um órgão de poder soberano (a segurança externa e interna do Estado, a ordem pública, o bom funcionamento da Administração Pública, Administração da Justiça, etc.) não são, portanto, suscetíveis de legítimas defendendo. Somente quando o Estado atua como uma entidade legal seus ativos legais (propriedade, por exemplo) são suscetíveis de legítima defesa. Frente a um assalto ilegítimo a bens jurídicos supra-individuais, que não ao mesmo tempo, implica um ataque aos bens jurídicos cujo portador é o indivíduo, só será possível invocar, quando seus requisitos forem atendidos, o defesa do estado de necessidade (n.º 5 do art. 20), ou, se o agente for o autoridade ou um de seus agentes a exime de agir em conformidade com um dever ou no legítimo exercício de direito, cargo ou cargo (nº 7 do art. 20)). (Mir, 1999, p. 209-210)

Segundo o autor, Luzón Peña, por exemplo, recusa a possibilidade da legítima defesa de bens-jurídicos supra individuais ou coletivos, pois para o autor, o Estado já tem o Poder Judiciário e a polícia para assegurar esses bens coletivos. Ainda afirma que é imprudente autorizar o cidadão a agir em nome da defesa da comunidade, pois isso desencadeará a possibilidade de uma guerra entre todos (Peña, 2000, p. 594).

5.CONCLUSÃO

Assim, o Meio ambiente é um direito fundamental a qual precisa ser preservado, por isso é essencial a aplicação de ferramentas que o direito penal proporciona, para que a condição de vida das futuras gerações seja preservada. Conseqüentemente, ninguém está livre dos impactos produzidos pela degradação ambiental, visto que os danos ambientais são preocupações que ocorrem no mundo inteiro, por isso, exige um estudo da sua preservação e proteção pelo particular fazendo uso do instituto da legítima defesa como mais uma medida de resguardo ao meio ambiente. Com isso, não poderá ser descartada a hipótese da legítima defesa entrar no meio ambiente como uma opção para melhorar a proteção e preservação do mesmo.

6.REFERÊNCIAS

ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado de Derecho Penal:** Tomo IV El Delito (Segunda Parte: Las Causas de Justificación). Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1952.

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

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. Brasília, Diário Oficial da União, 31 dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Lei dos Crimes Ambientais. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 09/11/2021.

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

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 20ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GONÇALVES, Lino Robinson. **Aspectos conceituais e práticos do Direito Ambiental**. Revista Jus Navigandi, Teresina-PI: Outubro de 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/94317/aspectos-conceituais-e-praticos-do-direito-ambiental>. Acesso em: 09 de novembro de 2021.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, volume 1: parte geral. 32ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Vol. 2. Rio de Janeiro, Ed. fac-similar, 2006. Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial : Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496219>. Acesso em: 01 de junho de 2021.

MIR, Jose Cerezo. **Curso de Derecho Penal Español – Parte General**. vol. II, 6ª. ed. Editorial Tecnos: Madrid, 1999.

PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental esquematizado**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, Parte General. 1ª edição. Madri: Civitas, 1997.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Trad. de Bustos Ramírez e Yañes Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

CRIME DE ABANDONO DE ANIMAIS DOMÉSTICOS: UMA ANÁLISE ACERCA DA NEGLIGÊNCIA A POPULAÇÃO DE ANIMAIS DE RUA EM MANAUS

NATHÁLIA DUARTE DIAS:
bacharelanda em Direito em
Centro Universitário
FAMETRO

RESUMO: Os animais são dotados de proteção jurídica, e por este motivo, objeto juridicamente tutelado de alguns crimes, sendo protegidos pelo artigo 225 da Constituição Federal de 1988. O artigo 164 do Código Penal, caracteriza a conduta do abandono em terreno alheio causando prejuízo ao proprietário, e mais voltado ao bem estar dos animais, o artigo 32 da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº. 9.605/1998), pune com detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano quem pratica maus tratos contra animais. Se caracterizando como uma forma de maus tratos, o abandono se enquadra neste tipo penal. Portando, o objetivo geral deste artigo é apresentar os efeitos penais que o ordenamento jurídico brasileiro prevê, bem como, mostrar o contexto social do abandono na cidade de Manaus. Por fim, expor ainda a doutrina e a jurisprudência dos tribunais superiores e projetos de lei em andamento que tem como medida frear esta problemática que afeta não exclusivamente os animais domésticos que são abandonados, como também, a população que se expõe a doenças que estes podem transmitir.

PALAVRAS-CHAVE: Animais. Crimes. Abandono. Manaus.

ABSTRACT: Animals are endowed with legal protection, and for this reason, they are legally protected object of some crimes, being protected by article 225 of the Federal Constitution of 1988. Article 164 of the Penal Code characterizes the conduct of abandonment on foreign land causing damage to the owner, and more focused on the welfare of animals, article 32 of the Environmental Crimes Law (Law n. 9.605/1998), punishes with detention from 3 (three) months to 1 (one) year those who practice mistreatment of animals. Characterized as a form of ill-treatment, abandonment falls under this penal type. Therefore, the general objective of this article is to present the criminal effects that the Brazilian legal system provides, as well as to show the social context of abandonment in the city of Manaus. Finally, also expose the doctrine and jurisprudence of the higher courts and ongoing bills of law that have as a measure to curb this problem that affects not only the domestic animals that are abandoned, but also the population that is exposed to diseases that they can to transmit.

KEYWORDS: Animals. Crimes. Abandonment. Manaus.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Animal para o Direito Penal. 3. Abandono de Animais domésticos; 3.1 Causas do abandono de animais domésticos; 3.2 Impacto do abandono de

animais domésticos a saúde pública; 3.3 Ações no combate ao abandono de animais domésticos; 4. Aplicações penais na legislação brasileira; 4.1 Jurisprudência acerca do abandono de animal doméstico; 4.2 Projetos de Lei; 5. Conclusão; 6. Referências.

1.INTRODUÇÃO

A sociedade divide espaço no meio ambiente com os animais, sendo vários destes em residências manauaras, como animais domésticos. Recebendo cuidado e afeto, existem aqueles que são considerados como se fossem indivíduos da família, e o empenho para com o animal são tantos que o mercado pet cresce a cada ano que se passa.

Os animais estão protegidos pela legislação e, para uma parte da população, merecem ter os mesmos tratamentos disponíveis ao demais seres vivos. Situações de maus tratos, quando noticiados, geram sentimento de revolta nos defensores dos direitos dos animais, que exigem a aplicação de sanções penais mais severas para esses casos.

O direito penal brasileiro dispõe de princípios fundamentais, os quais dois deles, o da legalidade e da reserva legal fazem parte, regulamentando que somente será considerado crime a conduta anterior prevista na lei, com uma sanção antecipadamente indicada. No momento, a legislação penal obtém alguns mecanismos que punem práticas de maus tratos e abandono aos animais, sendo os objetos deste artigo, que irá discorrer sobre as aplicações penais do abandono de animais e seu contexto social.

Por mais que existam efeitos penais a séculos no Brasil, são frequentes os questionamentos acerca da eficácia da lei. Neste sentido, o artigo aborda os mecanismos que protegem os animais no Brasil e em que se define e caracteriza o ato do abandono de um animal. Destaca ainda as causas, as consequências geradas e a atual situação do abandono de animais domésticos na cidade de Manaus. Por fim, a jurisprudência acerca do assunto e Projetos de Lei em andamento no Congresso Nacional e na Câmara Municipal da cidade, apresentando ainda as medidas de solução para este problema social e ecológico.

2.ANIMAL PARA O DIREITO PENAL

A primeira legislação penal de âmbito nacional que tratou sobre os animais, foi o Decreto nº 24.645/1934, dentro do governo de Getúlio Vargas, possuindo 19 artigos contendo medidas específicas de proteção aos animais. O conceito jurídico de animal pode ser notado no texto legal do artigo 17, que o definia para fins de medida de proteção, a palavra animal todo ser irracional, possuindo dois ou quatro pés, selvagem ou doméstico, exceto os daninhos (BRASIL, 1934).

Neto (2017, p.53), discorre que analisando estruturalmente este dispositivo, podemos notar que o conceito utilizado não está reduzido a uma extensão jurídica, mas,

sim, no campo das ciências biológicas (quadrupede ou bípede), bem como, filosófico quando há menção do critério de "irracionalidade". Ao conceituar animal, conclui-se que, apesar de os animais não apresentarem o mesmo complemento de habilidades intelectuais do ser humano, notamos que eles dispõem da capacidade de sentir emoções.

Neste pensamento, Duarte (1944, p.573) dispôs que a lei define animal um ser dotado de alma e de vida. O autor ainda destaca que o homem é um animal, e o mais perfeito da criação, complementando que o animal a que se refere a lei, é o irracional, aquele que não tem alma, nem inteligência, apenas o instinto, mas, é um ser animado, que tem emoção e sofre.

Na visão de Nunes Júnior (2019, p. 865), apesar de o STF ter reconhecido o status de coisas aos animais, ainda se ponderou que os animais de companhia são seres que possuem natureza especial, como viventes que tem a capacidade de sentir, dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais e que também devem ter o seu bem estar considerado.

Reale (1994, p. 514) definia que o direito é fato, valor e norma, havendo apenas uma variação do ângulo, sendo assim, há uma correlação direta entre elas. Tal teoria foi denominada tridimensional ou trivalente. Para interpretar e aplicar uma norma ou regra, os juristas devem pensar que fato, valor e norma existem em conjunto.

Começou-se a afirmar que existe o direito dos animais a partir da teoria tridimensional, e para se concluir isto, somente é necessário observar que deve haver um fato, podendo citar o abandono, que se tipifica na legislação como maus tratos, um valor, como a solidificação da ideia da justiça, e uma norma, como a Lei de Crimes Ambientais.

Ao tratar do reconhecimento dos direitos dos animais, Zaffaroni (2017, p. 59), afirmou que embora o animal tenha menor discernimento do que o ser humano, inegável que existam humanos sem inteligência ou com inteligência inferior do que a do animal, e nada autoriza a tratar os animais com crueldade.

No âmbito do direito público, os animais encontram resguardo em normas que nos mostram que pertencem ao meio ambiente e que, muito embora sejam objetos de propriedade, são tutelados pelo Estado. Com normas administrativas e penais sobre o assunto, tem seus direitos indisponíveis, não podendo esses serem diminuídos ou divididos em favor de uma outra esfera.

Em alcance internacional, a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, sendo o Brasil assinante desde o ano de 1978, se tem disposto especificamente sobre a proteção dos animais e a vedação de atitudes como o abandono:

"ARTIGO 2:

- a) Cada animal tem direito ao respeito.
- b) O homem, enquanto espécie animal, não pode atribuir-se o direito de exterminar os outros animais, ou explorá-los, violando esse direito. Ele tem o dever de colocar a sua consciência a serviço dos outros animais.
- c) Cada animal tem direito à consideração, à cura e à proteção do homem.

ARTIGO 3:

- a) Nenhum animal será submetido a maus tratos e a atos cruéis.
- b) Se a morte de um animal é necessária, deve ser instantânea, sem dor ou angústia

[..]

ARTIGO 6:

- a) Cada animal que o homem escolher para companheiro tem o direito a uma duração de vida conforme sua longevidade natural
- b) O abandono de um animal é um ato cruel e degradante.” (UNESCO, 1978).

3.ABANDONO DE ANIMAIS DOMÉSTICOS

O animal é um ser senciente, como já definido, dispõe de sensações como prazer, alegria, tristeza, saudade, ansiedade, dor, dentre outros sentimentos. Como é notado, para muitas pessoas o animal doméstico é um ser especial, em alguns casos é até considerado um membro da instituição familiar. Ele pode ajudar em várias situações, chegando a despertar em alguns tutores o sentimento de amor.

A relação do homem com animais de estimação vem de cerca de 10 mil anos atrás, quando cães e gatos começaram a ser domesticados. A importância dos animais tornou-se notória nos mais variados aspectos da vida dos seres humanos, como físicos e emocionais. Contudo, essa relação sempre foi norteadas pela ideia de domínio.

Armstrong (2008) destaca que, acostumado com a proposta de exploração da natureza e dos próprios animais, o homem age, em determinadas situações, com irresponsabilidade no que se atribui aos cuidados com animais domésticos. O abandono é

um problema que afeta cada vez mais os centros urbanos ao redor do mundo, e com o agravamento da crise sanitária da COVID-19, os casos e a falta de interesse com a situação de animais de rua não parou de aumentar.

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), o Brasil possui mais de 30 milhões de animais abandonados, incluindo aproximadamente 20 milhões de cães e 10 milhões de gatos. Nas grandes cidades, há um cachorro para cada cinco moradores, sendo 10% deles abandonados.

O ato de abandonar um animal atinge todos os princípios básicos da guarda responsável, conceito que se constitui em um conjunto de medidas para o tratamento adequado dos animais de companhia. Isso inclui oferecer acomodação em espaço limpo e confortável, vacinação anual, alimentação adequada e que o animal nunca fique desabrigado ou desassistido, bem como, assistência médica veterinária periódica sempre que o ele assim necessitar.

Outro problema evidenciado com o abandono, é a redução da expectativa de vida do animal, que pode ser medida pelos seus cuidados e peso. Um cão limpo pesando 10 kg pode viver até 20 anos, de 10 kg a 25 kg, a idade média é de 14 anos, com mais de 25 kg é estimado 12 anos. Para cães de rua, a expectativa de vida é geralmente a metade de um cão com um lar.

As consequências dessa exposição de cães e gatos à situação de rua incentivaram o começo da campanha "Dezembro Verde", que tem obtido apoio de diferentes tipos de instituições e torna o último mês do ano um período de educação e conscientização sobre a guarda responsável dos animais domésticos.

3.1 Causas do abandono de animais domésticos

A Delegacia Especializada em Crimes contra o Meio Ambiente (DEMA), registrou um aumento no número de casos de abandono de animais domésticos em Manaus no decorrer da pandemia do novo coronavírus (COVID-19). Segundo a Polícia Civil, a média mensal varia de dez a 15 denúncias e, no mês de março de 2020, foram registradas um total de 50.

Apesar de termos uma lei federal recente sobre abandono e maus tratos de animais, que aumentou a pena de detenção para o crime, muitas pessoas ainda tem a ideia de que cães e gatos são como brinquedos, que você escolhe ter e, depois, desiste facilmente sem ter responsabilidade sobre ele.

O abandono vem como consequência de diversos motivos como: o acometimento de doenças, a velhice, o nascimento indesejado de filhotes, o crescimento do animal para um porte indesejado, viagem ou mudança de residência, etc. (NATALINO, 2016).

Ter animais de estimação sempre foi uma tradição para a população manauara, os encontrados hoje nas ruas provavelmente nasceram com um lar, mas acabaram sendo abandonados por vários fatores, entre eles, econômicos, problemas de adaptação, falta de interesse pelo animal ou do controle de natalidade.

O abandono muitas vezes ocorre também pela falta de conhecimento do responsável quanto aos cuidados indispensáveis para com o animal, como alimentá-lo, ter o espaço e a atenção às necessidades psicológicas e fisiológicas do mesmo, o que consome um certo planejamento, que quando não realizado antecipadamente e de maneira adequada pelo tutor, uma das alternativas é o “descarte” do animal.

Silva (2018), destaca que mesmo antes do período de isolamento social, ONGs e protetores de animais já não conseguiam abrigar todos os que foram deixados nas ruas da cidade. Antes e durante a COVID-19, um fenômeno comum pode ter exacerbado 70% do abandono de animais domésticos: a adoção impulsiva. Após essa iniciativa, diante do sofrimento causado pela pandemia, em tempos de escassez, fragilidade, incerteza e solidão, muitas pessoas se surpreendem com as responsabilidades de possuir um animal doméstico.

A maioria destes decidiu que não havia mais espaço para acomodar animais adotados em suas casas e vidas, e a taxa de abandono aumentou de maneira drástica. Animais comprados em canis ou em criadores raramente são abandonados, quando o dono desiste de cuidar do animal, ele costuma ser doado a interessados, ou revendido em alguns casos por serem de raça.

Os animais sem qualquer característica física que seja definida atraente para os possíveis adotantes e os sem raça, formam a grande quantidade dos largados à própria sorte nas ruas da capital amazonense. Segundo a Ampara Animal, cachorros com pelo preto, curto, de porte médio e sem raça definida, os famosos vira-latas, são os mais preteridos na hora da adoção (AZEVEDO, 2020).

3.2 Impacto do abandono de animais domésticos a saúde pública

Os casos de abandono de animais constituem em um enorme problema, prejudicando não somente o bem estar animal, mas também a economia e a ecologia. Como já mencionado, enquanto existem animais que são amados por seus tutores, outros animais são considerados inúteis por seus donos. Eles podem sofrer com parasitas, doenças, fome, desnutrição e envenenamento, dentre outras formas de abuso em decorrência do abandono.

O abandono é uma realidade comum no dia a dia das ONGs em Manaus, os descartes acontecem em estradas, praças, feiras e portas de pet shops, existem casos de indivíduos

que internam animais doentes e não voltam mais. É um problema que atinge a população em generalidade, porque além de dificultar a qualidade de vida do animal, a comunidade igualmente acaba ficando exposta ao risco.

Pode se caracterizar o abandono como uma questão de saúde pública, considerando que inúmeros animais que andam pelas ruas sem vacinação ou qualquer controle populacional podem se infectar com doenças e, assim, espalha-las para nós, humanos. Os cães abandonados podem estar portando doenças fatais, como a doença transmitida quando um animal inala ou ingere as fezes de outro cão adoentado, a parvovirose, e a cinomose, que atinge na maioria dos casos os filhotes, sendo transmitida pelo ar contaminado ou contato direto com animais infectados.

Para os humanos, os animais ainda podem transmitir doenças como sarna, micose e brucelose, em casos mais graves, essas enfermidades podem afetar órgãos importantes como o coração e o sistema digestivo. A mais preocupante dessas doenças é a leishmaniose, que causa tumores e úlceras na área do aparelho respiratório.

Dados divulgados por organizações de defesas não governamentais destacam que mais 300 mil animais domésticos estão abandonados pelas ruas da capital. A prática de deixar animais em feiras se tornou frequente, eles são deixados em caixas e sacolas, em grande maioria, ainda filhotes. A presença de animais de rua nas feiras mobiliza que os comerciantes atentem a maiores cuidados com os alimentos vendidos, tendo gatos e cães invadindo constantemente os boxes.

Nas feiras do Centro da cidade, a situação se agrava ainda mais, na Feira da Manaus Moderna, a permanência de filhotes que acabaram de ser abandonados tem se tornado cada vez mais natural. Muitos abandonam nas proximidades porque deduzem que os animais terão oportunidade de obter comida nas mediações da feira.

3.3 Ações no combate ao abandono de animais domésticos

Constata-se que o número de cães e gatos nas ruas ou em abrigos na cidade de Manaus é maior que a velocidade com que acontecem as adoções, tendo em vista que os lares temporários e abrigos estão constantemente acima da capacidade de alojamento ou no limite. Iniciativas tem sido elaboradas como prevenção ao abandono dos animais, dentre elas, a educação da população sobre as obrigações para com o novo membro da casa, promovendo a posse responsável, consistindo em conscientizar os possíveis adotantes quanto a tudo que envolve a adoção, para que seja tomada uma decisão com segurança.

A educação nivelada a informação é um bom instrumento para amenizar o abandono de animais em lugares públicos ou propriedade privada, esta conscientização pode

começar nas escolas e em propagandas na mídia, afinal, o Estado é responsável também pelos animais de companhia, não apenas os tutores, é preciso uma reeducação sobre os cuidados em se ter um animal de estimação. (NASCIMENTO, 2019).

Os cuidados com um animal doméstico que envolvem a posse responsável, não são somente voltados a higiene e alimentação. Para evitar o abandono, é importante considerar todos os aspectos da vida do animal, o espaço onde vão conviver, os medicamentos utilizados para prevenir e tratar problemas de saúde, a realização de atividades que promovam o bem estar geral, o abrigo da chuva e do sol em excesso, e também, carinho e afeto pelo ser.

Outra iniciativa necessária no combate ao abandono de animais é a castração. Várias fêmeas são jogadas na rua quando ficam prenhas e o responsável não quer, ou não pode, arcar com os valores envolvidos nos cuidados com os filhotes. Sendo um procedimento totalmente seguro para o animal, a castração evita diversas doenças no aparelho reprodutivo que podem se tornar fatais, assim como, reproduções que não são programadas.

De acordo com a Lei Federal 9.605/98, a mencionada Lei dos Crimes Ambientais, que incluem animais domésticos, dentre eles cães e gatos, é crime desamparar animais. Em Manaus, indivíduos que cometem maus tratos que resultem na morte de animais são multados em 39 UFMs (Unidades Fiscais do Município), que atualmente correspondem a R\$ 4,1 mil. Em casos de abandono, a multa aplicada aos responsáveis aplica-se no valor de R\$ 2,5 mil (29 UFMs), seguindo o disposto na Lei nº 160/2018.

A Secretaria Municipal de Saúde, trabalha somente com o Centro de Controle de Zoonoses. A principal função dele é a castração cirúrgica animal, vacinação antirrábica e microchipagem que se realiza com o agendamento de forma online, e eutanásia para animais em sofrimento ou com doenças de risco à saúde pública.

O animal recebe uma numeração que contém o nome do seu tutor, CPF e o endereço, assim, se obtém um controle de quantos estão nas ruas. Para os responsáveis pelo Centro, a conduta irresponsável do abandono pode ser evitada com leis mais eficazes e severas. Importante ressaltar que somente animais de interesse epidemiológico, os que estão com suspeitas de doenças, são retirados das ruas.

4. APLICAÇÕES PENAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Abandonar animais é crime de acordo com a nova Lei Federal nº 14.064/20, que alterou a Lei nº 9.605/1998, aumentando a pena de detenção em até 5 (cinco) anos para crimes de maus tratos a cães e gatos. O abandono se classifica como uma forma de maus tratos, sendo aplicada a referida lei para tal conduta. O artigo 32 do dispositivo citado dispõe que:

“Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda. (Incluído pela Lei nº 14.064, de 2020)

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal” (BRASIL,1998).

A Lei nº. 14.064/20, incluiu no artigo o parágrafo 1ª-A, aumentando a pena de maus tratos quando os vitimados são animais domésticos. Sendo assim, o indivíduo que abandona um animal deverá ser processado pelo previsto na Lei de Crimes Ambientais.

O Código Penal ainda discorre sobre a conduta de abandono em propriedade alheia, dispondo:

“Art. 164 – Introduzir ou deixar animais em propriedade alheia, sem consentimento de quem de direito, desde que o fato resulte prejuízo: Pena – detenção, de quinze dias a seis meses, ou multa” (BRASIL, 1940).

No entanto, esse tipo penal acaba por não se enquadrar em muitas situações de abandono, haja vista que se destina a responsabilizar mais em efeito do agravo causado ao proprietário do lugar em que o animal foi deixado, do que precisamente ao prejuízo causado ao ser vivo (CANAL CIENCIAS CRIMINAIS, 2019).

O jurista Manoel Franklin Fonseca Carneiro, leciona que entre as práticas de maus tratos, se enquadram os casos de abandono de animais:

“Uma das formas mais comuns e cruéis de crime de maus tratos contra animais consiste no abandono daqueles seres vulneráveis em locais ermos, muitas vezes amarrados, amordaçados e às vezes até enterrados vivos, e equivocadamente têm surgido comparações com a pena do

crime de abandono de incapaz, e ainda na sua forma simples, esquecendo-se as formas qualificadas de resultado lesão corporal grave e morte, ficando desde já esclarecido que condutas que tais, se praticadas contra humanos, atrairiam a incidência do crime de homicídio pelo menos duplamente qualificado, por emprego de meio insidioso e cruel e recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima (Código Penal, artigo 121, §2º, incisos III e IV), cuja pena máxima é de 30 anos de reclusão, portanto bem superior à pena máxima do mesmo crime cometido contra animal, que, mesmo com a causa de aumento de pena pelo resultado morte, seria de apenas seis anos e oito meses” (CARNEIRO, 2021).

Com base nos dispositivos mencionados, existem correntes que justificam a importância de se fortalecer as leis referentes a proteção de animais no Brasil em meio ao descaso sobre o assunto. No Congresso Nacional, projetos de lei estão em tramite tendo como objetivo a majoração da punibilidade dos indivíduos que praticam o abandono.

4.1 Jurisprudência acerca do abandono de animais

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, condenou recentemente um acusado que abandonou o seu cão na porta de um bar, com as patas traseiras quebradas, e com lesões infestadas de parasitas no ânus e pênis, para a prova da ocorrência, foi destacada as provas testemunhais e também periciais:

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. MAUS TRATOS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. TIPICIDADE DA CONDUTA. 1. Cuida-se de Apelação Criminal interposta contra sentença que condenou o recorrente pela prática do crime previsto no art. 32, caput, da Lei 9.605/98, à pena definitiva de 03 (três) meses de detenção, em regime inicial semiaberto, e 10 dias-multa, fixados à razão legal mínima. 2. O recorrente pugna por sua absolvição do crime de maus tratos de animais, ao argumento de não ter sido suficientemente demonstrado ser o responsável pelas lesões sofridas pelo animal ou seu abandono. Contudo, a autoria e a materialidade do delito restaram devidamente comprovadas. Com efeito, as testemunhas Ana Paula e Tatiana (ID16234860) foram uníssonas no sentido de que o autor abandonou o cachorro na porta de um bar, com as patas traseiras quebradas, e com lesões infestadas de parasitas

no ânus e pênis do animal. A primeira testemunha esclareceu que não foi a primeira vez em que socorreu animais vítimas de maus tratos praticados pelo acusado. Revelou, ainda, que o cachorro foi encontrado em estado grave, tendo sido realizado procedimento cirúrgico para evitar seu óbito. 3. A dosimetria, tampouco merece censura, haja vista ter sido aplicada no mínimo legal para a espécie, considerando a presença da agravante da reincidência (ID14174119), que foi compensada com a atenuante prevista no art. 14, I, da Lei 9.605/98, culminando em uma pena final de 03 (três) meses de detenção, em regime inicial semiaberto, e 10 dias-multa, fixados à menor razão legal. 4. RECURSO CONHECIDO e NÃO PROVIDO. Sentença mantida, por seus próprios fundamentos. 5. A ementa servirá de acórdão, conforme artigo 82, § 5º, da Lei 9.099/95. (TJ-DF 00017353920188070011 DF 0001735-39.2018.8.07.0011, Relator: SONÍRIA ROCHA CAMPOS D'ASSUNÇÃO, Data de Julgamento: 14/08/2020, Primeira Turma Recursal, Data de Publicação: Publicado no PJe : 16/09/2020 . Pág.: Sem Página Cadastrada.)

4.2 Projetos de lei

O Projeto de Lei nº. 122/2021 dispõe sobre colocação, em áreas públicas, de placas, cartazes e materiais instrutivos, sobre as penalidades empregadas a quem comete o crime de abandono de animais, estando aprovado pela Câmara Municipal (CMM) e seguindo para a sanção do atual prefeito de Manaus, David Almeida.

O parlamentar Jander Lobato, define que o projeto sugere que o Poder Público e particulares, façam a afixação de avisos constando a Lei sobre o crime de abandono de animais, sobretudo, de cães e gatos, uma realidade muito comum nas ruas da capital amazonense.

As placas e cartazes necessitam incluir conteúdos de advertência destacando a Lei 14.064/2020, em relação às penas previstas de reclusão e multas, assim como, os telefones e demais canais digitais dos órgãos para receber denúncias e notícias sobre o abandono de animais. A colagem dos cartazes deve ser feita tanto pela administração pública como por particulares.

O Projeto de Lei 574/2021, apresentado pelo vereador Marcio Tavares, desenvolve a Semana Municipal de Combate ao Abandono de Animais em Manaus. De acordo com o projeto, as ações serão realizadas anualmente sempre na última semana do mês de

setembro. Durante a data, os poderes Legislativo e Executivo deverão realizar campanhas para conscientizar acerca das consequências do abandono de animais.

5 CONCLUSÃO

Quanto as medidas no combate ao abandono, observa-se que os Países Baixos se tornaram o primeiro país do mundo livre de animais de rua, para isso, foram instituídas uma série de ações para evitar o abandono e punir essa prática. Não temos como comparar um país pequeno e desenvolvido como os Países Baixos com o Brasil, porém, já temos uma experiência no mundo provando que é possível eliminar esse problema com políticas públicas mais eficazes.

Constata-se a necessidade de avaliar as aplicações penais da conduta de abandono perante o ordenamento jurídico, tendo em vista o grande aumento de casos e da falta de conscientização. Conforme o disposto na doutrina, o ato do abandono não se define apenas pelo material, mas também no estado emocional do animal, com isso, o descrito no artigo 164 do Código Penal, o delito de abandono em terreno alheio, é pouco utilizado para casos concretos.

O abandono se encaixa no que se dispõe no artigo 32 da Lei de Crimes Ambientais, como uma forma de maus tratos. A pena prevista na Lei 9.605/1998, determina a detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa, o que leva o seguimento do feito de acordo com a Lei dos Juizados Especiais Criminais, sendo favorável ao acusado. Com a aprovação da Lei nº. 14.064/2020, a pena para quando se tratar de ato contra cães e gatos, aumenta para reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda.

Apesar do demonstrado, ainda fica o inconformismo quanto a pena do caput do artigo 32, estando em tramitação no Congresso Nacional Projetos de Lei para modificar este texto penal, assim como, determinar a responsabilização de estabelecimentos comerciais que de certa forma favoreçam os atos de maus tratos a animais.

Os animais não obtêm de formas para se defender, não sendo capazes de procurar os seus direitos. A sociedade deve conviver de acordo com o que diz respeito aos direitos dos animais, tendo em vista que necessitam de nossa dedicação e respeito, em especial os animais domésticos, levando em consideração que são ameaçados dia após dia, no que tange as crueldades que o ser humano pratica.

Uma das formas para que este cenário seja mudado, é o empenho da população, que não deve aceitar tamanha crueldade, impedindo antecipadamente sua ocorrência e, caso que não seja possível, é necessário que se denuncie, pois é inadmissível a negligência da sociedade, que em sua grande maioria, apenas assiste a covardia dos que cometem esses delitos contra seres indefesos.

REFERÊNCIAS

ARMSTRONG, S.J.; BOTZLER, R.G. The Animal Ethics Reader. 3. ed. Londres: Editora Routledge, 2018.

AZEVEDO, Samuel Viana. De A Problemática do Abandono de Animais Domésticos frente à Pandemia do Coronavírus no Brasil, 2020. 26 f., Trabalho de Conclusão de Curso, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2020.

BRASIL. Lei Maria da Penha. Lei Nº 11.340, de 7 de agosto De 2006: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004_2006/2006/lei/l11340.htm> Acesso: 10 de setembro de 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 23 maio de 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 24.645 de 10 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24645.htm>. Acesso em 10 de outubro de 2021.

BRASIL. Lei nº 14.064, de 29 de setembro de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14064.htm>. Acesso em 23 de maio de 2021.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em 23 de maio de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação criminal nº 0001735-39.2018.8.07.0011. Apelante: Elias Ribeiro Melo. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relatora: juíza Soníria Rocha Campos D'assunção, Primeira Turma Recursal, Brasília: 14 agosto de 2020. Disponível em <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/928124607/17353920188070011-df-0001735-3920188070011/inteiro-teor-928125369?ref=juris-tabs>>. Acesso em 30 de setembro de 2021.

Câmara Municipal de Manaus: CMM. Marcio Tavares apresenta Projeto de Lei que cria Semana de Combate ao Abandono de Animais, 2021. Disponível em : <<https://www.cmm.am.gov.br/marcio-tavares-apresenta-projeto-de-lei-que-cria-semana-de-combate-ao-abandono-de-animais/>>. Acesso em 10 de novembro de 2021.

Câmara Municipal de Manaus: CMM. PL de lei de Jander Lobato que alerta sobre crime de abandono de animais avança na Câmara, 2021. Disponível em: <

<https://www.cmm.am.gov.br/pl-de-lei-de-jander-lobato-que-alerta-sobre-crime-de-abandono-de-animais-avanca-na-camara/> >. Acesso em 10 de novembro de 2021.

Canal Ciências Criminais. O crime de abandono de animais possui previsão legal no Brasil?, Jusbrasil, 2019. Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/698743313/o-crime-de-abandono-de-animais-possui-previsao-legal-no-brasil> >. Acesso em 17 de setembro 2021.

CARNEIRO, Manoel Franklin Fonseca. A constitucionalidade da lei que aumentou a pena de maus tratos contra cães e gatos, Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-jan-07/opinioao-lei-maus-tratos-caes-gatos> >. Acesso em 20 de outubro de 2021.

DUARTE, José. Comentários às leis de contravenções penais, 1. ed., Rio de Janeiro: Editora Revista Forense, 1944.

G1, Manaus tem aumento nas denúncias por abandono de animais, alerta polícia, Amazonas, 2020. Disponível em: < <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2020/03/31/manaus-tem-aumento-nas-denuncias-por-abandono-de-animais-alerta-policia.ghtml> >. Acesso em 22 de outubro de 2021.

NASCIMENTO, Ana Paula da Silva. Abandono de Animais de Companhia. Conteúdo Jurídico, 2019. Disponível em: < <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54000/abandono-de-animais-de-companhia> >. Acesso em 18 de junho de 2021.

NATALINO, Alex. Abandonar animais é crime previsto em lei, Jusbrasil, 2016. Disponível em: < <https://carollinasalle.jusbrasil.com.br/noticias/395206911/abandonar-animais-e-crime-previsto-em-lei> >. Acesso em 20 de agosto de 2021.

NETO, João Alvez Teixeira. Tutela penal de animais: uma compreensão ontoantropológica, 1. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

NUNES JÚNIOR, Flavio Martins Alves. Curso de Direito Constitucional, 3. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Portal A Crítica. CMM aprova lei que prevê multa de até 4 mil para autores de maus tratos a animais, 2019. Disponível em: < <https://www.acritica.com/channels/manaus/news/cmm-aprova-lei-que-preve-multa-de-ate-r-4-mil-para-autores-de-maus-tratos-a-animais> > Acesso em 15 de outubro de 2021.

REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito, 5. ed., Saraiva Educação, 1994.

SILVA, Luiz Fabio da; HAMMOUD, Eliane Maria Almeida Teles. Maus-tratos e Abandono de Animais, 2018. Disponível em: < https://www.nativanews.com.br/artigos/id_-747408/maus-tratos-e-abandono-de-animais >. Acesso em 22 de outubro de 2021.

SOUZA, Ludmilla. Dezembro Verde alerta sobre maus tratos e abandono de animais, Agência Brasil, 2020. Disponível em: < <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-12/dezembro-verde-alerta-sobre-maus-tratos-e-abandono-de-animais> >. Acesso em 10 de novembro de 2021.

UNESCO. Declaração Universal dos Direitos dos Animais. Bruxelas, 1978. Disponível em: < <https://wp.ufpel.edu.br/direitosdosanimais/files/2018/10/DeclaracaoUniversaldosDireitosdosAnimaisBruxelas1978.pdf> >. Acesso em 23 outubro de 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A pachamama e o ser humano, Florianópolis: Editora da UFSC, 2017.

A IMPORTÂNCIA DA RESSOCIALIZAÇÃO DOS ENCARCERADOS ATRAVÉS DE ATIVIDADES LABORAIS

FERNANDA BEATRIZ XAVIER LIMA:
graduanda em Direito pela Faculdade São
Lucas – Porto Velho-RO

REBECCA DESYRE DA SILVA CARNEIRO²¹

(coautora)

MARCELO LIMA DE OLIVEIRA ²²

(orientador)

RESUMO: Esta pesquisa trata da importância da ressocialização do encarcerado no sistema carcerário brasileiro. Nesse sentido, o objetivo geral é analisar a importância da ressocialização dos encarcerados através de atividades laborais. Cujos objetivos específicos são: apresentar a Lei de Execução Penal; compreender o processo de ressocialização; identificar as dificuldades para a efetiva ressocialização do condenado. Trata-se de uma pesquisa exploratória e bibliográfica, com base nas contribuições de, Foucault (2011), Greco (2017) Nucci (2017) e Rossini (2019). Ficou constatado, que os estabelecimentos penais existentes no Brasil têm uma falta de investimento em relação aos encarcerados, visto que o Estado é responsável por isso, não cumprindo seu dever.

Palavras-chave: Sistema Carcerário. Ressocialização. Lei de Execução Penal.

ABSTRACT: This paper deals with the importance of the resocialization of the prisoner in the Brazilian prison system. In this sense the general objective is to analyze the importance of the resocialization of prisoners through labor activities. Its specific objectives are: to present the Criminal Execution Law; understand the process of resocialization; to identify the difficulties for the effective resocialization of the convicted person. It is an exploratory and bibliographical research, based on the contributions Foucault (2011), Greco (2017) Nucci (2018) and Rossini (2019). It was noted that the existing penal establishments in Brazil have a lack of investment in relation to the prisoners, including those not in a good quality of life, since the State body responsible for this does not fulfill its duty.

21 graduanda em Direito pela Faculdade São Lucas – Porto Velho-RO

22 Marcelo Lima de Oliveira. Orientador, Bacharel em Direito. Pós-graduando em Direito de Família e Sucessões.

Keywords: Prison system. Resocialization. Law of Criminal Executio.

SUMÁRIO: 1.Introdução- 2. Sistema Penitenciário: aspectos gerais. 3. A lei de execução penal e a ressocialização no Brasil 3.1 O trabalho como forma de ressocializar 3.2 O cenário da dificuldade para a efetiva ressocialização no Brasil. 4. Considerações finais. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como tema o Sistema Prisional Brasileiro e como temática a ressocialização dos encarcerados, visto que a Lei de Execução Penal, (Lei 7.210 de 11 de julho de 1984), resguarda o direito dos condenados a serem efetivamente ressocializados antes de serem conduzidos à sociedade e assim dispor de uma qualificação profissional, ou até mesmo um trabalho, evitando que reincidem na prática de novos crimes.

O objetivo geral é analisar a importância da ressocialização dos encarcerados através de atividades laborais. Cujos objetivos específicos são: apresentar a Lei de Execução Penal; compreender o processo de ressocialização; identificar as dificuldades para a efetiva ressocialização do condenado.

O problema da pesquisa é saber da importância da ressocialização dos encarcerados. Ou seja, qual o papel do Estado na ressocialização dos encarcerados? Hipoteticamente, acreditamos que a Governança pode colaborar com a ressocialização, através de políticas públicas e parcerias para a reinserção social do encarcerado pelo trabalho.

Neste estudo partimos da perspectiva de que o trabalho é um direito social do encarcerado como cita o artigo 28, caput da Lei de Execução Penal. Vale salientar, que o Estado tem uma importância significativa, já que ele é o detentor dos meios que poderão ser utilizados para ressocializar o condenado sendo parte responsável na busca pela diminuição da criminalidade.

No Brasil, surgiram unidades prisionais com o objetivo de punir aqueles que praticarem atos ilícitos, e prevenir o cometimento da prática de novos atos ilícitos, após a vigência da Lei de Execução Penal, a pena passou a possuir, além da finalidade de impor sanção e prevenção, passou a ter a função ressocializadora proporcionando ao condenado o retorno ao convívio da sociedade, evitando que o ex-encarcerado retorne ao sistema prisional.

A motivação da escolha deste tema fundamenta-se na necessidade de os pesquisadores aguçarem a tamanha importância da ressocialização do encarcerado. A

efetiva ressocialização dos encarcerados é possível e essencial. Para tanto, é importante que o Estado e com a cooperação da sociedade realizem o processo de ressocialização do condenado, pois com o indivíduo efetivamente ressocializado pode-se evitar a reinserção na criminalidade.

É inquestionável que o encarcerado que praticou o crime seja punido, mas, contudo, que apesar de ser considerado como criminoso, o encarcerado também é ser humano devendo ser respeitada a sua integridade física e moral.

Metodologicamente, se trata de uma pesquisa qualitativa, de natureza exploratória, usando leituras bibliográficas, objetivando compreender o processo de ressocialização. Optamos por fazer um estudo bibliográfico porque o Sistema Prisional no Brasil passa por muitas dificuldades, pois há um alto índice de grupos criminosos.

Para tanto utilizou-se referências teóricas sobre a temática tais como: Foucault (2011) que destaca as punições severas que ocorria na antiguidade, demonstrando que além de ter sua liberdade restrita, os condenados da época sofriam duros castigos físicos; Greco (2017) que fala sobre o colapso em que o sistema vive e quais as soluções alternativas para ser resolvido o problema; Nucci (2017) que aborda sobre a Lei de Execuções penais, como também sobre a posição do Estado para com o encarcerado; e Rossini (2019) que conceitua a ressocialização e destaca sobre o trabalho do preso como mecanismo socializador.

Didaticamente este estudo está dividido em quatro capítulos. O primeiro tem por objetivo retratar os aspectos gerais do sistema penitenciário, bem como elencar o surgimento da ideia de prisão. O segundo capítulo tem como finalidade discutir acerca da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) e a ressocialização no Brasil, em seguida, o terceiro discute sobre o trabalho como uma forma de ressocializar o preso. Por fim, no quarto capítulo, será apresentado o cenário da dificuldade para ser feita a ressocialização.

2 O SISTEMA PENITENCIÁRIO: ASPECTOS GERAIS

Na antiguidade, o cerceamento da liberdade não era conhecido como punição penal, por parte da sociedade. De acordo com Amaral (2016, p. 33), "durante a antiguidade a cadeia era o lugar em que o a encarcerado esperava o seu destino, ou seja, aguardava o cumprimento de pena", tais como os castigos físicos ou até mesmo a morte, caracterizando penas constrangedoras e humilhantes, no que diz o caráter da pena.

Na Idade Média o cerceamento da liberdade era similar.

[...] as penas possuíam um caráter aflitivo, ou seja, o corpo do homem pagava pelo mal que havia praticado. Seus olhos eram arrancados, seus membros mutilados, seus corpos esticados até destronar-se, sua vida esvaia-se numa cruz, enfim, o mal da infração penal era pago com o sofrimento físico e mental do criminoso (GRECO, 2017, p. 86).

Conforme defendido por Greco, as formas absurdas de penalizar iniciaram na Antiguidade e seguiram até a Idade Média, originárias de um Estado de Direito que equilibrava, em sua ideia formal, qualquer forma de Estado, sendo ele dominador ou não. Greco (2017, p.100).

Em continuidade, acerca da Idade Média, o doutrinador Greco (2017, p.100) elucida:

[...] foi o período no qual se utilizaram os mais terríveis tormentos e em que não se cogitava de cuidar do ser humano de forma digna, uma vez que a própria comunidade onde o acusado encontrava-se inserido demandava por um espetáculo de horrores.

Nesse sentido, com a transformação do sistema econômico, devido à chegada do capitalismo, durante o período de transição do século XIV para o século XV, o crime praticado pela parte mais pobre e vulnerável da época se intensificou. Desse modo, foi essencial haver uma mudança mais rigorosa na administração do sistema carcerário, para se tornar mais eficiente.

Assim, houve diversas mudanças, como:

A fiança evoluiu de uma compensação à parte prejudicada para um meio de enriquecimento de juízes e oficiais de justiça. Na prática, era reservada aos ricos, enquanto o castigo corporal tornou-se a punição para os pobres. Quando o crime crescia entre as massas, as diferenciações na punição tornavam-se mais marcantes (RUSCHE; KIRCHHEIMMER, 2017, p. 34).

Na visão de Foucault (2011, p. 28), "nesta época, as punições estavam diretamente ligadas à forma econômica implantada, quando se tratava de economia servil era de grande valia os trabalhos forçados".

Em conformidade com Bitencourt (2017, p. 13) “as punições eram decididas mediante autorização pelos Governantes. Todavia, durante a metade do século XVI, os juízes aplicavam a sanção penal pela culpabilidade e pela periculosidade do indivíduo, desta forma chegando diretamente à pena de morte.”

Durante a Idade Média acreditava-se que o indivíduo infringiu a Lei pelo fato de ter sido abandonado por Deus. Para Bitencourt (2017, p. 13), “a população acreditava na situação em que o condenado à morte, no momento da execução não conseguisse se livrar era porque Deus o havia rejeitado isso porque, se o homem fosse bom, nenhuma condenação iria lhe acontecer.”

A respeito da pena Foucault (2011):

“aduz que a pena (proibição de permanência, liberdade vigiada, tutela penal, tratamento médico obrigatório) não se destina apenas a punir a infração praticada, mas a limitar o indivíduo, neutralizando a sua periculosidade, e modificar suas ações criminosas através da Ressocialização.”

Para tanto, a realidade no Brasil não fazia diferença em relação ao mundo. Todavia, durante o Brasil Imperial, todo sistema penal respondia à ordem escravista, cujo poder estava circunscrito a propriedade e por consequência, manipulado por seus proprietários. Com pouca separação entre a pena pública e o castigo doméstico, a punição centrava-se no corpo, impondo dor, mutilação ou morte ao acusado (WOLF, 2015, p. 118).

Até a metade do século XVIII o encarceramento era utilizado como custódia do encarcerado, no qual, ele permanecia preso até ser julgado e cumprir pena. Somente após, o século XVIII, a prisão passou a ter a finalidade de ser o local onde o condenado pela justiça cumprisse sua condenação, e além de o condenado ter sua liberdade restrita, o mesmo sofria pena de castigos físicos.

Conforme visto, as punições tinham caráter angustiante, em outras palavras, além do indivíduo ter sua liberdade restrita, o seu corpo pagava pelo delito que ele havia praticado, caracterizando uma pena cruel que nos dias de hoje é totalmente abominado pela Constituição Federal do Brasil de 1988 (CF/88).

Com a Independência do Brasil em 07 de setembro de 1822, surgiu gradativamente o processo de industrialização, processo este que foi “tímido”, portanto, após o advento da Revolução Industrial, no Brasil, é que foram “abandonados” os castigos físicos e os

trabalhos forçados, logo precisavam da mão de obra para que a economia do país crescesse. (WOLF, 2015, p. 119).

Assim surgiram as casas de detenções, resolvendo a dificuldade da mão de obra, impondo as atividades laborais como forma de ressocializar o encarcerado, a fim de que este, mais tarde, retornasse ao mercado de trabalho por si próprio, já que ao ser posto em liberdade, o indivíduo teria ocupação laboral voluntariamente.

As penitenciárias (também conhecidas como casa de detenção, cadeia, presídio, estabelecimento prisional) são lugares que têm o fim de manter o indivíduo preso para que cumpra a pena que lhe foi imposta, conforme trânsito em julgado (art. 5º, LVII, CF/88). (BITENCOURT, 2017, p. 13).

Deste modo, as punições sempre estiveram presentes na trajetória humana e, conseqüentemente, ao passar do tempo foi se transformando, levando-se muito tempo até alcançar o modelo atual que, no entanto, segue princípios da retenção da liberdade como forma de castigar quem infringiu a Lei, esse castigo tem a finalidade de ressocializar o indivíduo de forma regenerativa. (BITENCOURT, 2017, p. 17).

De acordo com Nucci (2017, p. 391), “a pena consiste na sanção que é imposta pelo Estado, por meio de ação penal, ao criminoso, como retribuição ao delito perpetrado e prevenção de novos crimes”. Ou seja, a sanção é instituída pelo Estado a fim de punir o indivíduo que cometeu fato típico, ilícito e culpável, e em outras palavras, castigar aquele que praticou um crime.

O Código Penal regulamenta os tipos de pena, adotadas no Brasil, são elas: Pena Privativa de Liberdade, com finalidade de privar o indivíduo de sua liberdade de locomoção, sendo assim, ele ficará recolhido em um estabelecimento prisional; a Pena Restritiva de Direito, conhecida também como, pena alternativa, que objetiva restringir a prática de determinado direito, assim, evitando o cerceamento da liberdade do indivíduo; e a Pena de Multa que caracteriza-se em uma pena de natureza patrimonial. (PESSOA, 2018, p. 14).

O caráter da pena adotado no Brasil segundo o artigo 56 do Código Penal é a chamada Teoria Unificadora da Pena (BRASIL, 1940). Ou seja, admite-se a conjugação dos verbos *reprovar e prevenir* o delito. Portanto, deu-se a junção das teorias absoluta e relativa, pois ambas se pautam, mutuamente, pelos parâmetros da retribuição e prevenção do crime.

Por fim, segundo a LEP, o sistema carcerário tem como finalidade a ressocialização, qualificação profissional, a educação, bem como a punição do indivíduo pelo delito praticado. A destinação das unidades prisionais é dar proteção a sociedade daquelas pessoas que infringiram a lei.

3 A LEI DE EXECUÇÃO PENAL E A RESSOCIALIZAÇÃO NO BRASIL

Conceitualmente, ressocializar é recuperar um indivíduo a convivência social por meio de políticas públicas, tornando sociável aquele que desviou o caminho de forma negativa.

Conforme Rossini (2019, p. 17), “ressocializar é atribuir ao preso o pilar necessário para reintegrá-lo à sociedade, como também buscar compreender quais os motivos que o levaram a praticar tais atos e dar a ele chance de ter um futuro digno independentemente daquilo que aconteceu no passado”.

O processo de ressocialização faz-se através de uma política prisional, sendo necessária na recuperação dos encarcerados, reintegrando-os ao convívio social, e quando estes saírem do sistema não voltem a praticar outros crimes. Contudo, a ressocialização tem um papel integrador no qual deverá ser implantada ao egresso. A Constituição Federal Brasileira de 1988 (CF/88) inculca que é responsabilidade da União o direito penitenciário, concorrentemente com os Estados e o Distrito Federal. É responsabilidade do Estado e da população para com o encarcerado, o dever de cuidado e custódia preservando sua integridade física, moral e social, este perfil se molda no rol de um dos princípios fundamentais da CF/88 chamado de Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

O art. 1º, III da CF/88 dispõe, “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” (BRASIL, 1988). Para Moraes (2016, p. 48), o princípio da dignidade da pessoa humana, consiste em:

[...] um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta, singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos

direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

O princípio da dignidade da pessoa humana é garantido pela Constituição Federal Brasileira, e tem valor de relevância do ser humano enquanto pessoa, pois todos são sujeitos de direitos e merecem dignidade independentemente de onde se encontre, seja no meio social, seja na condição de criminoso. Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana, preserva os direitos individuais e coletivos, estabelecendo limites ao poder de punição. (ROSSINI, 2019, p. 17).

Em relevância ao princípio da dignidade da pessoa humana, a LEP tenta garantir os direitos fundamentais, que tem como finalidade regulamentar e efetivar a pretensão punitiva do Estado e, também, ressocializar todos que transgredir as leis, concretizada na sentença penal condenatória transitada em julgado, impondo- se ao condenado pena privativa de liberdade, pena restritiva de direitos ou pena de multa. (ROSSINI, 2019, p. 17).

Segundo a LEP, em seu artigo 1º, “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. (BRASIL, 1984).

A respeito da execução da pena Nucci (2017, p. 86), aduz que:

Significa que a pena não deve ser padronizada, cabendo a cada delinquente a exata medida punitiva pelo que fez. Não teria sentido igualar os desiguais, sabendo-se, por certo, que a prática de idêntica figura típica não é suficiente para nivelar dois seres humanos. Assim, o Justo é fixar a pena de maneira individualizada, seguindo-se os parâmetros, legais, mas estabelecendo a cada um o que é lhe devido.

Nesse contexto, insta dizer que, a LEP possui a finalidade de dispor o que será determinado pela autoridade competente mediante o processo de ressocialização, e nessa perspectiva designar que a punição ocorra de forma humanizada e individualizada, e desta forma o encarcerado volte ao convívio social.

De acordo com o artigo 3º da LEP “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.” (BRASIL,1984). Com isso, ao encarcerado serão-lhe assegurados todas suas garantias, mesmo privados de sua liberdade (ir e vir), devendo ser respeitadas e priorizadas a sua dignidade humana.

O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e medida de segurança (BRASIL, 1984). Assim, nota-se, a grande importância da participação da população, no momento da execução da pena e da medida de segurança. Dessa forma, o ordenamento jurídico reconhece a necessidade da aproximação dos membros da comunidade aos estabelecimentos penais para possibilitar, em parceria com o Estado, uma aplicação de pena ressocializadora.

Para que seja eficaz o processo de ressocialização faz-se necessário que o encarcerado seja assistido em todas as suas necessidades. Contudo, o Estado estará obrigado a fornecer as assistências previstas no artigo 11 da LEP, são elas: material, jurídica, à saúde, educacional, social e religiosa.

O indivíduo que se encontra preso tem direito a assistência como forma de começar com ele um processo de reabilitação, resgatando valores humanos, ensinando ainda no trato enquanto indivíduo, enquanto ser humano. Tanto o preso, o internado, quanto o egresso devem ter assistência material, à saúde, assistência jurídica, educacional, social e religiosa (FIGUEIREDO NETO, et al, 2019).

A assistência material no fornecimento de alimentação, vestuário, instalações higiênicas e serviços que atende as necessidades dos presos, e no caso se Estado não fornecer algum dos itens, é lícito a venda dos produtos necessários pelos próprios presos (BRASIL, 1984).

Mesmo a assistência material sendo um ponto imprescindível a ser prestada ao preso, tal assistência não vem sendo efetivada, pois o Estado não oferece condições estruturais no sistema prisional, sendo assim, ocorre o sucateamento do sistema, onde os presos vivem condições precárias, superlotadas e insalubres dentro dos presídios.

Por exemplo, no Estado do Rondônia, os presídios passam por um processo crítico de superlotação, de acordo com um levantamento realizado em 12 de junho de 2019 pelo portal de notícias G1 em parceria com o Fórum de Segurança Pública, os presídios no Estado, estão com quase 100% acima da capacidade, sendo no total 3.280 mil presos, em um espaço que conta com apenas 1.981 vagas (G1, 2019).

A assistência jurídica está prevista na Lei e tem a função de assegurar ao preso a defender-se de todos os fatos alegados com base no princípio do contraditório e da ampla defesa, e para aqueles que não possuem condições financeiras para custear um defensor

dativo, segundo a LEP “serão assistidos de forma integral e gratuita dentro e fora do estabelecimento prisional” (BRASIL, 1984).

Na prática, as assistências que deveriam ser prestadas aos presos, na sua maioria são desrespeitadas, muitos presos não têm assistência jurídica, pois o Estado não fornece condições, como, por exemplo, constituir Defensores Públicos suficientes para assistir toda a população carcerária que não tem condições financeiras de custear um defensor dativo.

A assistência à saúde consiste no atendimento médico, odontológico e farmacêutico ao preso, podendo ser de caráter curativo ou preventivo. Ademais, é garantida a liberdade de o preso contratar médico particular, a fim de orientar e acompanhar o tratamento (BRASIL, 1984).

Em relação a tal assistência, vale ressaltar, que o estado de saúde, em alguns presídios no Brasil tem se tornado precário. Contudo, são inúmeras as problemáticas referentes à saúde dos presos, mas o principal problema advém da superlotação e insalubridade das unidades prisionais, assim tornando as prisões um lugar de propagação de doenças.

Segundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 26, a educação é um direito que deve ser garantido a todos, ou seja, toda pessoa tem direito à instrução escolar sem limitação à condição social, cultural, de gênero. Tal direito também é garantido pela CF/88. (BRASIL, 1988).

Em relação ao preso, a LEP traz em seu bojo, a assistência educacional, que consiste na importância para a instrução escolar e formação profissional do preso e do internado, sendo obrigatória a conclusão do primeiro grau, além de favorecer a remição da pena. A cada 12 horas estudadas, será descontado um dia da pena (BRASIL, 1984).

Contudo, a educação que deve ser prestada ao preso, é uma das formas de ressocializá-lo, pois com uma boa educação pode-se até diminuir a quantidade de rebeliões dentro dos presídios, e ao cumprir sua pena o ex-detento terá melhores alternativas de inserção social e de atividade laboral, assim, prevenindo a reincidência.

Apesar de estar previsto em Lei, na prática poucos detentos tem acesso à educação, pois mesmo com a obrigação imposta, o Estado torna-se omisso diante de tais fatos, por exemplo, na Lei está previsto a implantação de bibliotecas dentro das unidades prisionais, mas a maioria dos presídios do Brasil não possuem tal.

A assistência social tem por finalidade amparar o preso e prepará-lo para o retorno à sociedade (BRASIL, 1984). O profissional da assistência social tem grande importância no processo de ressocialização do preso, pois é necessário que o Estado crie uma “ponte” entre o encarcerado e a população, para que seja possível a sua reintegração, e quem faz esse elo entre o preso e a população é o Assistente Social.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, “assegura o livre exercício da prática de cultos religiosos como garantia fundamental” (BRASIL, 1988). Ao preso deve ser prestada a assistência religiosa, permitindo-lhe a liberdade de quaisquer crenças e da livre participação nos cultos. Desta maneira, é garantido o direito do preso não possuir qualquer crença.

Por fim, a LEP em seu artigo 10, parágrafo único, aduz “que a assistência deve estender-se aos egressos sendo estes, conforme a lei, o liberado definitivo, pelo prazo de um ano a contar da saída do estabelecimento e do liberado condicional durante o período de prova.” (BRASIL, 1984).

A ressocialização implica no amparo ao preso em todos os atributos necessários não só para a própria manutenção, como também a de sua família, sendo, para tanto, imprescindíveis a educação, o trabalho, a saúde, entre outros aspectos que busquem erguer o grau de capacitação do indivíduo para enfrentar e a realidade, papel este do Estado junto com a sociedade, já que o mesmo é detentor dos meios para que ocorra de forma eficaz a reinserção do indivíduo à sociedade.

A instituição denominada penitenciária tem por finalidade recuperar e reeducar os condenados, como um método de punir aquele que delinuiu e causou mal à sociedade. Na prisão o encarcerado deveria ser modificado, reeducado para, regressar ao meio social como cidadão. Com isso, a ressocialização tem o propósito de oferecer tratamento humanizado para o encarcerado conservando a sua honra e autoestima.

Diante disso, reinserir o encarcerado na sociedade é ofertar a ele, condições para que consiga se reestruturar e, diante disso, não voltar a praticar ou cometer atos ilícitos. Dessa forma, salienta-se que a pena por si só não consegue fazer com que o preso se renove e volte ao convívio com a sociedade, portanto, é necessária a união de vários outros métodos, para que se consigam bons frutos.

3.1 O trabalho como forma de ressocializar

Segundo a LEP “O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva”. (BRASIL, 1984). Portanto, o trabalho durante o cumprimento de pena além de ter a finalidade educativa do encarcerado, o mesmo ao sair do sistema poderá ter uma qualificação profissional e assim suas chances de reincidir no crime serão mínimas.

Contudo, o trabalho é um direito social garantido ao encarcerado, em que, deverá ser posto em condições humanas, sem interferir na saúde, integridade física e mental do encarcerado, tendo o fim de reeducar o mesmo.

Em virtude de sua função ressocializadora, o trabalho fundamenta-se na atividade desenvolvida pelo detento dentro ou fora do sistema prisional, e sendo-lhe uma obrigação imposta. No entanto, conforme a LEP, por ser obrigatório a recusa injustificada pode causar falta grave. A CF/88 e a LEP vedam o trabalho forçado como por exemplo, o uso de castigos físicos ou morais e a falta de remuneração prevista na LEP.

Para Rossini (2019, p. 19):

O trabalho prisional além de ser um importante mecanismo socializador, evita os efeitos corruptores do ócio, contribui para a formação da personalidade do indivíduo, permite ao recluso dispor de algum dinheiro para ajudar na sobrevivência de sua família e de suas necessidades, e dá ao detento uma maior oportunidade de ganhar sua vida de forma digna após adquirir liberdade [...] além de todos os benefícios trazidos ao preso, o trabalho também é uma forma de ressarcir o Estado pelas despesas advindas da condenação, sendo portanto ambos favorecidos.

Além de ter o objetivo de ressocialização, o trabalho deverá ser remunerado, permitindo ao preso dispor em favor de suas necessidades, da sua família e ressarcir o Estado pelas despesas provenientes da sua condenação. Além de favorecer a remissão da pena, o trabalho será remunerado, sendo $\frac{3}{4}$ do salário mínimo, como aduz o artigo 126, parágrafo 1 da LEP:

Artigo 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena.

§1 A contagem do tempo para o fim deste artigo será feita a razão de um dia de pena por três de trabalho.

§ 2 O preso impossibilitado de prosseguir no trabalho, por acidente, continuará a beneficiar-se com a remição.

§ 30 A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvido o Ministério Público (BRASIL, 1984).

A LEP não faz distinção de como o trabalho deverá ser realizado pelo preso, portanto, a remissão pode ser obtida pelo trabalho manual, industrial, seja dentro ou fora dos presídios. No entanto, as atividades laborais do preso não serão regidas pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), portanto, não há que se falar em horas extras, adicionais noturnos, férias, etc.

Além de ser uma forma de o preso crescer profissionalmente, o trabalho é de suma importância para o mesmo, pois ao deixar a prisão ele terá uma qualificação profissional, sendo mais fácil conseguir um emprego e assim não voltar a prática de atos ilícitos, mas para isso precisa ser estimulado.

3.2 O cenário da dificuldade para a efetiva ressocialização no Brasil

Considerada a Lei Maior do encarcerado, a LEP tem a finalidade de atuar como mecanismo socializador do encarcerado, preparando-o para o retorno ao convívio em sociedade. Nesse sentido “O sistema carcerário [...] estará apto a abrigar aqueles que violam o Direito Penal [...] a fim de que, ao permitir seu retorno ao convívio em sociedade não seja ele novamente premido a praticar novas infrações penais” (GRECO, 2015, p. 24).

Embora a LEP seja atulhada de direitos, sobretudo o direito à ressocialização, esta não tem sido aplicada em sua totalidade, pelo contrário, poderia garantir a reeducação e o retorno ao convívio social da população carcerária. Acontece que, igual à maioria das leis existentes no Brasil, a LEP permanece eficiente apenas na teoria, não tendo sido executada de forma positiva pelas autoridades competentes.

É dever do Estado, punir e reprimir, entretanto, o sistema existente apenas mantém o indivíduo afastado do convívio em sociedade. (TEIXEIRA, 2019, p. 23). O sujeito fica preso em uma unidade prisional, encarcerado, sendo excluído do meio social como forma de puni-lo pelo crime praticado. Acontece que o sistema prisional, geralmente, não contribui para a ressocialização dos presos, uma vez que o ambiente experimentado na prisão é de muita violência, disputas pela sobrevivência, etc.

O Sistema Prisional Brasileiro enfrenta um momento crítico de sua história, sendo, de causas variadas, e o maior problema enfrentado atualmente no sistema é a superlotação das unidades prisionais (TEIXEIRA, 2019, p. 23). Segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (IFOPEN) o Brasil está entre os países que tem a maior população carcerária do mundo, estando atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia (BRASIL, 2020).

Além disso, entre a população carcerária estão os presos provisórios, que consiste em uma das ilegalidades que acontece com o sistema prisional. A CF/88 em seu artigo 5º, LVII, preceitua que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Portanto, a prisão provisória, ou prisão cautelar não consiste em sanção penal, sendo decretada antes do trânsito em julgado.

A prisão provisória, que é regulada pelos artigos 311 a 316 do CPP, tem por finalidade assegurar a investigação policial e eficácia processual, onde é analisado o índice da periculosidade do indivíduo e não a sua culpabilidade. (BRASIL, 1989).

Segundo Tourinho Filho (2017, p. 31), a prisão provisória “providência odiosa, pois todos nós sabemos o perigo que representa a prisão do cidadão antes de ter sido reconhecido definitivamente culpado”.

Em conformidade com Tourinho Filho (2017, p. 31) embora o artigo 300 do Código de Processo Penal, afirma “que os presos provisórios ficarão recolhidos em uma cela diferente dos presos definitivos ou já condenados, na prática o que acontece é o inverso, pois em alguns presídios no Brasil os presos provisórios ficam juntos com os definitivos.”

A respeito da prisão temporária, o HC 130409-MA, regula que:

PROCESSUAL PENAL. PRISÃO TEMPORÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Não demonstrados elementos concretos dos autos, com idoneidade suficiente a supedâneo a prisão temporária, a restrição da liberdade do ora paciente não se mostra adequada. Ordem concedida para, confirmando a liminar, cassar a prisão temporária. (STJ - HC: 130409 MA 2009/0039509-7, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 26/04/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/05/2019).

Segundo levantamento do Conselho Nacional de Justiça no ano de 2018, no sistema prisional brasileiro havia em torno de 221.054 presos provisórios, caracterizando 34,4% da totalidade de presos. No ano de 2018 a proporção de presos provisórios diminuiu, mas mesmo diante desta diminuição as prisões continuam lotadas (BRASIL, 2018).

É importante mencionar que o aumento radical do número de presos nos últimos anos não foi acompanhado por uma contenção da violência no país. Ao contrário, a superlotação, a transgressão de direitos e a falta de ambientes e atividades propiciam a ressocialização leva a um acirramento da violência e crescimento das facções criminosas dentro e fora dos presídios. (FIGUEIREDO NETO, et al, 2019).

A superlotação é o que mais compromete o sistema carcerário brasileiro. Presídios abarrotados acabam gerando crise dificultando a assistência médica, a alimentação, à educação, e o trabalho. Contudo, é notório o descumprimento da Lei, que dispõe que o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com sua estrutura e finalidade” (BRASIL, 1984). A LEP ainda assegurou a existência de um órgão responsável pela delimitação dos limites de capacidade de cada estabelecimento, este órgão seria o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Conforme aponta Nucci (2017, p.10):

[...] o Estado tem dado pouca atenção ao sistema carcerário, nas últimas décadas, deixando de lado a necessária humanização do cumprimento da pena, em especial no tocante à privação da liberdade, permitindo que muitos presídios tenham transformado em autênticas masmorras, bem distantes do respeito à integridade física e moral dos presos, direito constitucionalmente imposto.

A falta de investimentos pelo Poder Público é um dos fatores principais para o abarrotamento das unidades carcerárias, e em decorrência disso o índice de crescimento do crime organizado no país aumenta tendo reflexo na sociedade, temos, por exemplo, o crescimento das duas maiores facções criminosas no País, são elas o Primeiro Comando da Capital e o Comando Vermelho (GAZETA DO POVO, 2019)

Diante do exposto, verifica-se um abandono das unidades prisionais no país, pois a falta de investimentos tanto na qualidade de vida do encarcerado quanto na assistência em geral. O Estado é responsável por manter todos os estabelecimentos penais, garantindo a assistência ao encarcerado, porém, este não proporciona e muito menos supervisiona a atividade laboral dos presos, mesmo que, na maioria das vezes esta são oferecidas, tem

mínima aceitação e não são adequadas de forma devida para a relação de trabalho, devido à competitividade e a qualificação que é exigida (BARRUCHO; BARROS, 2017, p. 33).

Por exemplo, no Estado de Rondônia dos 1.234 detentos que cumprem pena definitiva, 32,15% já haviam passado pelo sistema prisional anteriormente e não haviam sido condenados (PORTAL O DIA, 2019).

Uma pesquisa feita pelo Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário, vinculado ao Tribunal de Justiça de Rondônia, mostra que 32,15% dos detentos condenados na Vara de Execuções Penais já tinham passagens pelo sistema prisional, mas nunca haviam sido julgados pelos crimes cometidos anteriormente (PORTAL O DIA, 2019).

Segundo dados do INFOPEN grande parte dos crimes que lota as prisões são os crimes de tráfico de drogas que estão previstos no artigo 33, da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), e posteriormente, vem os crimes contra o patrimônio previsto nos artigos 155 a 183 do Código Penal Brasileiro (BARRUCHO; BARROS, 2017, p. 23).

Outra dificuldade que vem sendo enfrentada pelos encarcerados é a saúde precária, pois, com a superlotação do sistema as unidades se tornaram fontes de propagação de doenças infectocontagiosas, principalmente a AIDS e a tuberculose. A ausência de assistência médica também vem sendo enfrentada representando um sério risco à saúde pública.

A LEP, em seu artigo 14, expõe que “a assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico” (BRASIL, 1984). Embora a Lei determine que os encarcerados devam ter assistência médica, a mesma não é oferecida à medida que é contemplada pela Lei. Na prática acontece que dentro da maioria das cadeias públicas existentes no país, não há tratamento médico, sendo indispensável a remoção do preso para hospitais. Nesse sentido, Assis (2017, p. 02) afirma que:

[...] para serem removidos para os hospitais os presos dependem de escolta da PM, a qual na maioria das vezes é demorada, pois depende de disponibilidade. Quando o preso doente é levado para ser atendido, há ainda o risco de não haver mais uma vaga disponível para o seu atendimento, em razão da igual precariedade do nosso sistema público de saúde.

As condições em que os presos vivem são precárias, desumanas, especificamente pela inexistência de profissionais da saúde. Em muitos casos, os presos não sabem que adquiriram a doença, colocando em risco a saúde dos demais detentos. Em compensação a esta veracidade, o Ministério da Saúde juntamente com o Ministério da Justiça, criou o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (DAMÁZIO, 2010). A reincidência é outro fator que dificulta a ressocialização, pois 70% dos que deixam a prisão acabam reincidindo na criminalidade (BARRUCHO; BARROS, 2017, p. 33), sobre esta temática:

A reincidência é o principal indicador da deficiência, de qualquer sistema de atendimento jurídico-social, porque através dela é possível perceber que as pessoas entram nas instituições por apresentarem certas carências, que vão desde a falta de moradia digna, da deficiência de escolaridade, ausência de qualificação profissional ou de caráter e personalidade, e que, independentemente do tempo que tenham passado sob os cuidados das instituições, ao saírem apresentam as mesmas deficiências que originam sua entrada no sistema (FIGUEIREDO NETO, et al, 2019).

Quando o egresso prisional reincide na prática criminosa fica evidenciado que o Estado foi ineficiente no seu papel ressocializador, o que faz demonstrar negativamente a contribuição do sistema prisional nessa situação.

Diante desse contexto, compreende-se que a ressocialização no sistema prisional é muito importante, porém, sem resolver a superlotação a começar na redução do número de presos que não foram julgados, as condições de saúde dos encarcerados, e evitar a reincidência, será impossível ser efetivada.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa analisou o sistema carcerário brasileiro a partir de um estudo da Lei de Execução Penal para compreender como deve ser feito o processo de ressocialização, partindo-se do seguinte problema: Qual o papel do Estado na ressocialização dos encarcerados? Nesse sentido, constatou-se que é de grande valia a colaboração do Estado na reeducação dos encarcerados através de políticas públicas e parcerias para a reinserção social do mesmo.

Tinha como objetivos analisar a importância da ressocialização dos encarcerados através de atividades laborais, apresentar os aspectos gerais acerca do sistema carcerário,

compreender o processo de ressocialização e a Lei de Execução Penal, e por fim identificar quais as dificuldades para a efetiva ressocialização do encarcerado.

Sob esse viés, pode-se observar que os objetivos eram apontar quais os aspectos gerais do sistema carcerário desde a antiguidade, onde a pena tinha caráter de apenas punir o condenado, até o surgimento das penitenciárias onde passou a ter a finalidade de puni-lo pelo crime cometido e ressocializá-lo para não reincidir no crime.

Posteriormente observa-se como deveria ser feita a ressocialização segundo a LEP, e ao mesmo tempo mostrar o trabalho como direito social do preso. Por fim, expor através de pesquisa, o cenário crítico que o sistema carcerário vem enfrentando, sendo notório o abandono dos encarcerados.

Os dados pesquisados permitiram demonstrar a grande importância do cumprimento das disposições previstas na LEP, para assim, ser eficaz no processo de ressocialização. Contudo, ficou constatado que na prática as disposições da Lei não vêm sendo cumpridas, o princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo desrespeitado, e a situação dos presídios são precárias.

Ou seja, a situação dos presídios brasileiros não atende o critério ressocializador, sendo insalubres, precários, superlotados e com alto índice de propagação de doenças, sendo impossível a recuperação do indivíduo que está neste sistema.

Conclui-se que a dignidade no trato enquanto ser humano é um direito pertencente a todos, por este motivo, o cuidado do Estado para com o preso deverá ser digno. Desta forma, o Estado terá que adotar medidas urgentes para diminuir o índice de reincidência, a começar de cumprir os preceitos que estão descritos na LEP, principalmente levar em conta que ao sair da cadeia, o ex-detento deverá ter melhores condições intelectuais e profissionais, para assim ser conseguida de forma eficaz a ressocialização.

Por fim, verificamos que existe um grande desrespeito ao princípio a dignidade humana, dado que o propósito da ressocialização é dar absoluta condição ao condenado de voltar ao meio social, sem qualquer tipo de discriminação, onde ele possa voltar a sua comunidade, erguer a cabeça e trabalhar como um cidadão. Contudo, o que essa estrutura carcerária oferece é, tão somente, um meio favorável para o aperfeiçoamento de bandidos bárbaros e impiedosos.

REFERÊNCIAS

AMARAL, C. do P. **A história da pena de prisão**. Jundiaí: Paco Editorial, 2016.

ASSIS, Rafael Damasceno de. **A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro.** Disponível em: <<https://www.monografias.com/pt/trabalhos908/a-realidade-atual/a-realidade-atual/2017.shtml>>. Acesso em 24 ago. 2021.

BARRUCHO, Luis; BARROS, Luciana. **5 problemas crônicos das prisões brasileiras – e como estão sendo solucionados ao redor do mundo.** Publicado em 9 de janeiro de 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-38537789>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

BITENCOURT, Cezar R. **Falência da Pena de Prisão:** Causas e Alternativas. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017.

BRASIL. **Código penal de 1940.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 ago. 2021.

_____. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 ago. 2021.

_____. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 20 ago. 2021.

KADANUS, Kelli. **Como Nascem facções como PCC e Comando Vermelho, alvos preferenciais de Moro.** Gazeta do Povo. Brasília. 24 de maio de 2019. Disponível em : <<https://www.gazetadopovo.com.br/republica/como-nascer-faccoes-como-pcc-e-comando-vermelho-alvos-preferenciais-de-moro/>>. Acesso em : 25 de agosto de 2021.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** INFOPEN 2016. Disponível em:<http://dados.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias1/resource/02f734ca-c793-4625-9d7d-56df7b1a36ff?inner_span=True> Acesso em: 25 ago. 2021.

DAMÁZIO, Daiane da Silva. **O sistema prisional no Brasil:** problemas e desafios do serviço social. Publicado em 2010. Disponível em: <<http://tcc.bu.ufsc.br/Geografia283197.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

FIGUEIREDO NETO, Manoel Valente; MESQUITA, Yasnayra Polyanna Victor Oliveira de; TEIXEIRA, Renan Pinto; ROSA, Lucia Cristina dos Santos. **A ressocialização do preso na**

realidade brasileira; perspectivas para as políticas públicas. In : âmbito jurídico, rio grande, xii, n. 65, jun 2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir.** 39ª ed. Editora Vozes, Petrópolis, Rio de Janeiro, 2011.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio** – Uma visão minimalista do Direito Penal Niterói, RJ: Impetus, 2017.

GRECO, Rogério. **Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas.** Editora Impetus, Niterói, RJ, 2015.

G1 PE. **Presídios no Piauí estão 98,9% acima da capacidade e 53% dos presos são provisórios.** Publicado em 26 de abril de 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2019/04/26/presidios-no-piaui-estao-989percent-acima-da-capacidade-e-53percent-dos-presos-sao-provisorios.ghtml>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 16.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal:** parte geral e especial. 27. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PENA, Rodolfo F. Alves. **“Estado, Nação e Governo”;** Brasil Escola. Disponível em <<https://brasilecola.uol.com.br/2019/geografia/estado-nacao-governo.htm>>. Acesso em 19 ago. 2021.

PESSOA, Gláucia Tomaz de Aquino. **Casa de correção do Rio de Janeiro (1889 – 1930).** Publicado em 02 de maio de 2018. Disponível em: <<http://mapa.an.gov.br/index.php/dicionario-primeira-republica/531-casa-de-correcao-da-capital-federal>>. Acesso em: 15 ago. 2021.

PORTAL O DIA. **Mais da metade dos presos condenados do Piauí são reincidentes.** Publicado em 25 de maio de 2019. Disponível em: <<https://www.portalodia.com/noticias/piaui/mais-da-metade-dos-presos-condenados-do-piaui-sao-reincidentes-270475.html>>. Acesso em: 25 ago. 2021.

Ressocialização e Reinserção social. Jusbrasil. 2016. Disponível em :<<https://heliorigaud.jusbrasil.com.br/artigos/201967069/ressocializacao-e-reinsercao-social>> Acesso em 25 de agosto de 2021.

ROSSINI, Tayla Roberta Dolci. **O sistema prisional brasileiro e as dificuldades de ressocialização do preso.** Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8784/2019/O-sistema-prisional-brasileiro-e-as-dificuldades-de-ressocializacao-do-preso>>. Acesso em: 25 ago 2021.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER Otto. **Punição e Estrutura social.** 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Revan, 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ - **HABEAS CORPUS : HC 130409 MA2009/0039509-7.** Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19095693/habeas-corpus-hc-130409-ma-2019-0039509-7>>. Acesso em: 16 ago. 2021.

TEIXEIRA, João Carlos. O País **tem superlotação e falta de controle dos presídios.** Publicado em 24 de janeiro de 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/01/24/pais-tem-superlotacao-e-falta-de-controle-dos-presidios>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 35 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

WOLFF, Maria P. **Antologia de vidas e história da prisão:** Emergência e Injunção de Controle Social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

O SISTEMA INVESTIGATÓRIO NO BRASIL E O INQUÉRITO 4.781/DF (INQUÉRITO DAS FAKE NEWS): APONTAMENTOS ACERCA DA RECEPÇÃO DO ART. 43 DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A QUESTÃO DO SISTEMA INVESTIGATÓRIO NO BRASIL

LARA DIOVANNA NASCIMENTO RODRIGUES:

Graduanda do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

RÔMULO DE MORAIS E OLIVEIRA²³

(orientador)

RESUMO: A temática do trabalho possui como questão central o estudo do Inquérito 4.781/DF, instaurado de ofício pelo Presidente da Corte. Este estudo norteou-se a partir do objetivo em verificar a compatibilidade da instauração do referido inquérito, sob a perspectiva da Constituição Federal e do Código de Processo Penal. A metodologia empregada foi através da pesquisa jurídica, de cunho exploratória, sendo bibliográfica e documental, com análises qualitativas, considerando que foram observados entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da instauração de inquérito policial e aos direitos fundamentais que a norteiam, cujo método de abordagem teórica foi o dedutivo. Dentre os resultados alcançados tem-se demonstrado que o Código de Processo Penal e Constituição Federal são uníssonos quanto à competência e forma de instauração de inquérito, porquanto o Regimento Interno da Suprema Corte é parcialmente divergente. Concluiu-se, então, quanto a instauração do inquérito 4.781/DF, que houve afronta ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana no âmbito investigatório e aos princípios do juiz natural e do devido processo legal na perspectiva do inquérito policial comprovando-se a efetiva incompatibilidade do inquérito 4.781/DF com a Constituição Federal e o Código de Processo Penal. É recomendável, portanto, o arquivamento do inquérito, conforme requerido pela Procuradoria Geral da República.

Palavras-chave: Inquérito 4781. *Fake news*. Incompatibilidade com a Constituição. Inquérito policial instaurado de ofício.

ABSTRACT: The theme of the work has as its central issue the study of Inquiry 4.781/DF, opened ex officio by the President of the Court. This study was guided by the objective of verifying the compatibility of the opening of such an inquiry, from the perspective of the Federal Constitution and the Code of Criminal Procedure. The methodology employed was through legal research of an exploratory nature, bibliographic and documental, with

²³ Mestre em Direito. Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: romulodireito1@gmail.com

qualitative analyses, considering that doctrinal and jurisprudential understandings were observed about the opening of a police inquiry and the fundamental rights that guide it, whose theoretical approach was the deductive method. Among the results achieved, it has been shown that the Code of Criminal Procedure and the Federal Constitution are unanimous as to the competence and form of opening an inquiry, while the Internal Rules of the Supreme Court are partially divergent. It was concluded, then, as to the opening of Inquiry 4.781/DF, that there was an affront to the fundamental principle of human dignity in the investigative scope and to the principles of the natural justice and due legal process in the perspective of the police inquiry, proving the effective incompatibility of Inquiry 4.781/DF with the Federal Constitution and the Code of Criminal Procedure. It is recommended, therefore, that the investigation be closed, as requested by the Attorney General's Office.

Keywords: Inquiry 4781. Fake news. Incompatibility with the Constitution. Police inquiry instituted ex officio.

1 INTRODUÇÃO

O assunto abordado no presente trabalho envolve o estudo da instauração do inquérito nº 4.781/DF (inquérito das *fake news*) no que tange à sua compatibilidade com o que preceitua a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal.

Assim, tem-se por tema desta pesquisa a análise do referido inquérito instaurado de ofício, com base no artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observando-se a compatibilidade deste com o que preceitua o regimento constitucional e infraconstitucional, surgindo, assim, a seguinte problemática: o Inquérito nº 4.781/DF (Inquérito das Fake News), instaurado de ofício no âmbito do Supremo Tribunal Federal, possui compatibilidade com o sistema investigatório estabelecido após a Constituição de 1988?

Essa pesquisa justifica-se a partir da necessidade de realizar uma abordagem acerca da (in)compatibilidade do inquérito nº 4.781/DF (inquérito da *fake news*) com a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal, visto que a instauração do inquérito é totalmente oposta ao que preceitua a Constituição de 1988 e a legislação especial.

Este estudo norteou-se a partir de um objetivo geral em verificar se o Inquérito nº 4.781/DF, instaurado de ofício, com base no artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, possui vícios de legalidade em contrapor o texto da Constituição Federal de 1988 e do Código de Processo Penal.

O caminho percorrido para o desfecho da presente pesquisa guiou-se a partir de objetivos específicos que delinearão o trajeto metodológico adequado com o intuito de explorar pontos específicos e estratégicos da pesquisa, dentre os quais, expor, inicialmente, uma análise através do artigo 43 do Regimento interno do Supremo Tribunal Federal à luz da Constituição e do Código de Processo Penal, sobre a possível existência de irregularidades na instauração do referido inquérito.

Adiante, outro paradigma importante que norteou esta pesquisa foi a observância à possível ocorrência de desrespeito ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana no âmbito investigatório e aos princípios do juiz natural e do devido processo legal na perspectiva do inquérito policial.

A metodologia empregada foi realizada através da pesquisa jurídica, de cunho exploratório, sendo bibliográfica e documental, com análises qualitativas, considerando que foram observados entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do que dispõe a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal sobre a instauração de inquérito policial, cujo método de abordagem teórica foi o dedutivo.

A presente pesquisa foi dividida em três capítulos. O primeiro tem por objeto o estudo sobre o inquérito nº 4.781/DF, instaurado no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao segundo capítulo, foi abordado acerca da matriz investigatória no Brasil sob a ótica da Constituição Federal de 1988, com enfoque aos princípios da dignidade da pessoa humana, do juiz natural e do devido processo legal na perspectiva do inquérito policial.

Já o terceiro capítulo tratou de forma específica o artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal a cerca da instauração de *ex officio* do inquérito policial pela autoridade judicial, para uma possível solução da problemática enfrentada no presente artigo científico.

2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O INQUÉRITO Nº 4.781/DF INSTAURADO NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Inquérito 4.781 do Supremo Tribunal Federal, popularmente conhecido por inquérito das *Fake News*, tem por objetivo a apuração de “notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus calumniandi*, *diffamandi* e *injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares”²⁴.

²⁴ MASSA, Roberta Franco. **Inconstitucionalidade sob a perspectiva do acusado e do acusador no âmbito do inquérito 4.781/STF**. Anais do EVINCI – UniBrasil, Curitiba, v.5, n.1, p. 205-205, out. 2019.

Elucida ainda a Corte que o inquérito em questão possui também o fito de “verificar a existência de esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais, com o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito”²⁵, conforme despacho de 19 de março de 2019.

Instaurado de ofício por ordem do Excelentíssimo Senhor Presidente da Corte, Ministro Dias Toffoli, em 14 de março de 2019, através da Portaria 69/2019, e relatado pelo Ministro Alexandre de Moraes, o inquérito em questão possuiu como investigados inúmeras pessoas, dentre as quais grandes empresários.

Como argumento para instauração do inquérito, o Ministro Dias Toffoli utilizou o artigo 13, inciso I e o artigo 43, ambos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que assim dispõem:

Art. 13. São atribuições do Presidente: i – velar pelas prerrogativas do Tribunal;

[...]

Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro. § 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente. § 2º O Ministro incumbido do inquérito designará escrivão dentre os servidores do Tribunal.²⁶

A Constituição Federal em seu artigo 102, inciso I traz que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e

Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/anaisvinci/article/view/5022>. Acesso em: 11 set. 2021.

25 MASSA, Roberta Franco. **Inconstitucionalidade sob a perspectiva do acusado e do acusador no âmbito do inquérito 4.781/STF**. Anais do EVINCI – UniBrasil, Curitiba, v.5, n.1, p. 205-205, out. 2019. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/anaisvinci/article/view/5022>. Acesso em: 11 set. 2021.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. – Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020. Não paginado. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021.

julgar (...)”²⁷, não fazendo qualquer menção quanto “à possibilidade do órgão atuar como autoridade investigativa e instaurar inquérito”.²⁸

O artigo 129, inciso VIII, da mesma norma determina que “são funções institucionais do Ministério Público: (...) VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”²⁹.

Assim, sob a égide do dispositivo supramencionado, a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), por meio do mandado de segurança nº 36.422, alegou que “a competência constitucional para requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial é do Ministério Público”³⁰, defendendo, desta forma, a inconstitucionalidade da instauração do inquérito 4.781/STF.

Além disso, alegou a entidade ao longo do referido mandado de segurança, que:

Por meio do ato coator, o Presidente do STF de ofício e em um só ato:

- a) instaurou Inquérito Criminal em claro abuso de poder, pois o Supremo Tribunal Federal não pode se confundir com órgão investigador, em vista do princípio acusatório;
- b) designou pessoa específica para conduzir os trabalhos, violando os princípios do juiz natural e da impessoalidade, criando verdadeiro tribunal de exceção;

27 BRASIL. Ministério da Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

28 RIBEIRO, Beatriz Camargo. **Ativismo Judicial: regresso ao autoritarismo e a democracia como projeto inatingível, 2020**. Não paginado. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/8839/67650352>. Acesso em: 11 set. 2021.

29 BRASIL. Ministério da Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança: 36.422/DF**. Impetrante: Associação Nacional dos Procuradores da República; Impetrado: Presidente do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro EDSON FACHIN, em 24/10/2019, Ministério Público Federal, Procuradoria-Geral da República. Não paginado. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341580741&ext=.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021

c) fundamentou o ato em artigo do Regimento Interno da Corte que não guarda similitude fática/equivalência com os fundamentos da PORTARIA, extrapolando os âmbitos conformativos dados pela lei ao ato administrativo, pois (i) os atos investigados não ocorreram nas dependências da Suprema Corte; e (ii) não foram especificadas as autoridades investigadas e sujeitas à sua jurisdição criminal; e também

d) ainda que se entenda que o ato seja legal, o artigo de lei (RISTF) utilizado como fundamento para a edição da PORTARIA não foi recepcionado pela Constituição Federal, pois viola o sistema acusatório e a imparcialidade do Judiciário.³¹

Outra controvérsia diz respeito ao ato de designação do ministro relator, pois o artigo 66, § 2º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, dispõe que sua designação dar-se-á por meio de sorteio³². Entretanto, em relação ao inquérito 4.781/DF, verifica-se que o disposto na normativa não foi cumprido. O Ministro Relator Alexandre de Moraes fora designado de maneira direta e arbitrária, pelo então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli, sem prévio sorteio.

Ademais, vislumbra-se no inquérito que membros de uma mesma instituição atuam como juiz, investigador e vítima, ocasionando um genuíno tribunal de exceção, “que seria a escolha do magistrado encarregado de analisar determinado caso, após a ocorrência do crime e conforme as características de quem será julgado, afastando-se dos critérios legais anteriormente estabelecidos”.³³

Nesse esteio, defende a Procuradoria Geral da República que “algumas medidas cautelares foram determinadas pelo Ministro Relator sem qualquer participação da PGR”³⁴, ou seja, “o próprio Ministro Relator avaliou a pertinência dessas medidas para

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança: 36.422/DF**. Impetrante: Associação Nacional dos Procuradores da República; Impetrado: Presidente do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro EDSON FACHIN, em 24/10/2019, Ministério Público Federal, Procuradoria-Geral da República. Não paginado. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341580741&ext=.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. – Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020. Não paginado. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021.

33 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 09

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança: 36.422/DF**. Impetrante: Associação Nacional dos Procuradores da República; Impetrado: Presidente do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro EDSON FACHIN, em 24/10/2019, Ministério Público Federal, Procuradoria-Geral da República. Não

investigação. Em seguida, tal qual determina o art. 74 do RISTF, esse mesmo Ministro julgará o resultado da investigação, materializado na peça acusatória³⁵. Além disso, destacou a Procuradoria que:

Aqui, um agravante: além de investigador e julgador, o Ministro Relator do Inquérito 4781 [Alexandre de Moraes] é vítima dos fatos investigados – que seriam ofensivos à “honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares”. NÃO HÁ COMO IMAGINAR SITUAÇÃO MAIS COMPROMETEDORA DA IMPARCIALIDADE E NEUTRALIDADE DOS JULGADORES – princípios constitucionais que inspiram o sistema acusatório. [...] O que ocorre com o Inquérito n. 4781, portanto, é inédito³⁶.

Em contrapartida, fortemente defendeu a Advocacia Geral da União (AGU):

[...] O inquérito judicial constitui procedimento administrativo destinado à elucidação da infração penal, de suas circunstâncias e de sua autoria, possuindo as mesmas características que o inquérito policial: instrumental, informativo, sigiloso e inquisitório. O Ministro designado para conduzir o inquérito e o Ministro Presidente não atuam, na hipótese, como juízes acusadores. Inexistência ofensa aos preceitos constitucionais invocados como parâmetro de controle. Manifestação pelo não conhecimento da arguição e, no mérito, pela improcedência do pedido.³⁷

paginado. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341580741&ext=.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021

35 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança: 36.422/DF**. Impetrante: Associação Nacional dos Procuradores da República; Impetrado: Presidente do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro EDSON FACHIN, em 24/10/2019, Ministério Público Federal, Procuradoria-Geral da República. Não paginado. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341580741&ext=.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança: 36.422/DF**. Impetrante: Associação Nacional dos Procuradores da República; Impetrado: Presidente do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro EDSON FACHIN, em 24/10/2019, Ministério Público Federal, Procuradoria-Geral da República. Não paginado. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341580741&ext=.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança: 36.422/DF**. Impetrante: Associação Nacional dos Procuradores da República; Impetrado: Presidente do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro EDSON FACHIN, em 24/10/2019, Ministério Público Federal, Procuradoria-Geral da República. Não paginado. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341580741&ext=.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021

Nítido é que a *Fake News* é algo desprezável, devendo, assim, ser investigado. Contudo, para sua apuração deve ser feita mediante ao devido processo legal, previsto na Constituição Federal de 1988.

Portanto, tem por objetivo assegurar que o julgador seja imparcial, “visto que, num Estado Democrático de Direito, é inconcebível que os julgamentos se materializem de forma parcial, corrupta”³⁸, devendo então manter o equilíbrio que as partes esperam.

Desta forma, compreendido acerca inquérito nº 4.781/DF, instaurado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no próximo capítulo será abordado quanto à matriz jurídica investigatória no Brasil sob a ótica da Constituição Federal de 1988.

3 A MATRIZ JURÍDICA INVESTIGATÓRIA NO BRASIL SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O presente capítulo tem objeto o estudo acerca da matriz investigatória no Brasil sob a ótica da Constituição Federal de 1988, com enfoque aos princípios da dignidade da pessoa humana, do juiz natural e do devido processo legal na perspectiva do inquérito policial.

3.1 O RESPEITO AO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ÂMBITO INVESTIGATÓRIO

Ao tomar como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana para a formulação do Estado Democrático de Direito em seu artigo 1º, inciso III, a Constituição Federal de 1988 demonstra que todos os demais dispositivos, constitucionais ou infraconstitucionais, devem considerá-lo como referência para entendimento e execução.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes, conceitua dignidade como:

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária

³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 09.

estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade.³⁹

Tal princípio se trata de uma característica intrínseca e uma necessidade imprescindível a cada indivíduo. Através deste, inúmeros outros princípios se esteiam e, dentro deles, aqueles que disciplinam o inquérito e sua propositura.

Em doutrina, sobre inquérito policial, vale citar Guilherme de Souza Nucci, que diz ser “um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria”.⁴⁰

Nesse contexto, se esteia o artigo 42 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, dispondo que o presidente responde pela polícia do Tribunal, sendo que, no exercício dessa atribuição pode ele requisitar o auxílio de outras autoridades, quando necessário.⁴¹ O sistema inquisitivo (ou inquisitório) presente em um inquérito é caracterizado segundo Fernando Capez, pelo:

Procedimento em que as atividades persecutórias concentram-se nas mãos de uma única autoridade, a qual, por isso, prescinde, para a sua atuação, da provocação de quem quer que seja, podendo e devendo agir de ofício, empreendendo, com discricionariedade, as atividades necessárias aos esclarecimentos do crime de sua autoria.⁴²

Segundo Aury Lopes Junior, “os sistemas processuais inquisitório e acusatório são reflexos da resposta do processo penal frente às exigências do direito penal e do Estado da época”⁴³. Guilherme de Souza Nucci, caracteriza o sistema inquisitorial da seguinte forma:

Pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador; a confissão do réu é considerada a rainha das provas; não há debates orais, predominando procedimentos exclusivamente escritos; os julgadores não estão

39 MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 33ª ed. São Paulo, 2017. p. 66.

40 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. – 13. Ed. rev., Atual e Ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 143.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. – Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020. Não paginado. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021.

42 CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 79.

43 LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, v. 1, 2019. p. 182.

sujeitos à recusa; o procedimento é sigiloso; há ausência de contraditório e a defesa é meramente decorativa.⁴⁴

No mesmo sentido, destaca o jurista José Frederico Marques que “no sistema inquisitivo não existe processo penal, mas tão só procedimento de autotutela penal do Estado”⁴⁵. Sob outra perspectiva, Renato Brasileiro Lima, argumenta ser:

Evidente que o processo inquisitório é incompatível com os direitos e garantias individuais, violando os mais elementares princípios processuais penais. Sem a presença de um julgador equidistante das partes, não há falar em imparcialidade, do que resulta evidente violação à Constituição Federal e à própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH, art. 8º, nº 1).⁴⁶

Contudo, contrário ao sistema inquisitório, apresenta-se o sistema acusatório por ter “como principal característica a separação das funções de acusador e julgador, aceitando o contraditório e ampla defesa, nele o órgão responsável por julgar não detêm a função de investigar ou produzir provas”⁴⁷. Não obstante, Thiago André Pierobom de Ávila explana que:

No sistema acusatório, o juiz é excluído da responsabilidade de promover a ação penal e é reservado para uma posição de imparcialidade, de equidistância das partes (passividade) e afastamento do ônus de provar a prática da infração penal, que incumbe à acusação. Neste sistema, o juiz não pode investigar, não pode dar início à ação penal, não pode modificar os fatos submetidos ao julgamento, não pode incluir de ofício novos sujeitos passivos na ação, e deve ter uma posição de distanciamento na gestão da prova.⁴⁸

44 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 110.

45 MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. São Paulo: Editora Saraiva: 1980. p. 81.

46 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. 39.

47 NEVES, Gíto Motta Tribuzi Neves. **I(legalidade) do inquérito 4781/STF: Inquérito das Fake News**. Metzter, s.d., não paginado. Disponível em: <https://www.metzter.com/projects/ilegalidade-do-inquerito-4781stf-inquerito-das-fake-news-5f634eebb32829001891334a>. Acesso em: 03 out. 2021.

48 ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **A nova ordem das perguntas às testemunhas no processo penal**. Promotor de Justiça do MPDFT, Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, Professor de Direito Processual Penal da FESMPDFT, 2010. Não paginado. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11604/a-nova-ordem-das-perguntas-as-testemunhas-no-processo-penal/2>. Acesso em: 03 out. 2021.

Em consonância defende a Procuradoria Geral da República, já que alega que no presente caso “não há como imaginar situação mais comprometedora da imparcialidade e neutralidade dos julgadores”⁴⁹.

3.2 OS PRINCÍPIOS DO JUIZ NATURAL E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NA PERSPECTIVA DO INQUÉRITO POLICIAL

A Constituição de 1988 em seu artigo 5º, inciso III, disciplina que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”⁵⁰, garantindo, deste modo, o princípio do juiz natural. Guilherme de Souza Nucci descreve que o referido princípio:

Estabelece o direito do réu de ser julgado por um juiz previamente determinado por lei e pelas normas constitucionais, acarretando, por consequência, um julgamento imparcial. [...] Seu contraponto é a vedação ao juízo ou tribunal de exceção (art. 5.º, XXXVII, CF), ou seja, a nomeação de um juiz ou a constituição de um tribunal, após a prática do delito, especialmente para julgar o seu autor.⁵¹

Já no que tange a este princípio relacionado ao Inquérito 4.781 do Supremo Tribunal Federal, Eduardo Luiz Santos Cabette expõe que:

A atribuição da investigação não se deu por sorteio ou distribuição e, nesse passo, fere o Princípio do Juiz Natural. O cidadão deve contar com a garantia de ser julgado ou, no caso, “*ad argumentandum tantum*”, investigado, por um juiz previamente designado de forma objetiva por um procedimento no qual a distribuição é muito importante. A distribuição é um critério objetivo de estabelecimento de atribuição e competência, que afasta a perigosa subjetividade de uma designação arbitrária que tanto pode ser feita com o fito de prejudicar como de beneficiar o réu ou investigado. Essa garantia é de tal importância num Estado Democrático Constitucional de Direito que hoje já se fala também na doutrina de um Promotor Natural e de um Delegado Natural (este último com base na Lei Federal 12.830/06

49 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. – Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020. Não paginado. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021.

50 BRASIL. Ministério da Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

51 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 158.

– artigo 1º., § 4º.). Não importa aqui se o Ministro Alexandre de Moraes é um jurista competente, um magistrado probo, se está ou não agindo de forma escorreita na prática de seus atos. O Princípio do Juiz Natural é uma garantia inafastável do cidadão, não havendo margem para discricionariedade na indicação do magistrado que atuará num caso concreto (inteligência do artigo 5º., XXXVII e LIII, CF).⁵²

Contudo, apesar de todo o exposto, para instauração do referido inquérito, a Suprema Corte se pautou na legislação constitucional e infraconstitucional, visto que a Constituição Federal 1988 disciplina que um inquérito pode ser instaurado de ofício, porquanto o próprio Regimento Interno da Corte, garante a ela a competência de instaurar inquérito, ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro⁵³.

Cedido é que um inquérito pode ser iniciado i) de ofício, ii) pela provocação do ofendido, iii) pela requisição da autoridade competente e iv) pela lavratura do auto de prisão em flagrante, conforme explana Greco Filho Vicente:

Instaura-se formalmente o inquérito de ofício, por portaria da autoridade policial, pela lavratura de flagrante, mediante representação do ofendido ou requisição do juiz ou do Ministério Público, devendo todas as peças do inquérito ser, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas.⁵⁴

No que tange ao item i, Renato Brasileiro Lima (2020, p. 1712-1713) sustenta que alguns dispositivos, como o art. 29 do Código Penal, foram revogados de forma tácita pela Constituição de 1988, retirando, desta forma, a possibilidade de abertura de inquérito por meio de ofício:

52 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Inquérito judicial das fake news: as obviedades que precisam ser explicadas**. Meu site jurídico, Editora juspodivm, 2020. Delegado de Polícia aposentado, Assessor e Parecerista Jurídico, Mestre em Direito Social, Pós – graduado em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia, Medicina Legal e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós – graduação do Unisal. Não paginado. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/06/04/inquerito-judicial-das-fake-news-obviedades-que-precisam-ser-explicadas/>. Acesso em: 03 out. 2020.

53 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. – Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020. Não paginado. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021.

54 GRECO, Filho Vicente. **Manual de processo penal**. 9ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 126.

Como se sabe, até o advento da Constituição Federal de 1988, era possível que o órgão jurisdicional desse início a um processo penal condenatório de ofício (processo judicialiforme). Era o que ocorria nas hipóteses estabelecidas na Lei nº 4.611/65 (crimes culposos de lesão corporal ou de homicídio) e nos casos de contravenções penais: vide art. 26 e antiga redação do art. 531 (o art. 531 teve sua redação alterada pela Lei nº 11.719/08). Com a outorga da titularidade da ação penal pública ao Ministério Público pela Constituição Federal, doutrina e jurisprudência já eram uníssonas em apontar que os arts. 26 e 531 (em sua redação original) não haviam sido recepcionados pela Carta Magna de 1988. Com a reforma processual de 2008, não há mais qualquer dúvida acerca da inaplicabilidade de tais dispositivos: a uma, porque o art. 531 teve sua redação modificada, dispondo, atualmente, sobre o procedimento sumário; a duas, porque o art. 257, I, do CPP, passou a prever de maneira expressa que ao Ministério Público cabe promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida no CPP, revogando, tacitamente, o art. 26 do CPP.⁵⁵

O princípio de devido processo legal se relaciona com diversos outros, como o princípio da legalidade, da legitimidade e à jurisdição. Esse princípio versa que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”⁵⁶, ao mesmo passo que assevera que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.⁵⁷

O princípio em comento possui tal relevância que é uma garantia contida na Declaração Universal dos Direitos Humanos ao declarar em seu artigo 8º que, “todo o homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”.⁵⁸

55 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 1712-1713.

56 BRASIL. Ministério da Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

57 BRASIL. Ministério da Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

58 BRASIL. Senado Federal. **Direitos Humanos**. – 3. Ed. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007. p. 15. Disponível em:

Assim, Patrícia Salomão explica que “o princípio do devido processo legal garante inúmeros outros postulados como os princípios do contraditório, da ampla defesa e da motivação, sendo o contraditório, o direito que tem as partes de serem ouvidas nos autos”.⁵⁹

Joaquim Canuto Mendes de Almeida conceitua o contraditório como uma “ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los”⁶⁰, ou seja, a possibilidade do indivíduo se defender daquilo que lhe foi imputado.

Entretanto, um inquérito trata-se de um procedimento administrativo, porém de caráter inquisitorial. Assim, não há obrigatoriedade de contraditório no inquérito. Fernando Capez (1997, p. 28) esclarece que “o contraditório é um princípio típico do processo acusatório, inexistindo no inquisitivo”⁶¹.

No mesmo sentido, é o entendimento jurisprudencial da Suprema Corte no sentido de que “o inquérito policial é peça meramente informativa, não suscetível de contraditório”⁶². Constatando-se, assim, que não há contraditório durante a fase da investigação criminal.

4 O ARTIGO 43 DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A DISCUSSÃO ACERCA DA INSTAURAÇÃO *EX OFFICIO* DO INQUÉRITO POLICIAL PELA AUTORIDADE JUDICIAL

A competência do Ministro do Supremo Tribunal Federal para instaurar o inquérito 4781 se deu através da interpretação do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que dispõe:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/154492/000154492.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso: 04 out. 2021.

59 SALOMÃO, Patrícia. **O princípio do devido processo legal**. Sistema Educacional online, Juris Way, 2008. Não paginado. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=866. Acesso em: 04 out. 2021.

60 ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **A Contrariedade na Instrução Criminal**. Tese de livre-docência apresentada junto ao Departamento de Direito Processual da FADUSP, São Paulo, 1937. Não paginado. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/393209583/ALMEIDA-Joaquim-Canuto-Mendes-de-A-CONTRARIEDADE-NA-INSTRUCAO-CRIMINAL-1937-pdf>. Acesso em: 04 out. 2021.

61 CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 28.

62 BRASIL Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Inquérito 3.387/CE**. Agravante: Maria Gorete Pereira; Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Dias Toffoli. 2ª Turma, 15/12/2015. Não paginado. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10350303>. Acesso em: 04 out. 2021.

Art. 43: Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.

§ 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente.

§ 2º O Ministro incumbido do inquérito designará escrivão dentre os servidores do Tribunal.⁶³

Não obstante, tem-se a oficialidade do inquérito que, de acordo com Diego Augusto Bayer, é um princípio onde “a pretensão punitiva do Estado deve se fazer valer por órgãos públicos, ou seja, a autoridade policial, no caso do inquérito, e o Ministério Público, no caso da ação penal pública.”⁶⁴ O Código de Processo Penal disciplina em seu artigo 4º que:

Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.⁶⁵

Ou seja, não apenas à própria autoridade policial é permitida a instauração de inquérito, mas também às autoridades administrativas, sendo estas igualmente competentes para fazê-lo.

63 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. – Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020. Não paginado. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021.

64 BAYER, Diego Augusto. **Princípios Fundamentais do Direito Processual Penal** – parte 05, 2013. Não paginado. Disponível em: <https://diegobayer.jusbrasil.com.br/artigos/121943169/principios-fundamentais-do-direito-processual-penal-parte-05>. Acesso em: 10 out. 2021.

65 BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**. Presidência da República: Casa Civil. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 out. 2021.

Em contrapartida, a Lei Maior, em seu art. 129, inciso VIII, explicita que requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial é função institucional do Ministério Público.⁶⁶

4.1 OS SISTEMAS INVESTIGATÓRIOS NO BRASIL DE ACORDO COM A ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL VIGENTE

A investigação no Brasil pode se dar por meio do setor estatal e do setor privado. Em relação à primeira, a investigação é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através da polícia federal, da polícia rodoviária federal, da polícia ferroviária federal, das polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares e das polícias penais federal, estaduais e distrital.⁶⁷

Nos termos do dispositivo supracitado, a polícia visa à proteção da ordem pública e a integridade das pessoas e do patrimônio. A polícia administrativa, ou polícia de prevenção, atua antes da infração penal com o intuito de impedi-la que ocorra, porquanto, a polícia judiciária é aquela que atua de forma repressiva, ou seja, após a prática do fato delituoso, a fim de investigá-lo⁶⁸. Na perspectiva de Romeu de Almeida Salles Júnior:

Inquérito Policial é o procedimento destinado à reunião de elementos acerca de uma infração penal. É o conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária, para apuração de uma infração penal e sua autoria, para que o titular da ação penal possa ingressar em juízo, pedindo a aplicação da lei ao caso concreto.⁶⁹

Eduardo Luiz Santos Cabette, elucida que é necessário atentar para o fato de que o inquérito policial não deve ser conceituado somente sob o ponto de vista que destaca sua função de fornecer elementos ao titular da ação penal, mas que, na realidade, o inquérito policial sirva não somente para embasar a futura ação penal, como também, em

66 BRASIL. Ministério da Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

67 BRASIL. Ministério da Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

68 WENDT, Emerson; LOPES, Fábio Motta. **Investigação Criminal: ensaios sobre a arte de investigar crimes**. Rio de Janeiro: Brasport, 2014, p.3870.

69 SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. **Inquérito Policial e Ação Penal**. 5a. Ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 03.

certos casos, para demonstrar exatamente o inverso, ou seja, a desnecessidade ou o não cabimento de uma eventual ação penal.⁷⁰

O inquérito é um instrumento imparcial, não vinculado à futura acusação, podendo em seu bojo trazer elementos de interesse da defesa do suposto autor da infração. Reduzi-lo a fornecedor de elementos ao titular da ação penal é manietar sua verdadeira função, muito mais ampla e relevante à consecução da Justiça⁷¹.

Segundo Eduardo Luiz Santos Cabette, “no modelo brasileiro o inquérito policial tem grande importância na elucidação dos fatos, na eficácia da persecução penal e pode ter uma relevante função na consecução da garantia constitucional de um devido processo legal”⁷².

A Magna Carta, ao atribuir à cada órgão uma diferente função, destacou o sistema acusatório, visando impedir a concentração de poderes nas mãos de um mesmo órgão. Desta feita, não há que se falar em atividades distintas sendo exercidas pelo mesmo órgão, vez que, o artigo 129, inciso I, da Constituição Federal de 1988, atribui ao Ministério Público a promoção da ação penal, sobejando aos juízes apenas a incumbência de apenas julgar.⁷³

70 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **O papel do Inquérito Policial no Sistema Acusatório: o modelo brasileiro.** Delegado de Polícia em Guaratinguetá (SP). Mestre em Direito Social. Pós-graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia. Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação da Unisal. Jun/2009, não paginado. Disponível em: [http://www.amdepol.org/arquivos/\(Opapeldoinqueritopolicialnosistemaacusatorioprojeto\).pdfb0fa3.pdf](http://www.amdepol.org/arquivos/(Opapeldoinqueritopolicialnosistemaacusatorioprojeto).pdfb0fa3.pdf). Acesso em: 10 out. 2021

71 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **O papel do Inquérito Policial no Sistema Acusatório: o modelo brasileiro.** Delegado de Polícia em Guaratinguetá (SP). Mestre em Direito Social. Pós-graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia. Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação da Unisal. Jun/2009, não paginado. Disponível em: [http://www.amdepol.org/arquivos/\(Opapeldoinqueritopolicialnosistemaacusatorioprojeto\).pdfb0fa3.pdf](http://www.amdepol.org/arquivos/(Opapeldoinqueritopolicialnosistemaacusatorioprojeto).pdfb0fa3.pdf). Acesso em: 10 out. 2021.

72 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **O papel do Inquérito Policial no Sistema Acusatório: o modelo brasileiro.** Delegado de Polícia em Guaratinguetá (SP). Mestre em Direito Social. Pós-graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia. Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação da Unisal. Jun/2009, não paginado. Disponível em: [http://www.amdepol.org/arquivos/\(Opapeldoinqueritopolicialnosistemaacusatorioprojeto\).pdfb0fa3.pdf](http://www.amdepol.org/arquivos/(Opapeldoinqueritopolicialnosistemaacusatorioprojeto).pdfb0fa3.pdf). Acesso em: 10 out. 2021.

73 BRASIL. Ministério da Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

O sistema acusatório predominou sob o direito processual penal até o século XII, quando, a partir de então, este sistema foi paulatinamente sendo substituído pelo inquisitivo. De forma predominante, os doutrinadores defendem que o atual sistema empregado é o misto, estando presentes ambos, o acusatório e o inquisitivo, visto que a fase precedente ao processo é inquisitorial, porquanto, no decorrer do processo, é empregado o acusatório.

Todavia, de forma antagônica, se faz o entendimento do jurista Aury Lopes Júnior que defende:

Ora, afirmar que o "sistema é misto" é absolutamente insuficiente, é um reducionismo ilusório, até porque não existem mais sistemas puros (são tipos históricos), todos são mistos. A questão é, a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros, identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação feita a partir do seu núcleo é de extrema relevância.⁷⁴

Aury Lopes Júnior explica ainda que:

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu.⁷⁵

O mesmo jurista explana que o sistema acusatório é definido pela separação entre o juiz e as partes, sendo absolutamente incompatível com o sistema acusatório a prática de atos de caráter probatório ou persecutório por parte do juiz, como, por exemplo, a decretação de prisão preventiva de ofício por parte do magistrado; a decretação de busca e apreensão, de ofício; a iniciativa do corpo probatório a cargo do juiz; a condenação do réu sem pedido do Ministério Público bem como vários outros dispositivos do Código de Processo Penal que atribuem ao juiz um ativismo tipicamente inquisitivo. Todas essas práticas são incompatíveis com o papel do magistrado e ferem de morte a imparcialidade, pois a contaminação e os pré-julgamentos feitos por um juiz inquisidor são manifestos.⁷⁶

74 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 41.

75 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 42.

76 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 46.

O sistema misto permite que no mesmo processo haja duas fases. A primeira, realizada pela polícia judiciária, se caracteriza o sistema inquisitivo, sendo este de cunho investigativo, cuja a próxima fase se faz presente o sistema acusatório, dirigido por um juiz, havendo aqui o contraditório e a ampla defesa. Nesse sentido, Aury Lopes Júnior aduz ainda que:

É reducionismo pensar que basta ter uma acusação (separação inicial das funções) para constituir-se um processo acusatório. É necessário que se mantenha a separação para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite a imparcialidade do juiz.⁷⁷

Contudo, de maneira diversa compreende Guilherme de Souza Nucci, ao defender que:

Não se pode apagar a realidade com a utilização de mera teoria. A investigação do crime inicia-se, como regra, na delegacia, instaurando-se o inquérito policial, de natureza inquisitiva e trâmite nos moldes do sistema inquisitivo. Nesse procedimento administrativo, colhem-se provas a serem utilizadas, posteriormente, no contraditório judicial, com força probatória definitiva (laudos, medidas cautelares etc.). Durante o referido procedimento, há a atuação de um magistrado, não raras vezes o mesmo que irá receber futura denúncia ou queixa e julgará o réu. Esse juiz, fiscalizador do inquérito, pode decretar uma prisão preventiva ou uma busca e apreensão. Posteriormente, recebe a peça acusatória, instrui o feito e, de maneira imparcial, julga a causa. Esta é a realidade contra a qual doutrina alguma pode opor-se. Este é o sistema *existente*, que é misto. Há lanços inquisitivos e toques acusatórios.⁷⁸

Nota-se, portanto, que não há uma classificação unânime relacionado ao sistema processual penal brasileiro, isto ocorre em função dos vários artigos contidos no Código de Processo Penal ir de encontro a direitos e princípios da Constituição Federal de 1988.

4.2 DA RECEPÇÃO OU NÃO DO ARTIGO 43 DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A PARTIR DO CASE DO "INQUÉRITO DAS FAKES NEWS

77 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 47.

78 NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 73.

O presente tópico tem por objetivo, chegar há uma possível resposta da problemática que consiste em saber se o Inquérito 4.781/DF (Inquérito das Fake News), instaurado de ofício no âmbito do Supremo Tribunal Federal, possui compatibilidade com o sistema investigatório estabelecido após a Constituição de 1988?

O artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal preceitua que “ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro”.⁷⁹

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 no artigo 129, inciso I, outorga privativamente ao Ministério Público, a promoção de ação penal pública, na forma da lei.⁸⁰ Isto ocorre porque segundo Ramos cruz,

O sistema acusatório se define em atribuições específicas de defender, compreendendo os advogados e defensores públicos, a de julgar, abarcando os magistrados, e, claro, os Ministros das Côrtes superiores. Por fim, a acusação, recai aos membros do Ministério Público [...].⁸¹

Desta forma, as atribuições processuais são divididas entre os órgãos para que não haja um verdadeiro tribunal de exceção, preservando, sobretudo, a imparcialidade dos julgadores.

Destaca-se ainda que, na mesma portaria que foi instaurado o inquérito 4781, Portaria 69/2019, já foi previamente designado o relator, nem que houvesse a devida distribuição.

79 BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). **Regimento Interno do STF**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 11 outubro de 2021.

80 BRASIL. Ministério da Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 set. 2021

81 CRUZ, Ramos. **O “inquérito supremo” é tecnicamente legal?** Revista Jurídico Certo, 08/10/2019. Não paginado. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/ramos-cruz-adv/artigos/o-inquerito-supremo-e-tecnicamente-legal-5329>. Acesso em: 11 out. 2021.

Contudo, segundo Beatriz Camargo Ribeiro “tal dispositivo é pré-constitucional, adveio ao ordenamento jurídico em 1980, e não foi recepcionado pela atual Constituição Federal, uma vez que totalmente contrário ao sistema acusatório por ela trazido”.⁸²

Desta forma, fica claro que não há possibilidade de o órgão julgador iniciar as investigações, sendo tão somente ao Ministério Público. Isto decorre em função do princípio da imparcialidade, o que fica evidente nas palavras de Guilherme de Souza Nucci:

Toda pessoa tem o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e **imparcial**, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza” (destaque nosso).

Por outro lado, **para não perder a sua imparcialidade, não pode o juiz agir de ofício para dar início à ação penal. Cabe ao titular da ação penal, que é o Ministério Público (art. 129, I, CF)**, como regra, essa providência. Não propondo a ação penal, no prazo legal, pode o particular ofendido tomar a iniciativa (art. 5.º, LIX, CF). A conjugação das referidas normas constitucionais demonstra a sua previsão implícita na Carta Magna. E mais: deve o magistrado julgar o pedido nos estritos limites em que foi feito, não podendo ampliar a acusação, piorando a situação do réu, sem aditamento à denúncia, promovido por quem de direito.⁸³ (grifo do autor)

Marco importante foi a reforma da Lei 13.964/2019 conhecida como “Pacote Anticrime”, que “introduziu a figura do juiz das garantias, que tem por finalidade, justamente, assegurar, cada vez mais, o juiz imparcial”⁸⁴, que assim dispõe o artigo 3º-A da Lei 13.964/2019: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”⁸⁵.

82 RIBEIRO, Beatriz Camargo. **Ativismo Judicial: regresso ao autoritarismo e a democracia como projeto inatingível, 2020**. Não paginado. Disponível em:

<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/8839/67650352>. Acesso em: 26 maio 2021.

83 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 10.

84 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 10.

85 BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Paco Anticrime**. Brasília: Casa civil. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 25 maio 2021.

Portanto, ao instaurar o inquérito 4.781 de ofício pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli, este foi totalmente em sentido contrário ao texto constitucional, assim não possuindo compatibilidade com a Carta Magna.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa norteou-se a partir de um objetivo geral em verificar a compatibilidade da instauração do referido inquérito (Inquérito das Fake News) sob a perspectiva da Constituição Federal de 1988 e do Código de Processo Penal Brasileiro, de modo a certificar se sua propositura se deu conforme preceitua o mandamento constitucional e infraconstitucional.

Nesta senda conclusiva, o caminho percorrido para o desfecho da presente pesquisa guiou-se a partir de objetivos específicos que delinearão o trajeto cognitivo de aferição das informações jurídicas através da pesquisa bibliográfica e documental, com o intuito de explorar pontos específicos e estratégicos da pesquisa, dentre os quais, expor, inicialmente, uma análise através do art. 43 do RISTF à luz da Constituição e do Código de Processo Penal, sobre a possível existência de irregularidades na instauração do referido inquérito.

Ao abordar tais condições jurídicas, notou-se que o Código de Processo Penal e Constituição Federal são uníssonos quanto à competência e forma de instauração de inquérito, porquanto o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em seu artigo 43, é parcialmente divergente. Concluiu-se, então, no que tange a instauração do inquérito 4781/DF, houve o conflito aparente de normas, devendo-se considerar o princípio hierárquico.

Outros paradigmas nortearam a presente pesquisa, e um objetivo específico fundamental para se chegar à conclusão deste estudo foi a análise do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana no âmbito investigatório e dos princípios do juiz natural e do devido processo legal na perspectiva do inquérito policial, princípios que norteiam a instauração de um inquérito policial.

Com isso, diante da análise desenvolvida, verificou-se o desrespeito quanto aos princípios supramencionados, visto que a Constituição Federal de 1988 assegura ao Ministério Público a propositura de inquérito policial, além de que o relator foi escolhido de maneira arbitrária, sem prévia distribuição.

Assim, com o desfecho desta pesquisa, conclui-se que o a instauração do inquérito 4781/DF se deu através de uma interpretação incerta da Constituição no que tange a competência da propositura de um inquérito, privando, desta forma, o Ministério Público de exercer sua atribuição legal, além de que, por desrespeitar os princípios do juiz natural

e do devido processo legal, configura os membros do Supremo Tribunal Federal nas posições de vítimas, julgadores e investigadores.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **A Contrariedade na Instrução Criminal**. Tese de livre-docência apresentada junto ao Departamento de Direito Processual da FADUSP, São Paulo, 1937. Não paginado. Disponível em:

<https://pt.scribd.com/document/393209583/ALMEIDA-Joaquim-Canuto-Mendes-de-A-CONTRARIEDADE-NA-INSTRUCAO-CRIMINAL-1937-pdf>. Acesso em: 04 out. 2021.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **A nova ordem das perguntas às testemunhas no processo penal**. Promotor de Justiça do MPDFT, Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, Professor de Direito Processual Penal da FESMPDFT, 2010. Não paginado. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11604/a-nova-ordem-das-perguntas-as-testemunhas-no-processo-penal/2>. Acesso em: 03 out. 2021.

BAYER, Diego Augusto. **Princípios Fundamentais do Direito Processual Penal** – parte 05, 2013. Não paginado. Disponível em:

<https://diegobayer.jusbrasil.com.br/artigos/121943169/principios-fundamentais-do-direito-processual-penal-parte-05>. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**. Presidência da República: Casa Civil. Não paginado. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Paco Anticrime**. Brasília: Casa civil. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 25 maio 2021.

BRASIL. Ministério da Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Casa Civil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Inquérito 3.387/CE**.

Agravante: Maria Gorete Pereira; Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Dias Toffoli. 2ª Turma, 15/12/2015. Não paginado. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10350303>. Acesso em: 04 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança: 36.422/DF**. Impetrante: Associação Nacional dos Procuradores da República; Impetrado: Presidente do Supremo

Tribunal Federal. Relator: Ministro EDSON FACHIN, em 24/10/2019, Ministério Público Federal, Procuradoria-Geral da República. Não paginado. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341580741&ext=.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Direitos Humanos**. – 3. Ed. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007. p. 15. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/154492/000154492.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso: 04 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. – Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020. Não paginado. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Inquérito judicial das fake news: as obviedades que precisam ser explicadas**. Meu site jurídico, Editora juspodivm, 2020. Delegado de Polícia aposentado, Assessor e Parecerista Jurídico, Mestre em Direito Social, Pós – graduado em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia, Medicina Legal e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós – graduação do Unisal. Não paginado. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/06/04/inquerito-judicial-das-fake-news-obviedades-que-precisam-ser-explicadas/>. Acesso em: 03 out. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CRUZ, Ramos. **O “inquérito supremo” é tecnicamente legal?** Revista Jurídico Certo, 08/10/2019. Não paginado. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/ramos-cruz-adv/artigos/o-inquerito-supremo-e-tecnicamente-legal-5329>. Acesso em: 11 out. 2021.

GRECO, Filho Vicente. **Manual de processo penal**. 9^a. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, v. 1, 2019.

MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Processual Penal. São Paulo: Editora Saraiva: 1980.

MASSA, Roberta Franco. **Inconstitucionalidade sob a perspectiva do acusado e do acusador no âmbito do inquérito 4.781/STF**. Anais do EVINCI – UniBrasil, Curitiba, v.5, n.1, p. 205-205, out. 2019. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/anaisvinci/article/view/5022>. Acesso em: 11 set. 2021.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 33^a ed. São Paulo, 2017.

NEVES, Gioto Motta Tribuzi Neves. **I(legalidade) do inquérito 4781/STF: Inquérito das Fake News**. Mettzer, s.d., não paginado. Disponível em: <https://www.mettzer.com/projects/ilegalidade-do-inquerito-4781stf-inquerito-das-fake-news-5f634eebb32829001891334a>. Acesso em: 03 out. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. – 13. Ed. rev., Atual e Ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 4^a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RIBEIRO, Beatriz Camargo. **Ativismo Judicial: regresso ao autoritarismo e a democracia como projeto inatingível, 2020**. Não paginado. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/8839/67650352>. Acesso em: 11 set. 2021.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. **Inquérito Policial e Ação Penal**. 5a. Ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

SALOMÃO, Patrícia. **O princípio do devido processo legal**. Sistema Educacional online, Juris Way, 2008. Não paginado. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=866. Acesso em: 04 out. 2021.

WENDT, Emerson; LOPES, Fábio Motta. **Investigação Criminal: ensaios sobre a arte de investigar crimes**. Rio de Janeiro: Brasport, 2014.

A IMPORTÂNCIA DO ISOLAMENTO PARA ENFRENTAR APANDEMIA: DIREITO DE IR E VIR EM UMA ÓTICA NÃO ABSOLUTA

EULÁLIA CRISTINA COSTA OLIVEIRA:

Bacharelada em Direito da Universidade de Gurupi.

ALEXANDRE ORION REGINATO.

(orientador)

RESUMO: O artigo destaca importância do isolamento para enfrentar a pandemia, onde se coloca em debate a liberdade e a vida, encontram-se inúmeros questionamentos, nessa linha de raciocínio, o objetivo maior é saber até onde o direito de locomoção é garantido na constituição federal. Em relação ao direito constitucional de ir e vir buscou-se distinguir sobre as suas limitações. Sabendo então que após tais questionamentos algumas normas infraconstitucionais foram editadas prevendo severas restrições ao direito de locomoção onde envolve o conflito aparente entre os princípios da liberdade de locomoção e direito à saúde, faz-se necessário uma análise maior sobre o tema.

Palavras-chave: Direito. Constituição. Locomoção. Restrição. Saúde.

ABSTRACT: The article highlights the importance of isolation to face the pandemic, where freedom and life are debated, there are numerous questions, in this line of reasoning, the main objective is to know how far the right of movement is guaranteed in the federal constitution. Regarding the constitutional right to come and go, an attempt was made to distinguish its limitations. Knowing then that after such questioning, some infra-constitutional norms were edited foreseeing severe restrictions to the right of locomotion where it involves the apparent conflict between the principles of freedom of locomotion and the right to health, a further analysis on the subject is necessary.

Keywords: Law. Constitution. Locomotion. Restriction. Health.

1. INTRODUÇÃO

Em meio a uma pandemia mundial, vale a pena observar sobre a importância da interpretação do direito, pois o maior entrave para a sociedade é saber como lidar com o que é imposto para cumprirmos, pois vivemos em um país que não estava preparado para tal situação. Conformeo artigo 5º, XV da CF/88 ,que prevê : "é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele

entrar, permanecer ou dele sair com seus bens” , interpreta-se que temos o direito de ir e vir , o direito ,contudo, não é absoluto porque a própria constituição prevê a sua limitação.

Sabendo então que a constituição ressalva que o direito de ir e vir são válidos mais não colocando em risco a vida do outrem e preservandonão apenas um direito particular mais atentando para um direito coletivo.

A Lei 13.979/20, regulamentada pelo decreto 356/20 do ministério da saúde prevê muitas maneiras de evitar a propagação da infecção e prevenção. Nesse contexto a lei prevê as medidas de isolamento e quarentena, além de trazer medidas para resguardar o direito a saúde de cada individuo. Assim percebemos que o legislativo teve minuciosos cuidados para não retirar o direito de liberdade da pessoa e sim cuidar para diminuir e prevenir a letalidade de pessoas.

Os gestores, por sua vez têm total liberdade de decretar a quarentena em seu estado e que o descumprimento de tais medidas pode acarretar vários problemas como até mesmo uma prisão conforme dispõe o artigo 268 do código penal "infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa".

Devemos questionar sobre o isolamento ter eficácia para a não propagação do vírus e conforme a organização mundial de saúde e exemplos de outros países, a diminuição do contato entre os indivíduos foi a providencia mais adequada atualmente, afastar as pessoas e diminuir o fluxos são medidas que combatem a pandemia.

A grande questão é que se não tivermos essa liberdade um pouco restrita no momento que estamos passamos, iremos viver esse surto em longo prazo, pois, o presente cenário nos dar uma única opção, se isolar para evitar ou índices de letalidade cada vez maior.

Nesse sentido, objetiva-se analisar a importância do isolamento sendo respaldado em lei, a legalidade de medidas administrativas em contraste com os direitos fundamentais, como também uma solução e articulação para conseguirmos enfrentar de forma que visa o direito coletivo.

2.PANDEMIA DO COVID-19

Quando observa-se a pandemia da COVID-19, vislumbra-se afirmar que algumas medidas restritivas (limitação do acesso e da circulação de pessoas têm sido tomadas a fim de evitar a propagação do vírus) que vem sendo acentuadas por alguns Estados.

Tais medidas trazem à tona os limites do Estado dentro da locomoção dos indivíduos, trazendo à tona o direito à saúde garantindo medidas que visem conter o risco de doença.

Neste quadro, a Constituição Federal traz em seu art. 5º, XV, a liberdade de locomoção dentro do território brasileiro, que consiste no direito fundamental de ir e vir. Trata-se de um direito de primeira dimensão que trouxe obrigações negativas para o Estado, ou seja, obrigação de não intervir, a fim de proteger a esfera da autonomia pessoal frente às eventuais arbitrariedades cometidas pelo Estado. (MOURA, 2020, p.1)

Mesmo analisando o direito de ir e vir, observa-se que nenhum é absoluto, posto que deve ser levado em conta que “as medidas tomadas devem estar respaldadas pela adequação, necessidade e análise do custo-benefício, ou seja, os benefícios devem estar presentes em maior escala.” (MOURA, 2020, p.1)

O papel do Judiciário é de grande importância na garantia da segurança pública em saúde, pois cabe à justiça fiscalizar o Estado e até mesmo o setor privado na implementação das políticas públicas na área da saúde. Foi aprovada a Lei 13.979 / 20 para combater a COVID-19 como medida emergencial de saúde pública, impondo isolamento e a quarentena obrigatórios como forma de combate ao vírus. (SALES, 2020)

O isolamento é para salvar vidas, precisamos desafogar o judiciário que estão abarrotados de causas judiciais anteriores ao covid-19. A partir do ponto em que as pessoas buscam o judiciário para solucionar problemas da quarentena, estão sufocando o sistema judicial do Brasil. Ao se negar uma vaga de leito, o que mais ocorre é as pessoas procurarem o judiciário para solucionar a questão. A falta de vagas não é por má vontade dos hospitais, mas por não ter mais vagas pela superlotação nos hospitais. (SALES, 2020, p.1)

“Além disso, a própria Constituição relativiza o exercício deste direito no momento que dispõe que se aplica no tempo de paz, além de deixar ao encargo de lei infraconstitucional uma possível restrição.” (MOURA, 2020, p.1)

Cita-se também o art. 139, I da CRFB/88 que estabelece que durante o estado de sítio poderá haver obrigação de permanência em determinada localidade e o art. 27 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos que estabelece que em caso de guerra, de perigo público ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado parte, este poderá adotar disposições que, na

medida e pelo tempo estritamente limitado às exigências da situação, suspensão as obrigações contraídas na referida Convenção.(SALES,2020,p.1)

Ressalta-se que a saúde é um direito social, guardado pela Constituição em seus artigos 6º e 196, tratando-se de direito de segunda dimensão, que estabelece uma prestação positiva do Estado, se relacionando diretamente com os objetivos de justiça social e com o direito à vida. (SALES,2020)

A crise de saúde da Covid-19 entrou em nossas vidas para refletir em todos os atos 'humanos praticados e cometidos no mundo. Mesmo com a afirmação dos direitos fundamentais, o direito à vida e à saúde não é respeitado em muitas partes do mundo. A falta de empatia com o sistema gerou uma crise que não sabemos ao certo quando terminará.

3. MEDIDAS DE SEGURANÇA: ISOLAMENTO SOCIAL COMO NECESSIDADE

A lei 13.979/2020 desta como medida de segurança o isolamento social, a quarentena e a restrição à entrada e saída do país ou locomoção interestadual e intermunicipal, conforme a disposição abaixo:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas: (Redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

I - isolamento;
II - quarentena;
[...]

VI - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de: (Redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

a) entrada e saída do País; e (Incluído pela Medida Provisória nº 926,de 2020)

b) locomoção interestadual e intermunicipal; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

O isolamento social se faz necessário devido a grande demanda do sistema de saúde em acolher todos os pacientes infectados. A exposição sem restrições dos indivíduos ao coronavírus pode acarretar um problema extremo para a saúde podendo o próprio sistema entrar em uma crise sanitária.

O artigo 2º da Lei 13.979/2020 em consonância com o Regulamento Sanitário Internacional definem os conceitos de isolamento e quarentena:

Art. 2º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e

II - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus.

Parágrafo único. As definições estabelecidas pelo Artigo 1 do Regulamento Sanitário Internacional, constante do Anexo ao Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020, aplicam-se ao disposto nesta Lei, no que couber.

Se tratando da eficácia do distanciamento social, o estudo inglês *Physical distancing interventions and incidence of coronavirus disease 2019: natural experiment in 149 countries* avaliou as relações entre as medidas de distanciamento e o avanço da covid-19 em 149 países ou regiões, com dados sobre casos diários relatados de covid-19 e em todo o mundo, elas se mostraram eficazes na redução de novos casos de covid-19.

O distanciamento é uma das medidas para evitar a propagação do vírus, vale dizer que o distanciamento não é a privação total do indivíduo. Existem duas formas muito explicativa para resumir o isolamento que pode ser classificado como: isolamento vertical e isolamento horizontal.

Sendo o primeiro voltado para os grupos de risco que devem ficar em suas residências evitando o contato direto com pessoas que tenham uma maior circulação já o segundo são medidas mais restritivas para toda população com exceções aos serviços essenciais.

É importante cada município adotar uma estratégia específica para facilitar a normalização da sociedade, voltando a retomar com os protocolos garantido assim a segurança de todos. A população deve ser a maior responsável para conseguir cumprir os protocolos e evitar a propagação.

A sociedade empresária também pode ter uma grande relevância nesse combate, sendo eles estão responsável por adotar as medidas certas de prevenção e higiene que ajudem e reduzam os impactos causados pela pandemia e a circulação do vírus em seu estabelecimento.

Na medida em que a sociedade entende a necessidade de se abster de aglomeração por um período de tempo necessário e respeite os distanciamento social, pode-se obter aos poucos a diminuição de casos até que a população seja então vacinada.

Desse modo, para que haja eficácia no isolamento social, se faz necessário uma atitude responsável por parte de toda a população, o cidadão, empresário, juntamente com os servidores da saúde.

4.DIREITO CONSTITUCIONAL DE IR E VIR

O direito de ir e vir do cidadão brasileiro são um dos direitos fundamentais que devidamente fundamentado no art. 5º, inciso XV da Constituição Federal de 1988, expresso da seguinte forma: "É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou sair com seus bens" (BRASIL, 1990).

Portanto entende-se que todos têm direito de se locomover livremente, tendo garantias estabelecidas na constituição, porém, esse direito fundamental não é absoluto, pois a própria Constituição estabelece situações em que esse direito pode vir a sofrer limitações.

Estamos diante de tal limitação na situação pandêmica iniciada no ano de 2020, observa-se que dadas às circunstâncias emergenciais o direito de ir e vir não é absoluto, pois fora preciso adotar medidas de enfrentamento ao vírus que assola o país, tais como, o isolamento social, a quarentena e até mesmo decretos estaduais e municipais.

A pandemia da COVID-19 trouxe algumas limitações no direito de ir e vir estabelecido pela constituição federal, quem em pese a liberdade já constitucionalmente estabelecida, tais limitações asseguram a saúde pública, a vida em si, visando assim o bem coletivo.

No entanto, vale salientar que as restrições impostas não importaram na proibição total do direito de locomoção, se tratando então de uma limitação parcial, que não proibiu o desenvolvimento de atividades essenciais, assim como dispõe a RECOMENDAÇÃO Nº 036, DE 11 DE MAIO DE 2020:

Ao Ministério da Saúde, Governadores dos Estados e do Distrito Federal, Secretários Estaduais de Saúde, Prefeitos Municipais e Secretários Municipais de Saúde:

1) Que sejam implementadas medidas que garantam pelo menos 60% da população em distanciamento social, ou superiores a este, em se agravando a ocupação de leitos, de maneira progressiva e efetiva, como medida sanitária excepcional necessária;

2) Que sejam adotadas medidas de distanciamento social mais rigoroso, ou seja, a contenção comunitária ou bloqueio (em inglês, lockdown) nos municípios com ocorrência acelerada de novos casos de COVID-19 e com taxa de ocupação dos serviços atingido níveis críticos, agravando as seguintes providências:

a) Suspensão de todas as atividades não essenciais à manutenção da vida e da saúde, apenas autorizando o funcionamento dos serviços considerados essenciais, por sua natureza;

b) Adoção de medidas de orientação e de sanção administrativa quando houver infração às medidas de restrição social, podendo serem aplicadas em áreas específicas de uma cidade (bairros, distritos, setores);

c) Restrição da circulação de pessoas e de veículos particulares (somente com uso de máscaras), salvo transporte de pessoas no itinerário e no exercício de serviços considerados como essenciais, com ampliação de medidas informativas e educativas (monitoramento do cumprimento) em veículos de transporte coletivo; e

d) Mobilização das Forças Armadas e de Segurança, pelos poderes Estaduais e Municipais, pela via de parcerias intersetoriais entre os órgãos, com vistas ao cumprimento dos protocolos de emergência para a adoção de bloqueio total (lockdown) quando necessário, com planejamento antecipado ao limite de ocupação de leitos na rede local de saúde.

Desse modo, pode-se entender que a restrição, por mais que amarga, por parcialmente proibir o direito de locomoção visa proteger o direito a saúde também garantido pela constituição federal previsto em seu art. 196:

"A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Estamos então diante de um conflito aparente de normas ou princípios, na medida em que a constituição protege tanto o direito a locomoção como o direito a vida e a saúde, diante desta situação, é importante observamos a definição desse fenômeno adotada por Canotilho (1999, p. 1.191), "uma colisão autêntica de um direito fundamental ocorre quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte do outro titular"

Pode-se então entender que o direito a locomoção não é um direito absoluto no momento em que se esbarra no direito a vida, que visa um proteger um bem maior que visa proteger a coletividade e não só um direito individual, as medidas foram adotadas em momento de extrema emergência, o que é legalmente válido e justificável conforme a disposição estabelecida no art. 3º da lei 13.979/20:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas:

I - isolamento;

II - quarentena;

(...)

VI – restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos, de:

a) entrada e saída do País; e

b) locomoção interestadual e intermunicipal;

Considerando que o distanciamento social e o isolamento de forma parcial como as medidas que visam conter o avanço incontrolável do contágio do COVID-19 as vezes não são suficientes nesse combate, a medida mais necessária consiste na suspensão total de

atividades não essenciais com restrição de circulação de pessoas, essa medida é conhecida como “lockdown”.

Sendo assim, torna-se possível que o direito coletivo se sobressaia ao direito individual, se aplicando dessa forma o princípio da proporcionalidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a situação pandêmica vivenciada, os estudos médicos e as orientações do Ministério da Saúde, evidencia-se que a medida mais adequada para a diminuição do fluxo de contaminação se baseia no isolamento e quarentena.

A princípio tem-se um direito constitucional que assegura ao cidadão a livre locomoção em todo território nacional, no entanto tal direito não é absoluto, o que deve ser interpretado em adequação a coletividade em situações de urgência como a pandemia da covid-19 ora vivenciada, em que os órgãos públicos precisam impor medidas que visam um bem coletivo, a qual seja, a saúde pública.

Foi possível entender sobre o princípio da proporcionalidade que se aplica na situação presenciada, onde se vivencia um conflito aparente de normas ou princípios, onde o direito coletivo deve prevalecer em detrimento do direito individual visando a proteção do direito a vida e a saúde, restringindo assim o direito a locomoção, que por mais que seja uma medida amarga, é a mais adequada em prol da coletividade.

Durante o estudo foi possível refletir sobre o aspecto jurídico de tal situação, sobre o ponto de vista coletivo, em que se faz preciso priorizar a saúde pública em detrimento de um direito constitucional e a sua derogabilidade em prol de um bem maior.

Deste modo foi possível perceber a importância do estudo das normas jurídicas nos casos concretos, suas aplicações e limitações, sugerindo que haja medidas mais efetivas e coercitivas que visem garantir sua aplicabilidade mesmo que temporariamente contrariem direitos já previstos na Constituição Federal.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição Federal, 1988.

Moraes, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. – São Paulo: Atlas, 2003.

SALES, Ana Paula Dias. **A Lei 13.979/29: uma garantia do direito à vida e a saúde pública em tempos de covid-19**. 2020. Disponível em: <https://www.google.com.br/amp/s/amp.ambitojuridico.com.br/cadernos/direito->

[constitucional/a-lei-13-979-29-uma-garantia-do-direito-a-vida-e-a-saude-publica-em-tempos-de-covid-19/](#). Acesso: 20 de abril de 2021.

ISLAM, Nazrul. **Physical distancing interventions and incidence of coronavirus disease 2019: natural experiment in 149 countries**. Disponível em: <https://www.bmj.com/content/bmj/370/bmj.m2743.full.pdf>. Acesso: 05 de outubro de 2021.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Método, 2006.

SARLET, I. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

PROBLEMAS APRESENTADOS PELO SISTEMA PRISIONAL FEMININO BRASILEIRO E A RESSOCIALIZAÇÃO DE MULHERES EGRESSAS NO ESTADO DO TOCANTINS.

CARLA BORGES MENEZES:

Bacharelanda em Direito pela Universidade de Gurupi (Unirg).

SARA RESENDE DE OLIVEIRA

(orientadora)

RESUMO: A situação prisional do Brasil não vem nas últimas décadas sendo capaz de conceder aos apenados os preceitos básicos da execução penal: a ressocialização desses indivíduos à sociedade. Isso se deve ao fato de que dentro dos presídios é possível encontrar diversos problemas, desde a falta de higienização até a superlotação, o que acaba dificultando o reingresso do apenado ao convívio social de forma correta. Frente a isso, o presente estudo tem como objetivo primário discutir o real quadro do sistema carcerário brasileiro, em especial os presídios femininos. Para melhor entendimento desse assunto, têm-se como base os casos apresentados pelo Estado do Tocantins. Para realizar esse estudo, tem-se como metodologia a pesquisa bibliográfica, baseada em livros, artigos científicos e na legislação brasileira. Nos resultados, detectou-se que apesar dos problemas existentes nos presídios, o Tocantins vem ao longo dos últimos anos apresentando diversos programas de ressocialização das apenadas, respeitando-os na sua dignidade.

Palavras-chave: Presídio feminino. Ressocialização. Tocantins. Efetividade.

ABSTRACT: The prison situation in Brazil has not been able in recent decades to grant inmates the basic precepts of criminal execution: the re-socialization of these individuals into society. This is due to the fact that within prisons it is possible to encounter several problems, from lack of sanitation to overcrowding, which ends up making it difficult for the inmate to reenter social life correctly. In view of this, the present study has as its primary objective to discuss the real picture of the Brazilian prison system, especially women's prisons. For a better understanding of this matter, the cases presented by the State of Tocantins are based on. In order to carry out this study, bibliographic research is used as a methodology, based on books, scientific articles and Brazilian legislation. In the results, it was detected that despite the existing problems in prisons, Tocantins has, over the last few years, presented several programs for the rehabilitation of inmates, respecting their dignity.

Keywords: Women's prison. Resocialization. Tocantins. Effectiveness.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 A MULHER NO CONTEXTO SOCIAL. 2 OS PRESÍDIOS FEMININOS NO BRASIL. 3 EFICÁCIA DA RESSOCIALIZAÇÃO NO SISTEMA CARCERÁRIO

FEMININO: ANÁLISE SITUCIONAL NO ESTADO DO TOCANTINS. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Um dos maiores problemas encontrados na área de segurança pública e na jurídica é a situação dos presídios brasileiros. A título de exemplo, em pesquisa recente divulgada pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), expôs que no Brasil há pelo menos 322 pessoas presas para cada 100 mil habitantes, colocando o país na posição de 26º em um ranking de aprisionamento com outros 222 países e territórios (SILVA et al. 2021).

Para além do problema da superlotação encontrada nos presídios, como mostra o dado acima, nesses locais é possível encontrar uma série de outros problemas. Falta de higienização, de vagas de trabalho, de condições estruturais mínimas de conforto e espaço, de apoio social e do Estado, dentre outros, mostra o quão é preocupante o cenário de encarceramento no Brasil.

Frente a essa realidade, encontra-se a situação das mulheres. Assim como a dos homens, as mulheres também enfrentam os mesmos dilemas e problemas no contexto prisional. Só que além destes, esbarram ainda na falta de amparo familiar, na falta de equipamentos para as suas necessidades básicas e do enorme preconceito por serem mulheres e presidiárias.

É no cenário dos presídios femininos que o presente trabalho se baseia. Desse modo, busca-se discorrer a respeito da situação encontrada pelas mulheres dentro dos presídios brasileiros. Dessa forma, é necessário trazer à tona um quadro verdadeiro e legítimo de como essas presidiárias estão sendo aprisionadas.

Além da análise fática sobre os presídios femininos, importante também analisar a eficácia da sua ressocialização, uma vez que esse é um dos pilares do cumprimento de pena no país. Aqui, para melhor entendimento desse fato, será observado a realidade encontrada no Estado do Tocantins, como forma de compreender o processo ressocializador e a busca pela reinserção dessas mulheres à sociedade.

Com base nisso, a problemática dessa pesquisa se baseia na seguinte questão: quais os problemas encontrados nos presídios femininos brasileiros e qual o impacto dessa realidade no processo de ressocialização das apenadas?

Na metodologia, foi utilizada a abordagem qualitativa de investigação, a qual analisa o fenômeno estudado de forma a não medir seus dados, mas sim, procurar identificar suas

naturezas, de forma a privilegiar contextos. Com isso, para discutir acerca do tema dos presídios femininos no Brasil, faz-se necessário compreender o contexto em que o assunto é inserido (GIL, 2010).

Ainda na metodologia, foi feita uma revisão de literatura, constituído de estudo bibliográfico e documental. A pesquisa bibliográfica foi realizada por meio de leituras das leis, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, de livros e artigos vinculados ao tema.

A coleta de dados é resultado de uma busca feita em bases de dados, tais como: Scielo; Google Acadêmico, dentre outros, entre os dias 10 a 23 de agosto de 2021. Os descritores foram: Presídio Feminino. Ressocialização. Legislação Brasileira.

1 A MULHER NO CONTEXTO SOCIAL

Antes de se adentrar na discussão central desse estudo é preciso compreender a figura feminina, uma vez que será ela a principal personagem dessa pesquisa. Desse modo, nesse tópico serão apresentados os principais pontos relacionados à relação da sociedade com a mulher.

Historicamente, a mulher sempre fora relegada a “segunda posição” na hierarquia social. Desde os primórdios da sociedade, ela sempre ficara atrás do marido (homem). A ela cabia somente a procriação e os afazeres domésticos. Não detinha nenhum direito de imposição ou destaque.

A respeito desse período inicial, Duby; Perrot (1990) explicam que durante séculos, as mulheres tinham uma vida paralela à escravidão, onde não eram livres para votar, para trabalhar, para ter uma opinião, dentre outras limitações. Suas vidas eram relegadas somente às funções de amamentação, criação dos filhos e outras atividades domésticas.

No período medieval, por exemplo, as mulheres eram governadas apenas por serem mulheres. Eles tinham total controle sobre suas atividades e vidas, incluindo a atribuição de lhe castigarem, conforme achassem correto (DUBY; PERROT, 1990).

O filósofo grego Aristóteles (384 a.C. —322 a.C.) ao analisar a situação de submissão das mulheres, afirmou que esse fato se deve pela superioridade masculina perante as vontades do casal, além da precisão que as mulheres em se guardarem no interior da família, cumprindo com o seu papel de mãe e esposa (MASCARENHAS, 2020).

No período final da Idade Média surgiram os primeiros códigos que traziam a figura feminina, mas era direcionada somente a algumas regras, e ainda assim impunham restrições aos seus direitos. Somente com o avanço das revoluções trabalhistas e também a Revolução Francesa é que se iniciou o período de abertura ao espaço feminino na sociedade.

Como bem explicam Alves; Pintanguy (1981) no período da revolução francesa, as mulheres estavam insatisfeitas com o tratamento recebido pelos homens. Indignadas com essa realidade, elas buscaram lutar por maiores espaços e maior independência do homem. Depois de inúmeras batalhas, elas conseguiram o direito de voto e a entrar no mercado de trabalho.

Há de se mencionar o movimento feminista que foi essencial para que a mulher pudesse ingressar de modo integral na sociedade, até então segregadora com elas. Esse movimento tem como foco aplicar uma ação política organizada, com o intuito de reivindicação dos direitos de cidadã frente aos obstáculos que os homens as colocam (RIBEIRO, 2018).

Nos dias de hoje, a mulher conseguiu de certo modo um papel de destaque na sociedade. Podem votar, podem se divorciar, podem ter opinião própria, podem trabalhar, podem criar seus filhos sozinhas, além de outros benefícios; o que seria impensável até pouco tempo atrás (ADICHIE, 2014).

Apesar desses avanços, que são importantes, a mulher ainda não é vista com total respeito pela sociedade. Casos crescentes de violência doméstica praticadas diariamente mostram o quanto a mulher cresceu no espaço social, mas ainda é refém da imagem inferiorizada que carrega desde sempre.

De todo modo, todo esse processo histórico é importante ser mencionado porque mostra o quanto as mulheres sofreram para ganhar um destaque e o quanto elas são subjugadas desde o início da civilização. No mundo moderno, elas ainda se encontram num contexto de limitações e preconceitos, sendo vítimas constantes de todo tipo de violência.

Ao traçar um perfil das mulheres presidiárias (mais adiante analisado) é possível notar que elas adentram na criminalidade em grande parte por meio dos homens e ao viverem atrás das grades, são largadas e abandonadas por eles. Esse fato mostra o quanto as mulheres livres ou presas são vistas como inferiores ao olhar masculino. Toda a síntese histórica aqui mencionado nos mostra que as mulheres ainda precisam batalhar para ter algum destaque ou posicionamento .

2 OS PRESÍDIOS FEMININOS NO BRASIL: REALIDADE FÁTICA

No tópico anterior, ficou claro que as mulheres ao logo da história sofreram todo tipo de limitação. Mesmo que tenham conseguido seu espaço na sociedade, ela ainda enfrenta obstáculos para se impor e ter respeito. Esse fato pode ser conferido principalmente quando se adentra no âmbito dos presídios femininos.

Os presídios brasileiros de modo geral se encontram em situação alarmante. Superlotação, falta de espaço adequado e de investimentos em melhorias, ausência de higienização, dentre outros inúmeros problemas, fazem com que os presídios brasileiros tenham se tornado um verdadeiro local de desrespeito aos Direitos Humanos, que propagam acima de tudo, o respeito à dignidade humana.

Mais especificamente aos presídios femininos, o primeiro problema a ser encontrado é o principal de todos: a superlotação. Milanezi (2017) cita que as prisões femininas do Brasil estão atoladas de presidiárias.

Dados mostram que desde 2005 há um número crescente de mulheres atrás das grades brasileiras. Em índice recente divulgado pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do DEPEN relativo ao período entre julho e dezembro de 2019, mostrou que houve uma pequena queda de presidiárias entre os anos de 2016 a 2018; porém, o quantitativo voltou a crescer no ano de 2019, totalizando um número de aproximadamente 37.200 mulheres presas (DEPEN, 2020).

Apenas por esse dado, já se verifica que as mulheres estão cada vez mais sendo encarceradas no país, causando o superlotação nos presídios. Esse problema ocasiona, entre outros, a ausência de dormitório especial para gestantes até ao acompanhamento pré-natal, creches e berçários, "tornando a vida não só da grávida, como também do bebê praticamente inviável dentro dos presídios, tanto dos femininos como dos mistos" (MILANEZI, 2017, p. 01).

Efeito da superlotação também é encontrado nas condições sanitárias desses locais. Nesse sentido, Nascimento (2019, p. 01) afirma que "nos presídios femininos se encontra uma série de estruturas precárias e comprometedoras, o que gera uma instabilidade e insegurança desses locais". Por essa razão, buscando driblar esse fato, muitas detentas acabam criando uma espécie de 'puxadinho', ou seja, elas mesmas criam as próprias condições de moradia.

Ao analisar a realidade da prisão feminina, Cury (2021) menciona que existe uma falsa ilusão de que na prisão as mulheres são bem tratadas e recebem o apoio necessário. Contudo, isso está longe de ser a realidade encontrada, uma vez que "as mulheres presas, muitas vezes, não têm nem sequer acesso à alimentação adequada e não têm acesso a água. É uma situação de barbárie sem tamanho" (CURY, 2021, p. 01).

Desde meados do fim de 2019 o mundo foi invadido pela expansão do Covid-19, uma doença letal, que ainda não tem cura, que trouxe uma série de problemas sociais, financeiros, políticos e estruturais, se tornando uma pandemia. Dentre as medidas impostas para prevenção do contágio está o isolamento social, o uso de máscaras e álcool em gel

nas mãos, além da vacinação. Ocorre que essas medidas não foram devidamente seguidas nos presídios femininos.

Cury (2021) ao mencionar esse aspecto, afirma que dentro dos presídios femininos pôde-se verificar uma ausência total de aplicação das medidas preventivas ao contágio do Covid-19. Além disso, a superlotação impediu que o isolamento social e o distanciamento fosse implantado.

Marques; Barros (2021) ao também discorrer sobre essa realidade, acrescenta ainda que nas prisões de mulheres, no período de pandemia foi possível notar uma série de problemas, como a restrição ao acesso de água, a falta de condições básicas de manutenção de higiene e consumo e principalmente o total descaso com a saúde dessas mulheres pelo Estado e sociedade, uma vez que muitas das detentas doentes não tem atendimento de saúde adequado.

Cabe lembrar que uma detenta feminina é diferente de um detento masculino. Como bem destaca Tinoco (2020) as mulheres encarceradas são presas que menstruam e que demandam produtos de higiene específicos, por exemplo, o que as torna diferenciadas em relação aos homens.

Tão importante mencionar sobre a realidade fática das mulheres nos presídios é entender as causas que as levaram a esse lugar e o perfil majoritário. Nesse sentido, o DEPEN (2020) expõe na pesquisa feita que no grupo de mulheres, mais da metade se encontra encarcerada pela suposta prática de crimes relacionados ao tráfico e à Lei de Drogas (50,94%); em segundo lugar, vem a imputação de crimes contra o patrimônio (26,52%) e em terceiro de crimes contra a pessoa (13,44%), de modo que as demais imputações juntas não constituem sequer 10% do total.

Ao explicar sobre o porquê o tráfico de drogas é o crime mais cometido pelas mulheres, Lisboa (2018) cita que "as mulheres entram no tráfico para complementar a renda familiar, ou seja, são mulheres que possuem emprego, mas não conseguem sustentar seus filhos apenas com o que recebem e por isso recorrem ao tráfico".

No tráfico, elas não ocupam cargos de comando. Em sua grande maioria, as mulheres quando adentram no tráfico, ficam responsáveis pela coleta de dinheiro e entrega da droga, considerado um serviço de baixo clero do tráfico (MILANEZI, 2017).

Tendo esse fato como determinante para a causa que levam muitas mulheres para trás das grades, doutrinadores argumentam que medidas alternativas seria a melhor opção. Segundo Barcinski; Cúnico (2016, p. 02) "grande parte das mulheres encarceradas trabalha na baixa hierarquia do tráfico. Não são grandes gerentes e com alta periculosidade. Penas alternativas poderiam ser pensadas".

A respeito do perfil da mulher encarcerada, ela no geral é formada por mulheres negras, de baixa renda, com pouca escolaridade e sem perspectiva de futuro. Ou seja, representam a maioria da população brasileira, que se encontra atualmente à margem da sociedade dominadora (SILVA, 2019).

Muitas delas entram nessa situação em grande parte por conta dos companheiros ou da própria família. É possível encontrar mães que auxiliaram os filhos na criminalidade como também se encontra mulheres que entraram na rota do crime pela mão de seus parceiros (QUEIROZ, 2015).

Diante desse contexto, verifica-se inicialmente o quanto é delicado discutir sobre a questão da mulher presa. São inúmeros os problemas e obstáculos que essas mulheres se deparam quando estão aprisionadas.

Falta de condições de higiene nas celas, ausência de médico, falta de defensor público, demora na transferência para o regime semiaberto, tratamento recebido por agentes penitenciárias, castigos físicos, regime diferenciado, isolamento, ofensas de toda sorte e, sobretudo, o abandono pela família e antigo companheiros (NEIVA, 2017).

2.1 DA RESSOCIALIZAÇÃO

Para além da superlotação, há também a questão da convivência. Os presídios foram criados inicialmente como um local onde o apenado pudesse 'pagar' pelo seu crime. Mas também foi criado como medida de ressocialização. Ocorre que nesses locais, acontece de tudo, menos a execução dessa medida. Isso pode ser explicado, nas palavras de Gabrielle Nascimento, jornalista que em 2019 visitou um presídio feminino no Mato Grosso e relatou a seguinte realidade:

[...] O castigo parece uma medida cada vez mais comum na gestão do sofrimento: as presas vão para o "corró" por gritar demais, chorar demais, rir demais. Parece que qualquer conduta pode resultar em dez dias solitários, sem direito a banho de sol, numa cela escura, mal ventilada, em completo isolamento. Junto ao castigo, também há a hipermedicalização como tática de controle social. Estamos falando de um cotidiano estruturado pela tortura, no qual a falta de assistência jurídica, a superlotação, as agressões físicas e psicológicas, o banimento social e familiar, a ausência da assistência material que lhes priva de itens básicos de sobrevivência, o racionamento de água, a ausência de assistência médica, as incursões militarizadas das tropas de choque e a falta de informação e comunicação geram distúrbios mentais às presas (NASCIMENTO, 2019, p. 02).

Para alguns autores a prisão feminina, assim como a masculina, dificilmente trará algum benefício. Ou seja, os presos, sejam eles homens ou mulheres não irão ser ressocializados, pois a situação ao qual passaram nos presídios impossibilita esse garantismo.

No caso das mulheres a situação ainda é pior, porque além de já terem tido a experiência negativa de um presídio, ao saírem ainda serão estigmatizadas pela sociedade e pela própria família.

Em seu depoimento após passar por um presídio feminino, o autor Gerivaldo Neiva (2017) que durante o seu trabalho como conselheiro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) relatou que a situação dos presídios femininos mesmo sendo superior ao dos homens, ainda assim apresentava um local insalubre e de difícil recuperação para aquelas mulheres. Ele cita o fato, por exemplo, de encontrar nas celas cerca de oito ou dez mulheres que se acomodavam em quatro beliches e, sendo assim, algumas dormiam no chão em finos colchões.

Em suas palavras ele ilustra o seguinte quadro:

Na condição de conselheiro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) visitei apenas um presídio feminino e já foi o bastante para entender que são absolutamente desnecessários. Não sevem de nada, não resolvem nada e apenas oferecem o palco e o gozo para os atores do sistema de justiça criminal. Presídios femininos, nem de longe, possibilitam que alguém saia dali para algum tipo diferente de vida ou sem ter enlouquecido. Cumprida a pena, ainda carregam consigo todos os estigmas que lhe tornaram “bandidas”, mas agora conhecem todos os horrores da prisão e os mais diversos agravos na saúde física e mental. Jamais serão as mesmas e nunca mais terão uma vida normal depois da experiência da prisão (NEIVA, 2017, p. 01).

Devido a isso, é quase que esperado que diante desse contexto, as mulheres presas desenvolvam insônia, depressão e ansiedade. De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres demonstrou que, em 2015, “as chances de uma mulher se suicidar eram até 20 vezes maiores entre a população prisional, quando comparada à população brasileira total” (NASCIMENTO, 2019, p. 03).

Com isso, fica claro que as mulheres de um modo geral não conseguem se ressocializar, justamente porque os obstáculos que elas enfrentam vão além da questão prisional, é uma questão também social. Além de terem sido presas, elas carregam consigo o peso de serem “mulheres”.

Ao explorar esse fato, Tinoco (2020, p. 03) afirma que:

Ser mulher e, portanto, materializar esta condição marcada pela opressão traz reflexos em todo o processo de encarceramento: nas causas que levam ao cárcere, nas diversas formas de violência institucional que permeiam a persecução penal e os presídios, nas dores e sofrimentos que vão além da pena.

Buscando trazer um quadro real sobre esse aspecto, apresenta-se no tópico seguinte a situação encontrada no Estado do Tocantins, como forma de dimensionar a presente questão.

3 EFICÁCIA DA RESSOCIALIZAÇÃO NO SISTEMA CARCERÁRIO FEMININO: ANÁLISE SITUACIONAL NO ESTADO DO TOCANTINS

Conforme foi exposto no tópico anterior, a situação nos presídios femininos é alarmante. A falta de produtos básicos de higiene; violência de agentes penitenciários, dificuldade de conseguir uma visita íntima, dentre outros problemas são encontrados em praticamente todos os presídios femininos no Brasil. Para melhor entender essa realidade, analisa-se a situação encontrada nos presídios do Estado do Tocantins.

Assim como em outros estados, o sistema prisional do Tocantins apresenta uma superlotação carcerária. Em dados mais recentes, apontou uma crescente no número de presos. Os dados indicam um crescimento de cerca de 95,3% entre os meses de março e abril de 2019 (ABREU, 2019).

Os dados apresentados mostram que o presente estado tem 2.008 vagas nas unidades prisionais, mas abriga 3.921 presos, colocando-o entre os dez estados que apresentam maior superlotação (ABREU, 2019).

Continuando, os dados, coletados junto aos governos dos 26 estados e do Distrito Federal, via assessorias de imprensa e por meio da Lei de Acesso à Informação, também expõem uma das principais falhas no sistema penitenciário e que já fora apresentado aqui: a da ressocialização dos presos no Brasil.

Levando em conta todas as pessoas que cumprem algum tipo de pena, seja no regime semiaberto, domiciliar ou com tornozeleira eletrônica, apenas 625 (12,8%) presos do Tocantins desempenham algum tipo de trabalho. Quando o assunto é estudo os números são ainda piores. Apenas 308 presos, que corresponde a 6,3%, estão nas salas de aula (ABREU, 2019).

Com os resultados apresentados acima, nota-se que o principal problema do sistema carcerário no Tocantins é a superlotação. E isso representa um caso claro de

ausência da aplicabilidade do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, uma vez que ao serem aglomerados nas celas, os presos mal possuem condições mínimas de sobrevivência e de higiene.

Ao se deparar com o princípio em estudo, conclui-se inicialmente que o Tocantins não vem apresentando condições a seus encarcerados de sobrevivência mínima nesses locais.

Por outro lado, na coleta de dados para a realização desse estudo, foi encontrado diversos programas implantados no Estado visando a ressocialização dos apenados, o que mostra que diante do problema encontrado, o Tocantins vem trabalhando na melhoria e na solução destes.

A título de exemplo, o Tocantins desde 2006 evidenciou a importância que a educação possui para os apenados no seu processo de ressocialização e reintegração à sociedade.

Em 2006 foi anunciada a realização de um curso de qualificação profissional para 70 agentes penitenciários e 20 professores que trabalham diariamente com detentos nas quatro maiores unidades prisionais do Estado: Palmas, Araguaína, Gurupi e Porto Nacional (MURAD, 2006).

O curso profissionalizante de fato ocorreu, o que já mostra que o Tocantins já vinha buscando meios de melhoria no seu sistema carcerário. Ainda naquele ano, o Secretário de Segurança do Estado afirmara que “a educação prisional já é uma realidade no Tocantins. Buscamos fazer um trabalho de reabilitação onde não só os detentos são beneficiados, mas também suas famílias” (MURAD, 2006, p. 01).

Importante informar que no Tocantins, a oferta de educação é de competência da Seduc (Secretaria de Educação, Juventude e Esportes). Porém, no que se refere à sua aplicação no sistema prisional, só é realizada em parceria com Seciju (Secretaria de Estado da Cidadania e Justiça) que garante a segurança e estrutura adequada para os reeducandos e professores (CABRAL, 2019).

No ano de 2016, o respectivo estado instituiu o Comitê Estadual de Educação em Prisões (Comep). Tal comitê foi instituído por meio da Portaria da Seciju nº 262, de 13 de julho de 2016, e publicado no Diário Oficial do Estado nº 4.666 de 20 de julho de 2016. De acordo com Lima (2016, p. 02) “trata-se de um órgão colegiado, com atribuições normativas, deliberativas, mobilizadoras, fiscalizadoras, consultivas, propositivas e de acompanhamento e controle social da educação nas prisões do Estado”.

Ainda em 2016, foram ofertadas pela Seduc, turmas de educação formal em 14 das 41 unidades prisionais do Estado, atendendo diretamente a um público de 365 pessoas

presas. Soma-se a isso o fato de que a Seduc promove a formação continuada dos “servidores da educação lotados na educação em prisões e sistema socioeducativo, fornece os materiais didáticos pedagógicos, responsabiliza-se pela remuneração dos servidores e repassa recursos para a alimentação escolar” (LIMA, 2016, p. 02).

Outro exemplo dentro do Estado do Tocantins é o que ocorre no município de Dianópolis. Em 2019, aconteceu a reforma da Casa de Prisão Provisória de Dianópolis (CPPD), fruto de recursos obtidos via prestação pecuniária aplicada pelo Poder Judiciário do Tocantins, por meio da Vara Criminal da Comarca daquele Município, com a parceria da Secretaria Estadual de Cidadania e Justiça (CARDOSO, 2019).

Como afirma o juiz daquela comarca Manuel Faria Reis Neto “o grande ponto da iniciativa foi fazer com que o preso seja uma pessoa diferente depois que ele deixar a prisão” (NETO, 2019 apud CARDOSO, 2019, p. 01).

Com a reforma, cujos projetos e o orçamento foram feitos pelo Estado do Tocantins, a CPP “ganhou duas celas amplas com capacidade para 12 presos, que além de dormitórios, servem como sala de aula” (CARDOSO, 2019, p. 01).

O Estado, que atualmente possui cerca de 630 presos matriculados no ensino formal, ao longo dos últimos anos buscou modernizar os presídios considerando o espaço adequado para as aulas e também para a qualificação de professores para atuarem no ambiente carcerário (TOLEDO, 2019).

Além do progresso do Estado na ressocialização por meio da educação, há o trabalho. Nesse campo, cabe citar o trabalho feito pelas detentas na Unidade Prisional Feminina de Talismã – TO, ao qual desempenham as atividades da cozinha e da horta. Em relação ao trabalho na cozinha, a unidade prisional feminina citada concede um espaço (cozinha) para que as detentas possam realizar atividades alimentares.

Assim, as detentas trabalham diariamente na cozinha, realizando trabalhos como auxílio no preparo do alimento ou até mesmo cozinhando-os, cuja destinação irá tanto para os agentes da casa prisional quanto das próprias detentas. Há ainda a limpeza desse espaço e manuseio dos equipamentos (MIRANDA, 2020).

O trabalho feito pelas detentas dessa unidade prisional é remunerado, por meio de empresa terceirizada. Isso é importante, porque conforme a LEP, é direito do apenado em receber remuneração pelo serviço que realiza no cumprimento de sua pena. A respeito desse tema, fundamenta-se:

Os efeitos do trabalho feitos pelos detentos são diversos, dentre eles, a remição da pena, profissionalização, e remuneração (salvo a prestação de serviço à comunidade, na qual não se fala em pecúlio).

De acordo com o art. 29 da LEP, “o trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo”. Outrossim, o produto da remuneração pelo trabalho deverá atender: a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios; b) à assistência à família; c) a pequenas despesas pessoais; e d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores. Quando posto em liberdade, a parte restante para constituição do pecúlio (soma economizada e reservada em dinheiro para uma eventualidade futura) será depositada (CAMARGO, 2018, p. 08).

Informa-se que os alimentos utilizados, em sua grande maioria, são oriundos da horta, que também é uma atividade exercida pelas detentas, aliás, a principal. A horta é localizada no fundo da unidade prisional, onde possui um amplo espaço para o plantio e cultivo. Como afirma Braga (2017) a UPF de Talismã tem o propósito ressocializador, e por conta disso se configura como uma unidade moderna, ampla e arejada, com áreas de sobra para construção de espaços para realização de atividades de ressocialização, como, por exemplo, plantio de hortas e criação de viveiros de plantas.

O trabalho da horta é realizado por meio de 10 detentas, nos períodos de manhã e a tarde, respectivamente. Cabe citar que para estarem aptas a trabalhar na horta é preciso que as detentas tenham um bom comportamento carcerário, ou seja, não devem descumprir ordens internas e não estarem presentes em brigas ou rebeliões (MIRANDA, 2020).

As detentas na horta realizam todo o processo inerente a essa função, tais como o cuidado com o canteiro, a sementeação de sementes, o plantio, a capinação, o adubamento, a colheita, etc. Todos os processos da horta são feitos pelas detentas, sem exceção (MIRANDA, 2020).

Os alimentos colhidos são utilizados na alimentação não apenas das detentas, mas de todos os outros funcionários da presente unidade prisional. Dentre os alimentos plantados e colhidos, encontra-se de vários tipos como a alface, o tomate e principalmente o milho, dentre outros (MIRANDA, 2020).

Com os exemplos mostrados aqui, deixa claro que o Tocantins, vide o problema de superlotação, vem buscando efetivar projetos e ações ressocializadoras. Esse trabalho vai de encontro com o respeito aos apenados e na busca por uma sociedade mais justa e equilibrada.

Ao implantar medidas socioeducativas e de trabalho, fica nítido observar que o presente Estado tem respeitado o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, fazendo com que suas presas tenham a oportunidade de estudar e trabalhar para que ao cumprirem a sua pena possam de fato serem ressocializadas e que possam serem reintegradas à sociedade como adultas éticas e nobres.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto no decorrer desse estudo, a condição de ser mulher sempre afetou a sociedade, porque desde os primórdios da civilização, as mulheres sempre foram destinadas a serem inferiores aos homens. Somente depois de muitos séculos e brigas é que as mulheres conquistaram o seu espaço socialmente.

No entanto, o estigma ainda persiste. E isso pode ser visto mais atentamente quando se analisa a condição da mulher dentro dos presídios brasileiros. Tendo como foco analisar essa situação e verificar a eficácia da ressocialização, o que se verificou nessa pesquisa é que a mulher enfrenta os mesmos problemas encontrados pelos homens nos presídios: superlotação, falta de higienização e estrutura, além do enorme preconceito e falta de apoio social e familiar. No caso delas, esse último problema é ainda agravado pelo enorme preconceito por serem mulheres.

Ao verificar a situação da ressocialização, optou-se por observar o que ocorre no Estado do Tocantins. Nesse sentido, no presente estado, ficou evidenciado que o mesmo vem cumprindo positivamente com os preceitos elencados pela Lei de Execução Penal, o que já é um avanço, vide o fato de que a maioria dos presídios no Brasil ainda se encontram longe do ideal e normatizado pela norma penal.

Nesse ambiente restou claro que através da educação e do trabalho, os apenados podem ser respeitados na sua integridade física e moral, e que poderão alcançar pontos importantes, que não só a remição da pena, mas a possibilidade de compactar seu reingresso no mercado de trabalho, o que implicaria na sua ressocialização diante da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Cláudio. **Levantamento aponta que sistema prisional do Tocantins tem superlotação de 95,3%**. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2019/04/26/levantamentoapontaquesistema-prisional-do-tocantins-tem-superlotacao-de-953percent.ghtml>>. Acesso em: 27 ago. 2021.

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. **Sejamos todos feministas**. 1º Ed. Editora: Companhia das Letras, 2014.

ALVES, Branca Moreira; PINTANGUY, Jacqueline. **O que é feminismo**. São Paulo: Brasiliense, 1981.

BARCINSKI, Mariana; CÚNICO, Sabrina Daiano. Mulheres no tráfico de drogas: retratos da vitimização e do protagonismo feminino. **Civitas**, Porto Alegre, v. 16, n. 1, jan./mar. 2016.

CAMARGO, Marina dos Santos Martins. **O trabalho do condenado no âmbito da lei de execução penal**. 2018. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10758/O-trabalho-do-condenado-no-ambito-da-lei-de-execucao-penal>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

CARDOSO, Marcelo Santos. Com recursos de prestação pecuniária, Judiciário viabiliza educação e trabalho a presos na CPP de Dianópolis. 2019. Disponível em: <<http://www.tjto.jus.br/index.php/noticias/6237-com-recursos-de-prestacao-pecuniaria-judiciario-viabiliza-reforma-da-cpp-de-dianopolis-que-permitira-educacao-e-trabalho-a-presos>>. Acesso em: 27 ago. 2021.

CURY, Thiago de Luna. **População carcerária diminui, mas Brasil ainda registra superlotação nos presídios em meio a pandemia**. 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/populacao-carceraria-diminui-mas-brasil-aindaregistrasuperlotacaonospresidiosemmeioapandemia.ghtml>>. Acesso em: 25 ago. 2021.

DUBY, Georges; PERROT, Michelle. **História das mulheres: a Idade Média**. São Paulo: Afrontamento, 1990.

LIMA, Tom. **Educação é a base para a ressocialização de presos no Tocantins**. 2016. Disponível em: <<https://portal.to.gov.br/noticia/2016/9/15/educacao-e-a-base-para-a-ressocializacao-de-presos-no-tocantins/>>. Acesso em: 25 ago. 2021.

LISBOA, Vinícius. **População carcerária feminina no Brasil é uma das maiores do mundo**. 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/201811/populacaocarcerariafeminina-no-brasil-e-uma-das-maiores-do-mundo>. Acesso em: 25 ago. 2021.

MARQUES, David; BARROS, Betina. **Mesmo com redução da população carcerária, situação nos presídios escancara necessidade de reforma estrutural urgente**. 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/mesmo-com-reducao-da-populacao-carceraria-situacao-nospresidiosescancaranecessidade-de-reforma-estrutural-urgente.ghtml>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

MASCARENHAS, Vanessa. **Uma análise da história da mulher na sociedade**. 2020. Disponível em: <<https://direitofamiliar.com.br/uma-analise-da-historia-da-mulher-na-sociedade/>>. Acesso em: 27 ago. 2021.

MILANEZI, Larissa. **Mulheres invisíveis: a difícil realidade das prisões femininas**. 2017. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/prisoes-femininas-realidade/>>. Acesso em: 12 ago. 2021.

MIRANDA, Erlene. **Reeducandas da Unidade Prisional Feminina de Talismã colhem milho plantado em atividade de ressocialização**. 2020. Disponível em: <<https://portal.to.gov.br/noticia/2020/2/11/reeducandasdaunidadeprisonalfemininadetalisma-colhem-milho-plantado-em-atividade-de-ressocializacao/>>. Acesso em: 19 ago. 2021.

MURAD, Glaudinéia. **Tocantins é referência em educação prisional**. 2006. Disponível em: <<https://secom.to.gov.br/noticias/tocantins-e-referencia-em-educacao-prisional-9680/>>. Acesso em: 26 ago. 2021.

NASCIMENTO, Gabrielle. **Tortura e rivotril em presídio feminino**. 2019. Disponível em: <<https://outraspalavras.net/outrasmidias/tortura-e-rivotril-em-presidio-feminino/>>. Acesso em: 12 ago. 2021.

NEIVA, Gerivaldo. **Presídios femininos: um mal absolutamente desnecessário!** 2017. Disponível em: <<https://gerivaldoneiva.jusbrasil.com.br/artigos/428083262/presidios-femininos-um-mal-absolutamente-desnecessario>>. Acesso em: 13 ago. 2021.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

RIBEIRO, Djamila. **Quem tem medo do feminismo negro?** 1º ed. Editora: Companhia das Letras, 2018.

SILVA, Camila Rodrigues da; GRANDIN, Felipe; CAESAR, Gabriela; REIS, Thiago. **Com 322 encarcerados a cada 100 mil habitantes, Brasil se mantém na 26ª posição em ranking dos países que mais prendem no mundo**. 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitordaviolencia/noticia/2021/05/17/com322encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-brasil-se-mantem-na-26a-posicao-em-ranking-dos-paises-que-mais-prendem-no-mundo.ghtml>>. Acesso em: 26 ago. 2021.

SILVA, Marcos Vinícius Moura. **Relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade - junho de 2017**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública; Departamento Penitenciário Nacional, 2019.

TINOCO, Dandara. **Impactos evidentes em uma população tornada invisível: os efeitos do coronavírus na vida de mulheres presas e egressas.** Instituto Igarapé. Nota Estratégica 34, Julho 2020.

A VULNERABILIDADE DOS CONSUMIDORES EM RELAÇÃO AO COMÉRCIO ELETRÔNICO

DANIELE DA SILVA NOGUEIRA:

Graduanda em Direito pela Faculdade metropolitana de Manaus - FAMETRO

RESUMO: O presente trabalho tem a ideia central de estudar a vulnerabilidade dos consumidores brasileiros no que tange ao comércio eletrônico, dissertando sobre as garantias fundamentais no direito pátrio e discorrendo sobre a relevância de sua eficiência e eficácia, apresentando as fragilidades dos consumeristas. Descreve sobre os termos: consumidor e fornecedor, empregando-se dos conteúdos retirados da legislação brasileira de consumo. Ademais, apresenta a parte da conjectura a qual o consumidor é um sujeito exposto ao adquirir produtos e serviços ou simplesmente se expor a práticas do mercado. Ressalta em relação as novas tecnologias de informação o que trouxeram consigo um novo modelo de relação comercial e dessa forma a sociedade contemporânea foi obrigada a acompanhar tal inovação, no entanto é nítido que os instrumentos de proteção nesse cenário são deficientes, assentindo várias lacunas à serem completas. Aborda o contexto contemporâneo no qual está inserido o comércio eletrônico e de seus reflexos no agravamento da vulnerabilidade. Examina a respeito da evolução histórica e criação do Código de Defesa do Consumidor que se trata de uma norma de ordem pública e interesse social, a qual foi elaborado pela Constituição Federal com o objetivo de resguardar os direitos básicos do cidadão. Além disto, sendo elucidados neste tema os princípios norteadores desta diretriz.

PALAVRAS-CHAVE: Código de Defesa do Consumidor. Comércio Eletrônico. Vulnerabilidade. Consumidor. Constituição Federal.

ABSTRACT: The present work has the central idea of studying the vulnerability of Brazilian consumers in relation to electronic commerce, discussing the fundamental guarantees in Brazilian law and discussing the relevance of its efficiency and effectiveness, presenting the weaknesses of consumerists. Describes the terms: consumer and supplier, using the contents taken from the Brazilian consumer legislation. Furthermore, it presents the part of the conjecture to which the consumer is an exposed subject when purchasing products and services or simply being exposed to market practices. It emphasizes in relation to new information technologies that they brought with them a new model of commercial relationship and thus contemporary society was forced to follow this innovation, however it is clear that the protection instruments in this scenario are deficient, allowing for several gaps to be complete. It addresses the contemporary context in which electronic commerce is inserted and its consequences in the worsening of vulnerability. It examines the historical evolution and creation of the Consumer Defense Code, which is a rule of public order and

social interest, which was elaborated by the Federal Constitution with the objective of safeguarding the basic rights of citizens. In addition, the guiding principles of this guideline are elucidated in this theme.

KEYWORDS: Consumer Protection Code. E-commerce. Vulnerability. Consumer. Federal Constitution.

SUMÁRIO: Introdução, 1. Como surgiu o direito consumerista, 1.1 Definição de consumidor conforme a lei nº 8.078/90 e na concepção de alguns autores, 1.2 Conceitos legais de fornecedor; 2. Da vulnerabilidade como princípio básico fundamental, 2.1 A vulnerabilidade Técnica informal no comércio eletrônico, 2.2 A vulnerabilidade fática ou sócio econômica no comércio eletrônico, 2.3 A vulnerabilidade jurídica no comércio eletrônico; 3. Os direitos do consumidor e o comércio eletrônico, 3.1 Direitos básicos protetivos fundamentais aos consumidores; 4. Da Jurisprudência sobre o princípio da vulnerabilidade no comércio virtual, 4.1 Casos concretos de dano sofrido no comércio eletrônico ao consumerista; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O tema elaborado é de suma importância para contemporaneidade, pois com o avanço tecnológico, o comércio virtual ademais cresceu de forma que essa expansão inopinada conclui por trazer tais benefícios como danos para o consumidor.

O reconhecimento do consumidor, como pessoa alvo de atenção e cuidados especiais no mercado, porta base na Carta Constitucional e no Código de Defesa do consumidor, causa pela qual está proteção é simples e notória: o consumidor é o elo mais fraco da economia e é relevante que uma norma venha lhe atribuir uma tutela maior.

A pesquisa elaborada tem como finalidade ajudar a fim de que haja um melhor entendimento sobre a demanda pleiteada, realizando um estudo historial em cima do assunto e salientar sobre os importantes aspectos conceituais e doutrinários.

O Código de Defesa do Consumidor, tem função de regulamentar as relações entre os fornecedores e consumidores. O comércio eletrônico teve uma representação, a qual o CDC não estava pronto. O crescimento neste meio de comércio, também teve um aumento nas demandas judiciais, envolvendo consumidores que se sentiam prejudicados.

A mudança das relações de consumo para o mundo on-line, alterou o comportamento do consumidor, em especial no que tange a forma como compra, busca meio de entretenimento, se comunica e paga pelos bens e serviços adquiridos.

Não obstante da disponibilidade e aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, realizados com a intenção de proteger os usuários do comércio eletrônico,

garantindo-lhes a proteção e as garantias básicas ao cidadão, também assegurando o desenvolvimento do comércio digital, entretanto é de suma importância o surgimento de uma legislação mais específica.

O comércio eletrônico, se tornou importante meio de consumo nos dias atuais. Nesse contexto, as inovações surgem a cada dia e, claramente, a legislação acompanha um ritmo muito mais lento do que os necessários para regulamentar de forma efetiva as relações no cenário virtual.

Ante o exposto, o presente trabalho analisa de forma jurídica como a jurisprudência em suas decisões trata os casos concretos consumeristas em relação ao comércio virtual.

1. COMO SURTIU O DIREITO CONSUMERISTA

A Constituição Federal a qual estabelece em seu (art. 1º, III, CF) a dignidade da pessoa humana, que é um dos princípios fundamentais para o Direito do cidadão brasileiro, exigindo que cada pessoa seja respeitada em sua individualidade, atentando-se para suas necessidades especiais, e que cada um venha receber um tratamento igualitário. (MOURA E BESSA, 2010, p. 37).

Deste modo, a Constituição Federal de 1988 introduziu um novo patamar de proteção ao consumidor, estabelecendo como direito fundamental (art. 5º, XXXII) a necessidade do Estado promover a sua defesa e concedendo prazo de 120 (cento e vinte dias) dias para que o Código de Defesa do Consumidor fosse elaborado (art. 48 do ADCT).

Nesse contexto, o Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/1090) foi elaborado, a qual é uma norma de ordem pública e interesse social que se destacou de modo especial, individual de outras leis vigentes no país, segundo os autores. (MOURA E BESSA, 2010, p. 17).

A Carta Magna em seu artigo 170, determinou que toda e qualquer atividade econômica desenvolvida no Brasil levava em conta a defesa do consumidor, visando para o consumidor como destinatário de atenção e cuidados especiais. (MOURA E BESSA, 2010, p. 37).

Sendo assim, as atividades econômicas brasileiras devem se organizar de modo que haja equilíbrio nas relações consumeristas, e respeito a fragilidade do consumidor seja ela qual for, bem como obedecendo a ordem pública constitucional. (Art. 170, inc. V, CF).

1.1 Definição de consumidor conforme a lei nº 8.078/90 e na concepção de alguns autores

O consumidor é aquele que adquire ou utiliza produtos ou serviços para fins próprios. O Código de Defesa do Consumidor (CDC), em seu artigo 2º define como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Assim, a lei de consumo não deixa dúvidas de que o cidadão individualmente considerado (pessoa jurídica ou física) é consumidor nos termos da lei.

O autor José Geraldo Brito Filomeno (2018, p. 70) em sua concepção relata que há três acepções para o consumidor:

Sob o ponto de vista econômico, consumidor é considerado todo indivíduo que se faz destinatário da produção de bens, seja ele ou não adquirente, e seja ou não, a seu turno, também produtor de outros bens. Trata-se, como se observa, da noção asséptica e seca que vê no consumidor tão somente o homo econômico, e como partícipe de uma dada relação de consumo, sem qualquer consideração de ordem política, social ou mesmo filosófico-ideológica.

Do ponto de vista psicológico, considera-se consumidor o sujeito sobre o qual se estudam as reações a fim de se individualizar os critérios para a produção e as motivações internas que o levam ao consumo. Nesse aspecto, pois, perscruta-se das circunstâncias subjetivas que levam determinado indivíduo ou grupo de indivíduos a ter preferência por este ou aquele tipo de produto ou serviço, preocupando-se com tal aspecto certamente a ciência do marketing e da publicidade, assumindo especial interesse quando se trata sobretudo dos devastadores efeitos dessa, se enganosa ou tendenciosa, diante das modernas e sofisticadas técnicas do mencionado marketing e merchandising.

Já do ponto de vista sociológico é considerado consumidor qualquer indivíduo que frui ou se utiliza de bens e serviços, mas pertencente a uma determinada categoria ou classe social. Eis aí o elo entre o chamado “movimento trabalhista ou obreiro” ou ainda “sindicalista” e o “movimento consumerista”, vez que, por razões evidentes, a noção de melhor qualidade de vida pressupõe certamente o próprio pode aquisitivo para dar vazão ao desejo de consumir produtos e contratar serviços, em maior escala, e igualmente de melhor qualidade. (2018, p 70).

Na concepção de Diniz, é definida esta categoria em quatro pontos os quais são: pessoa jurídica ou física que adquire produto ou serviço sendo o receptor final, a

coletividade de pessoas que intervém na relação de consumo, aquele que usufruir do produto ou serviço e por último o cidadão que adquire produtos para uso próprio, sem a pretensão de vendê-los. (DINIZ, 1998, p. 818).

Assim é a cognição de Cláudia Lima, a respeito do artigo 2º do (CDC), sendo o destinatário final como destinatário fático do produto, tornando-se aquele que adquire do mercado e de imediato o utiliza, o consome, este é o destinatário fático. (MARQUES, 2002, p. 254).

Desta forma, podemos consumir de que o consumidor é classificado como pessoa jurídica ou física, que compra produtos ou serviços para o seu próprio benefício, a qual o produto não pode mais ser revendido e nem tampouco pode ser transformado em outros produtos para a revenda, a lei é bastante clara em seu artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor (CDC), ao dizer que deve ser utilizado para o uso próprio do consumidor, onde este é o destinatário final.

1.2 Conceitos legais de fornecedor

O código de Defesa do consumidor em seu art. 3º expressa o conceito de fornecedor, que este é definido como:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Na visão do autor Joao Batista de Almeida, o conceito de fornecedor não é somente quem realiza produção ou fabrica, como também quem comercializa milhares de produtos em pontos de vendas no território. Diante disso, o conceito de fornecedor se afasta da definição de consumidor, pois o consumidor é o destinatário final, mas o fornecedor pode ser o fabricante, intermediario ou o comerciante, basta que esta atividade seja sua profissão principal. (ALMEIDA, 2015, p. 65).

Diante disso, o fornecedor é o individuo que se entrega em caracter habitual em promover produtos ou serviços ao consumidor, visando como objetivo acarretar lucros sobre esta atividade. Acontecendo entao a relação de consumo.

2. DA VULNERABILIDADE COMO PRINCÍPIO BÁSICO FUNDAMENTAL

No artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, podemos notar os princípios básicos nas relações de consumo, que buscam o equilíbrio nas relações consumeristas.

Todos os princípios fundamentais estão compostos neste artigo, os quais visam as necessidades dos consumidores, consideração por sua saúde, dignidade, segurança, assim como, seus interesses econômicos melhora na qualidade de vida, transparência e harmonia nas relações entre eles.

O primeiro princípio básico da Política Nacional de Defesa do Consumidor na norma consumerista a ser referido em seu artigo 4º, inciso I do (CDC) é a vulnerabilidade, que é reconhecida a fragilidade do consumidor em frente à relação de consumo. Este princípio é a fortaleza da matéria consumerista.

A vulnerabilidade é o ponto fundamental do Código de Defesa do Consumidor, a lei nº 8.078/1090, parte da ideia de que o consumidor é sempre a parte vulnerável ao se expor a prática do mercado de consumo, e na realidade, isso é traduzido na insuficiência, na fragilidade de o consumidor se manter ileso das práticas lesivas sem alguma interferência auxiliadora. (MOURA E BESSA, 2010, p. 39).

João Batista de Almeida (2015, p.72), apresenta o princípio da vulnerabilidade:

Trata-se do pilar básico que envolve a problemática do consumidor, a servir de justificativa eficiente de sua tutela. Além do reconhecimento universal desse princípio por manifestação da ONU, há, no plano interno, aceitação implícita na Constituição da República e expressa no CDC (art. 4º, I). Os consumidores devem ser tratados de forma desigual pelo CDC e pela legislação em geral a fim de que consigam chegar à igualdade real. Nos termos do art. 5º da Constituição Federal todos são iguais perante a lei entendendo-se daí que se devem os desiguais ser tratados desigualmente na exata medida de suas desigualdades. O sancionamento e interpretação das cláusulas e das normas jurídicas, por força do qual se objetiva alcançar a situação mais favorável para o consumidor, quer em razão do cunho protetivo da legislação, quer pela aceitação de sua inexperiência e vulnerabilidade de modo a alcançar-se efetividade na tutela. (2015, p. 72).

Assim sendo, observamos que este princípio da vulnerabilidade está na norma brasileira com a finalidade de proteger os mais frágeis nesta relação, bem como tutelar o seu direito, caso sofra na prática algum dano.

O estado de vulnerabilidade do consumidor pode ser compreendido por vários aspectos, é um conceito plurifacetário (SILVA, 2012, p. 20) que se reporta diretamente ao meio social no qual o sujeito está inserido.

Diante do exposto, a vulnerabilidade é o princípio fundamental básico protetivo assegurado por lei ao consumidor ante a relação de consumo. Este princípio básico, tem como objetivo assegurar o direito de proteção aos consumidores e parte da ideia de que em uma relação consumerista, o consumidor é sempre a parte mais frágil.

2.1 A vulnerabilidade Técnica informal no comércio eletrônico

Guilherme Magalhães Martins (2016, p. 272), faz uma concepção sobre a vulnerabilidade técnica informal:

A vulnerabilidade do consumidor, do ponto de vista técnico e informacional, decorre do fato de que a grande maioria da população ainda desconhece as potencialidades técnicas oferecidas pelos meios informáticos, sequer tendo noção do uso que deles pode fazer o fornecedor. (2016, p. 272).

No comércio eletrônico a vulnerabilidade técnica, em que o consumidor tem uma falta de conhecimento sobre os produtos ou serviços que estão adquirindo através da internet e devido a isso, existe uma facilidade do fornecedor para enganar esse consumidor. Já o fornecedor, ao contrário, tem um certo conhecimento específico sobre os produtos ou serviços que disponibiliza digitalmente para o consumidor (MIRAGEM, 2016, p. 129).

2.2 A vulnerabilidade fática ou sócio econômica no comércio eletrônico

A vulnerabilidade fática ou sócio econômica, onde sua concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor que por sua posição e por seu grande poder econômico, ou essencialidade do serviço, impõe a sua superioridade aos que com ele contratam. (MARQUES, 2002, p. 273).

2.3 A vulnerabilidade jurídica no comércio eletrônico

Para o comércio eletrônico a vulnerabilidade jurídica acontece devido à falta de conhecimento jurídico do consumidor, além do desconhecimento na área de contabilidade e economia, e com isso, envolve uma grande parte dos consumidores. (MARQUES, 2002, p. 271).

3.OS DIREITOS DO CONSUMIDOR E O COMÉRCIO ELETRÔNICO

O autor Jorge José Lawand em sua concepção conceitua o comércio eletrônico como:

O comércio realizado através de diversos meios eletrônicos, e

principalmente pela Web, se apresenta como um campo de expansão notável. Isto se deve, (...), a fortes incentivos econômicos: uma redução dos custos administrativos, com o encurtamento de prazo entre a distribuição e intermediação, haja vista a possibilidade de poder operar durante todo o dia; a transposição de barreiras nacionais, facilitando o comércio exterior; maior celeridade nas transações comerciais (2003, p.31).

A autora Claudia Lima Marques, relata em sua obra *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*, que o comércio eletrônico pode ser conceituado de feição estrita e de forma ampla, a forma de maneira estrita, como sendo uma das modalidades de contratação não presencial ou à distância para o adquirimento de produtos e serviços através do meio eletrônico. O de maneira ampla, refere-se em visualizar o e-commerce como uma nova ordem de fazer transações por meio de sistemas de redes eletrônicas (MARQUES, 2004, p. 38/39).

3.1 Direitos básicos protetivos fundamentais aos consumidores

O artigo 6º da lei de nº 8.078 de 1990 do Código de Defesa do Consumidor, expresa os direitos básicos protetivos ao consumidor frente a relação de consumo, dispõe sobre:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012)
Vigência

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

Na visão do autor João Batista de Almeida, o inciso primeiro do art. 6º do CDC, trata-se de proteção a vida, saúde e segurança, dispõe:

O CDC contém normas que garantem a proteção à saúde e segurança dos consumidores, garantido que “ os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis” (art. 8º), ao mesmo tempo em que estabelece a responsabilidade objetiva do fornecedor (fabricante, produtor, construtor e importador) pela reparação dos danos causados (art. 12º). Há assim, correlativamente, a enunciação do direito de “ proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos e nocivos” (art. 6º). Se há um direito de consumir produtos seguros e eficientes, há o dever do Estado outorgar a proteção correspondente. (2015, p. 69).

Outrossim, temos o Marco Civil da Internet, que traz uma segurança sobre os dados pessoais dos usuários da internet e traz uma segurança para a utilização dessa rede digital, bem como o Decreto 7962/13, que estabelece normas em relação ao comércio eletrônico, principalmente o direito da informação e do arrependimento, que ambas são essenciais para afastar a vulnerabilidade do consumidor.

À vista disso, é nítido que a vulnerabilidade do consumidor acontece em certos momentos de uma relação de consumo digital, mas diante dessas legislações citadas, há uma aproximação do equilíbrio entre as partes dessa relação de consumo, distanciando a vulnerabilidade do consumidor digital, pois no comércio eletrônico as leis são aplicáveis como se fosse uma relação de consumo em que o consumidor realiza por meio presencial.

4.DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE O PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE NO COMÉRCIO VIRTUAL

Analisaremos alguns casos concretos de decisões judiciais favoráveis ao consumidor no que tange ao princípio da vulnerabilidade frente a relação de consumo virtual.

4.1 Casos concretos de dano sofrido no comércio eletrônico ao consumerista

O primeiro caso, a ser relatado é uma apelação cível, solicitada pelo apelante Sr. LUIS FELIPE DE OLIVEIRA em face da empresa LIGHT SERVIÇOS DE ELETRICIDADE S/A, relator: MILTON FERNANDES DE SOUZA, julgamento no dia 21 de Julho de 2015.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PREVENÇÃO. SÚMULA 313 DO PGERJ. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INVERSÃO. ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR. REQUISITOS. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES. HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA. 1- Os elementos dos autos evidenciam tratar-se de matéria consumerista. 2- Recurso distribuído a este Órgão Julgador em decorrência de prevenção. 3- Dispõe a súmula 313 do PGERJ: Há prevenção da Câmara Cível não Especializada, para julgar ações mandamentais, incidentes e recursos a ela distribuídos antes de 02 de setembro de 2013, ainda que versem sobre matéria atinente a relações de consumo 4- A responsabilidade objetiva é afastada caso comprovado a inexistência do defeito no produto ou serviço ou, ainda, a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros. 5- A inversão do ônus da prova é um direito básico do consumidor (artigo 6º, VIII, do CDC). 6- O referido instituto possui natureza processual e, em vista do princípio da vulnerabilidade do consumidor, almeja equilibrar a posição das partes no processo, sujeitando-se à verificação de seus requisitos autorizadores, a saber: a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência técnica do consumidor. 7- O direito à inversão do ônus da prova não tem por finalidade excluir qualquer dever de prova do demandante, mas apenas facilitar de sua defesa, não podendo ser aplicado indistintamente. 8- A inversão do ônus da prova não é automática, dependendo de circunstâncias concretas a serem apuradas pelo Magistrado no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor. (TJ-RJ - APL: 00525944220128190203 RIO DE JANEIRO JACAREPAGUA REGIONAL 3 VARA CIVEL, Relator: MILTON FERNANDES DE SOUZA, Data de Julgamento: 21/07/2015, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 24/07/2015).

O segundo caso, a ser citado é um recurso inominado, solicitado pela apelante Sr^a. DAIANA FAGUNDES DOS SANTOS CARBONI, em face da empresa ITAÚ SEGUROS S.A, relator: FABIO VIEIRA HEERDT, julgamento realizado no dia 21 de fevereiro de 2019.

RECURSO INOMINADO. OBRIGACIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDOR. AÇÃO INDENITÁRIA. SEGURO. RELAÇÃO DE CONSUMO. PRINCÍPIO DA CARGA DINÂMICA DA PROVA. VULNERABILIDADE TÉCNICO-JURÍDICA DO CONSUMIDOR. REVELIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA REFORMADA EM PARTE. OBRIGAÇÃO DE PAGAR O VALOR SEGURADO. DANOS MORAIS

INOCORRENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.(TJ-RS - Recurso Cível: 71007712854 RS, Relator: Fabio Vieira Heerdt, Data de Julgamento: 21/02/2019, Terceira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 22/02/2019).

O terceiro caso, a ser explanado é um recurso inominado em face da empresa Banco ITAÚ, relatora: SUELI PEREIRA PINI, julgamento realizado no dia 4 de Julho de 2013.

CONSUMIDOR. COMPRA COM CARTÃO DE DÉBITO. DUPLICIDADE DE LANÇAMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. SOLIDARIEDADE. PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE. DEVOLUÇÃO NA DOBRA LEGAL. DANO MORAL NÃO INCIDENTE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. 1) A autora comprovou a duplicidade do débito em favor da Recorrente. A Recorrente por sua vez, embora tente imputar a falha na prestação do serviço a outra entidade (Banco Itaú), não logrou demonstrar o não recebimento dos valores em duplicidade. 2). Ao consumidor não é dado o dever de conhecer a cadeia da prestação do serviço, ante sua vulnerabilidade presumida no mercado de consumo, na exata inteligência do art. 4º, inciso I, da Lei 8.078/90 (CDC). 3) A falha na prestação do serviço caracteriza-se como vício que é atingido pela solidariedade prevista no art. 18, do CDC. Portanto, responde perante o consumidor o fornecedor acionado, cabendo-lhe buscar eventual reparação de forma regressiva, nos termos da lei consumerista. 4). Assegura-se ao consumidor lesado a restituição em dobro (art. 42, parágrafo único, do CDC) pela repetição do indébito, mormente quando não evidenciada a hipótese de engano justificável, independentemente de perquirição da má-fé (elemento subjetivo) daquele que recebeu de forma indevida os valores pagos por configurar enriquecimento ilícito e desvantagem ao consumidor. 5) A devolução em dobro (art. 42, parágrafo único, do CDC) é a penalidade aplicada pela cobrança indevida de valores, não restando demonstrado nos autos reflexos maiores na situação concreta, pois conforme se verifica a quantia é de pequena monta, não sendo crível que isso por si só tenha sido fundamental para a não realização do tratamento da saúde da autora, também não houve inclusão em cadastros de proteção de crédito, a ponto de ter causado à recorrida constrangimentos e sérios aborrecimentos passíveis de indenização na esfera moral com mácula aos direitos da personalidade da demandante. Os dissabores mencionados pela autora não caracterizam abalo moral

indenizável, revelando-se apenas como meros aborrecimentos do cotidiano, devendo a indenização a esse título ser excluída da condenação. 6) Recurso conhecido e provido em parte. Sentença parcialmente reformada. (TJ-AP - RI: 00292908220128030001 AP, Relator: SUELI PEREIRA PINI, Data de Julgamento: 04/07/2013, TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS).

O quarto caso, a ser relatado é uma apelação de ação de indenização por danos materiais requisitado pelo apelante ARTHUR PRADO SIMOES PIRES, contra a empresa MERCADO LIVRE COM ATIVIDADES DE INTERNET LTDA, relator: SANDRA NEVES, julgamento realizado no dia 12 de fevereiro de 2020.

APELAÇÃO. CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. SERVIÇO DE INTERMEDIÇÃO DE COMÉRCIO ELETRÔNICO. FRAUDE. FALHA DE SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA FORNECEDORA. RISCO INERENTE À ATIVIDADE COMERCIAL. FORTUITO INTERNO. RECURSO RECONHECIDO E PROVIDO. 1). À luz dos arts. 2º e 3º do CDC, afigura-se que há relação de consumo entre a ré, fornecedora de serviço intermediação de comércio eletrônico, e o vendedor de produto anunciado, consumidor destinatário final do aludido serviço. 2) O autor, após anunciar produtos no site da ré, recebeu mensagens eletrônicas com aspectos gráficos idênticos àqueles exibidos nas mensagens enviadas pela fornecedora, hábeis a convencer o consumidor, além de apresentar informação inidônea quanto. À realização do pagamento do comprador, acarretando o envio das mercadorias ao endereço indicado. 3) A par de tal quadro, desprende-se que a fraude somente foi perpetrada em razão da falta de disponibilização de segurança adequada ao serviço oferecido pela ré, pois, por meio deste, o fraudador obteve dados pessoais do vendedor e contactou-o em seu endereço eletrônico. Assim, constatada a falha na prestação dos serviços, a fornecedora deve indenizar o consumidor pelos prejuízos sofridos, nos termos do art. 14 do CDC. 4) Recurso conhecido e provido. (TJ-DF: 07022220420198070020 DF 0702222-04.2019.8.07.0020, Relator: SANDRA NEVES, Data da publicação: Publicado no DJE:03/03/2020).

Por fim, a tendência é que haja uma adaptação do direito no e-commerce, ao mesmo tempo a abertura de normas específicas, com o intuito de que o consumidor tenha segurança neste meio comercial contemporâneo e inovador.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, o propósito deste trabalho é mostrar que o direito consumerista detendo meio de realização o e-commerce, obtém peculiaridades no que se diz respeito como proteção do consumidor com o objetivo de distinguir o princípio da imparcialidade, ofertando um amplo patamar de equidade entre ambas partes, quer dizer, consumidor e fornecedor.

O Código de Defesa do Consumidor, possui o cargo de regimentar as relações entre os fornecedores e consumidores. O comércio virtual trouxe uma representação, que o Código de Defesa do Consumidor não estava preparado. Ocorreu um enorme avanço neste meio comercial, ademais teve um aumento nas demandas judiciais, abrangendo consumeristas que se sentiam lesados.

Desta forma, o fornecedor não pode expirar com precaução, no entanto sim obter um regulamento de direitos e responsabilidades, que globaliza todos os elementos, como concepção de consumidor envolvendo terceiros, que não realizaram o consumo do produto ou serviço, todavia tiveram problemas com produtos defeituosos e serviços de má qualidade, e o fornecedor responde, inobstante de culpa, pelos danos causados aos consumidores.

A retidão do fornecedor é um compromisso de esmero, em outras palavras, a ação de realizar serviços judiciais fora dos tribunais. O conjunto de normas ou regras do comércio eletrônico não assegura total proteção em razão da vulnerabilidade do consumidor nesse meio digital, exclusivamente, pela falta de conhecimento técnico.

Ademais, o conjunto de normas necessita de reformas, trazendo maior proteção ao consumidor, com isso é necessário meio de penalidade ao fornecedor de má-fé, além disto, medidas protetivas tomadas para fortalecer tal regulamentação.

Portanto, mesmo com a disponibilidade e aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, e com avanço de decretos, realizados com a intenção de proteger os usuários do comércio eletrônico, garantindo-lhes a proteção e as garantias básicas ao cidadão, também assegurando o desenvolvimento do comércio digital, entretanto é de suma importância o surgimento de uma legislação mais específica para tratar do assunto com mais indubitabilidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de direito do consumidor**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federal do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm, Acesso em: 1 de jun. de 2021.

BRASIL, **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm, Acesso em: 1 de jun. de 2019.

BRASIL. **Decreto nº 7.962**, de 15 de março de 2013. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm, Acesso em: 1 de jun de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **(TJ-RJ - APL: 00525944220128190203 RIO DE JANEIRO JACAREPAGUA REGIONAL 3ª VARA CÍVEL, Relator: MILTON FERNANDES DE SOUZA**, Data de Julgamento: 21/07/2015, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 24/07/2015, Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/359536941/apelacao-apl525944220128190203-rio-de-janeiro-jacarepagua-regional-3-vara-civel>, Acesso em: 1 de jun de 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, TJ-RS - **Recurso Cível: 71007712854 RS, Relator: Fabio Vieira Heerdt**, Data de Julgamento: 21/02/2019, Terceira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 22/02/2019, Disponível em: <https://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/521953922/recurso-civel-71007132384-rs>, Acesso em: 1 de jun de 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **TJ-AP - RI: 00292908220128030001 AP, Relator: SUELI PEREIRA PINI**, Data de Julgamento: 04/07/2013, TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS, Disponível em: <https://tj-ap.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/381633939/recursoinominado-ri-292908220128030001-ap>, Acesso em 1 de jun de 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **TJ-DF: 07022220420198070020 DF 0702222-04.2019.8.07.0020, Relator: SANDRA NEVES**, Data da publicação: 03/03/2020, Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/649171599/20161610080749-segredo-de-justica-0005216-5120168070020>, Acesso em: 1 de jun de 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico** – Vol. 2, 3ª ed, São Paulo, Saraiva, 1998.

FILOMENO, José Geraldo. **Direitos do Consumidor**, 15ª ed, São Paulo, Atlas, 2018.

LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos de consumo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no novo Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das Relações Contratuais**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das Relações Contratuais**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MOURA, Walter; BESSA, Leonardo. **Manual de Direito do Consumidor**. 3ª ed. Brasília, DF: Brasil, 2010.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **A tutela administrativa do consumidor: uma análise crítica acerca do panorama atual em busca da necessária efetividade**, in: DIDIER JUNIOR, Fredie Souza (editor). Homenagem à professora Marília Muricy Machado Pinto. Revista do programa de pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, vol. 24, jan. /Jun. 2012, Salvador. Disponível em: <http://www.portalseer.ufba.br/index.php/rppg'd/article/viewFile/118>. Acesso em: 1 de jun de 2021.

A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA FOSFOETANOLAMINA SINTÉTICA (PÍLULA DO CÂNCER) NO BRASIL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

GUSTAVO BRAGA SOARES:

Graduando do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

Prof. DANILO BEZERRA DE CASTRO⁸⁶

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como tema a verificação jurídica da utilização da fosfoetanolamina sintética conhecida popularmente como pílula do câncer, sendo questão levantada como ponto de partida em casos de pacientes diagnosticados com o câncer terminal. Há, porém, um empasse jurídico-científico na prática sobre a autorização para uso do medicamento no território brasileiro por parte da Agencia Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). O objetivo geral é verificar se a liberação e fornecimento na rede pública de saúde da fosfoetanolamina sintética, manifesta uma responsabilidade do Estado, em face da concretização do direito à vida, previsto na Constituição, apresentando, criticamente, que a liberdade de escolha caberia unicamente ao paciente diagnosticado com uma doença terminal. A metodologia empregada é por meio de utilização de várias interpretações dadas ao conteúdo da matéria legal que disciplina sobre o referido tema, optando-se pelo método básico, dedutivo, através da pesquisa de levantamentos bibliográficos, documentais e exploratório. Como resultado alcançado, conclui-se que o uso da pílula do câncer é uma escolha que cabe ao paciente, ainda que o medicamento não seja liberado pela ANVISA, visto que direito à vida e qualquer forma de prolongamento desta deve ser considerado, por ser tratar este de um direito e uma garantia fundamental.

Palavras-chave: Direito à Vida; Fosfoetanolamina Sintética; Paciente; Pílula Do Câncer.

ABSTRACT: The present work has as its theme the legal verification of the use of synthetic phosphoethanolamine popularly known as the cancer pill, being a question raised as a starting point in cases of patients diagnosed with terminal cancer. There is, however, a legal-scientific issue in practice regarding the authorization for the use of the drug in Brazilian territory by the National Health Surveillance Agency (ANVISA). The general objective is to verify whether the release and supply in the public health network of synthetic phosphoethanolamine, manifests a responsibility of the State, in view of the realization of the right to life, provided for in the Constitution, presenting, critically, that the freedom of choice would belong solely to the patient diagnosed with a terminal illness.

⁸⁶ Titulação. Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail:

The methodology used is through the use of several interpretations given to the content of the legal matter that governs the referred theme, opting for the basic, deductive method, through the research of bibliographic, documentary and exploratory surveys. As a result, it is concluded that the use of the cancer pill is a choice for the patient, even if the drug is not authorized by ANVISA, since the right to life and any form of extension of it must be considered, as it is a treatment this of a fundamental right and guarantee.

Keywords: Right to Life; Synthetic Phosphoethanolamine; Patient; Cancer Pill.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 ASPECTOS GERAIS DA FOSFOETANOLAMINA SINTÉTICA. 2.1 CARACTERIZAÇÃO E HISTÓRICO DA FOSFOETANOLAMINA. 2.2 TRATATIVA DE APROVAÇÃO DE MEDICAMENTOS NO BRASIL. 3 ANÁLISE CONSTITUCIONAL SOBRE O USO DA FOSFOETANOLAMINA EM TRATAMENTOS CONTRA O CÂNCER NO BRASIL. 3.1 NOÇÃO INTRODUTÓRIA DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 3.2 A LIBERDADE INDIVIDUAL NA ESCOLHA DO TRATAMENTO COM O USO DA PÍLULA DO CÂNCER VERSUS O PODER DIRETIVO DO ESTADO NO CONTROLE DE DROGAS. 3.3 POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA QUANTO A LIBERAÇÃO DO USO DA PÍLULA DO CÂNCER. 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a verificação jurídica da utilização da fosfoetanolamina sintética “pílula do Câncer” tendo como referência o direito constitucional pátrio. A questão levantada tem como ponto de partida que em casos de pacientes diagnosticados com o câncer terminal, a faculdade do uso da pílula (fosfoetanolamina sintética) como forma de um novo, ou ao menos alternativo, tratamento contra o câncer poderia trazer benefício diverso do encontrado em operações convencionais, tais como: cirurgia, radioterapia e quimioterapia, surgindo assim, como uma nova esperança à população brasileira. Há, porém, um empasse jurídico-científico na prática.

A eleição deste tema, por sua vez, pretende a análise do discurso jurídico que acontece no plano constitucional entre a liberdade e autonomia do portador da doença com o dever de controle do Estado. Deixando de lado, até por ausência de capacidade técnica, a eficácia do medicamento, passa-se ao sopesamento entre as normas constitucionais que é o dever do Estado em promover a saúde, além do seu poder discricionário do controle de drogas por meio de suas agências reguladoras, e o direito fundamental da liberdade individual de escolha do paciente em submeter-se ao tratamento ainda que não tenha convalidação científica.

A problemática está envolta a seguinte questão: Qual a premissa deve prevalecer no que tange a utilização da fosfoetanolamina sintética (pílula do câncer): a liberdade

individual de escolha de tratamento, ainda que não liberado pelas agências reguladoras, ou o poder diretivo do Estado no controle de drogas?

O objetivo geral é verificar se a liberação e fornecimento na rede pública de saúde da fosfoetanolamina sintética – pílula do câncer, manifesta uma responsabilidade do Estado, em face da concretização do direito à vida, previsto na Constituição, apresentando, criticamente, que a liberdade de escolha caberia unicamente ao paciente diagnosticado com uma doença terminal. Tecendo também objetivos específicos, a) demonstrar que é dever do Estado atribuir a efetividade a direito fundamental; b) analisar o debate entre dever de controle do poder público com a liberdade individual; c) aproximar as divergências entre prós e contras o uso da substância e problematizar, no plano constitucional, qual seria a primazia decisória no confronto indivíduo versus regulação estatal.

Dessa maneira, para desenvolver o presente trabalho foi utilizado várias interpretações dadas ao conteúdo da matéria legal que disciplina sobre o referido tema, por tal razão optou-se pelo método básico, dedutivo, através da pesquisa de levantamentos bibliográficos, documentais e exploratório.

O desenvolvimento do trabalho em comento se justifica na medida em que direitos essenciais ao ser humano estão sendo colocados em confronto, impondo à comunidade jurídica o dever de analisar detidamente a situação para oferecer um adequado resultado. A atualidade da controvérsia e sua crescente discussão na sociedade, também motivam o alcance de uma solução para o dilema apresentado. Assim, o tema apresentado é atual, extremamente controvertido, além de apresentar relevância jurídica e social, posto que possa afetar milhares de pacientes em tratamento terminal contra o câncer. Esse tema é importante pelo fato de oportunizar um novo tratamento no que diz respeito à fosfoetanolamina sintética. Assim, questiona-se se o uso da pílula do câncer seria um direito individual e, portanto, uma garantia fundamental, em virtude do direito à vida, à liberdade de escolha, sendo esta primária em relação ao poder diretivo do estado no controle de drogas.

2 ASPECTOS GERAIS DA FOSFOETANOLAMINA SINTÉTICA

A saúde é algo primordial para existência do ser humano, pois ao ser acometido por uma doença, geralmente se busca o melhor tratamento disponível clinicamente para aquela enfermidade. Nada obstante, ao entrar em foco moléstias que não possuem medicamentos eficazes para tratamento, é o caso do câncer, podem emergir no mercado farmacêutico medicamentos capazes de aflorar a esperança pela cura, como a fosfoetanolamina sintética conhecida popularmente no Brasil como “pílula do câncer”.

2.1 CARACTERIZAÇÃO E HISTÓRICO DA FOSFOETANOLAMINA

Em estimativa divulgada pelo Instituto Nacional do Câncer (2020), para cada ano do triênio 2020/2022 no Brasil, aponta-se com base nos dados fornecidos pela referida entidade que cerca de 625 mil novos casos de câncer incidirão sobre a população brasileira, sem considerar os casos de câncer de pele, com base nas informações do portal o câncer é o principal problema de saúde no mundo e está entre as principais causas de mortes prematuras.

No decorrer dos anos surgiram vários medicamentos que foram taxados como possíveis curas para o câncer, dentre estes, está a fosfoetanolamina sintética ou pílula do câncer conforme dito acima. A substância é naturalmente produzida pelo corpo, estando presente na membrana das células (GALLO NETTO, 2018).

A fosfoetanolamina foi isolada pela primeira vez em 1936 no Canadá dando surgimento a versão sintética, (aquela produzida em laboratório), e estudada no Brasil a partir dos anos 90. Por sua vez, a fosfoetanolamina sintética (objeto deste estudo), é um medicamento produzido e com a fórmula criada pelo grupo de pesquisa do professor Gilberto Orivaldo Chierice, na Universidade de São Paulo (USP). Diante da grande repercussão a pílula do câncer ganhou notoriedade popular em meados de 2015 quando milhares de pacientes que lutavam contra o câncer passaram a requerer o uso do medicamento na justiça do Estado de São Paulo (DIAS, 2021).

Reitera ainda que depois de pesquisas com células cancerígenas em animais, o Professor Gilberto Orivaldo Chierice da USP, passou a promover a distribuição de cápsulas da fosfoetanolamina sintética para portadores de diversos tipos de doença, principalmente o câncer (DIAS, 2021).

Em razão da esperança de cura por parte de pacientes com câncer, a procura pelo medicamento ganhou destaque por todo Brasil. É tanto que, em 2016 fora editada a Lei nº 13.269/2016 pela então Presidente da República Dilma Rousseff, autorizando o uso da fosfoetanolamina sintética para pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. A proposta originou do Projeto de Lei nº 3/2016, posteriormente a lei teve eficácia suspensa pelo Supremo Tribunal Federal, assunto que será tratado em tópico específico sobre o tema. (BRASIL, SENADO FEDERAL, 2015)

Segundo Oliveira (2015, p. 3-7) tem-se que “todas as medicações e produtos químicos em geral, a priori, regulados pela Lei nº 6.360/197687, devem ter seu uso

87 A respeito da distribuição da fosfoetanolamina para fins medicamentosos (especificamente contra o câncer) pelo Professor Gilberto Orivaldo Chierice durante a realização de estudos independentes no Instituto de Química de São Carlos (IQSC) da Universidade de São Paulo (USP). Vale destacar que foram observados os parâmetros legais, sendo estes interligados a legislação federal (Lei nº 6.360/1979) que trata sobre drogas com finalidade medicamentosa, bem como fora editada em 2014 a Portaria nº 1389/2014 do IQSC em conformidade com a Resolução nº 466/2012 do Conselho Nacional de Saúde. (INSTITUTO DE QUÍMICA DE

autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), órgão regulador competente e responsável para tanto”.

Entretanto, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, nunca aprovou a eficácia da fosfoetanolamina sintética, justamente pelo fato da pílula do câncer jamais ter passado por um estudo clínico que comprovasse seus benefícios para a cura do câncer (ANVISA, 2018).

Atualmente, o uso da pílula do câncer voltou a ter evidência após as declarações do atual Presidente da República Jair Messias Bolsonaro favoráveis a permissão do uso do medicamento no Brasil. Aliás, recentemente, uma vacina contra o câncer de pele foi aplicada e testada em humanos (ainda em fase de testes e sem aprovação), produzida pela farmacêutica alemã Biontech que investe fortemente na pesquisa da cura para o câncer (BULHÕES, 2021).

No entanto, as recentes declarações de Bolsonaro, colocaram em discussão a premissa da morosidade da Agência Nacional de Vigilância Sanitária para a aprovação de medicamentos, alguns autores como Barifouse (2019) em pesquisa realizada para BBC News Brasil, comenta que o órgão tem excesso de zelo e procura dificultar a venda facilitada de drogas que a população necessita, mas que estão em fase de experiência.

Em 2018 a ANVISA⁸⁸ emitiu comunicado informando que jamais foi protocolado qualquer pedido de registro da fosfoetanolamina como suplemento ou medicamento (pílula contra o câncer). Por fim, a última informação que se tem sobre o uso da fosfoetanolamina como medicamento é a realização de pesquisa pela Universidade Federal do Ceará desde junho de 2019 utilizando pela primeira vez no Brasil, a pílula do câncer em seres humanos⁸⁹. A seguir serão abordadas as premissas brasileiras para aprovação de novos medicamentos pela ANVISA, estabelecendo critérios para permitir o uso experimental de qualquer droga comercializada no país.

2.2 TRATATIVA DE APROVAÇÃO DE MEDICAMENTOS NO BRASIL

SÃO CARLOS - USP. Esclarecimentos à sociedade. Publicado em 2014. Disponível em: <https://www5.iqsc.usp.br/quarentena/esclarecimentos-a-sociedade/>. Acesso em: 29 set. 2021).

88 BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Nota sobre fosfoetanolamina como suplemento alimentar**. Atualizado em 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/medicamentos/cmmed>. Acesso em: 03 set. 2021.

89 Pílula do câncer começa a ser testada em humanos pela Universidade Federal do Ceará. A substância de fosfoetanolamina será administrada num total de 64 voluntários para testar possíveis efeitos colaterais e dosagem máxima de tratamento. Informações disponível em: <https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2019/06/17/pilula-do-cancer-comeca-a-ser-testada-em-humanos-pela-universidade-federal-do-ceara.ghtml>. Acesso em: 29 set. 2021.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária é a agência nacional que regulamenta a política da saúde do país. Assim, sem a autorização da ANVISA um medicamento não poderá ser comercializado.

A Lei nº 9.782/1999 definiu o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e estabeleceu a criação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, conforme a disposição da lei que assim prevê:

Art. 3º Fica criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro no Distrito Federal, prazo de duração indeterminado e atuação em todo território nacional. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.039-24, de 2000) (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001)

Art. 8º Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública.

§ 1º Consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência:

I - medicamentos de uso humano, suas substâncias ativas e demais insumos, processos e tecnologias;

Sendo assim, a ANVISA foi criada pela Lei nº 9.782/1999, definida como autarquia sob regime especial que tem sede no Distrito Federal, cuja a finalidade é promover a saúde da população, com o controle sanitário da produção e consumo de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive incidindo sobre medicamento.

A gerência e a administração serão exercidas por Diretoria Colegiada composta de cinco membros. Os membros da Diretoria Colegiada são brasileiros, indicados pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação prévia pelo Senado Federal (BRASIL, ANVISA, 2020). Em 30 de outubro de 1998, foi publicada a Política Nacional de Medicamentos (PNM), ligada à Política Nacional de Saúde (PNS), por intermédio da Portaria nº 3.916, permitindo que atividades fossem implantadas por meio da criação da ANVISA, que trabalha para garantir condições de segurança e qualidade nos medicamentos consumidos no país (NANDI, 2016). Por esse viés, a Política Nacional de Medicamentos do Brasil foi instituída pelo Ministério da Saúde que definiu regras para o uso de medicamentos, as tratativas se baseiam na legislação. Vale ressaltar que a referida medida teve implantação concreta somente em 2004 por iniciativa do Diretor da Anvisa na época dos fatos.

Afirma Mirta (2007, p. 2-34) que a Política de Regulamentação de Medicamentos, proposta pela ANVISA em 2004, "trata da redefinição de regras para o registro de medicamentos com mudanças baseadas em diversos fatores que trouxeram maiores critérios ao cenário de regulação de medicamentos no Brasil".

Além disto, a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) é responsável pela regulamentação de medicamentos no mercado econômico brasileiro, adotando medidas que estimulem a concorrência no setor, monitoramento da comercialização e aplicação de penalidades. A ANVISA age como Secretária Executiva da Câmara (BRASIL, ANVISA, 2021). A respeito do registro de um novo medicamento pela Anvisa, destaca Nandi (2016, p. 47-48) que:

(...) um medicamento não registrado na Anvisa (que tem atuação sobre a regulamentação, inspeção e fiscalização do sistema farmacêutico), destacam-se duas das diretrizes mencionadas: a regulamentação sanitária de medicamentos, a qual se refere à segurança na produção e comercialização do medicamento, principalmente no momento do registro dele, permitindo ainda, a restrição e/ou eliminação de medicamentos que não estejam adequados para consumo ou que sejam prejudiciais à saúde, de acordo com as exigências da farmacovigilância; e a garantia de segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a qual é concretizada mediante a atuação do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, visando tornar eficazes os medicamentos comercializados e dar cumprimento efetivo das disposições elencadas na Lei nº 8.080/90 e suas regulamentações.

Pelos apontamentos de Nandi (2016) resta demonstrada a importância da Política Nacional de Medicamentos para concretização do efetivo direito à saúde e à vida como princípios fundamentais esculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Encerrando a questão, em nota publica no site oficial em dezembro de 2018 a ANVISA emitiu o seguinte parecer sobre a fosfoetanolamina sintética:

A fosfoetanolamina não é uma substância proibida, mas, para ser comercializada, de acordo com a legislação brasileira, e em conformidade com as regras praticadas em todos os países desenvolvidos do mundo, precisa estar registrada na Anvisa. Para que "suplementos" à base de fosfoetanolamina possam ser comercializados no Brasil, é necessário que esses produtos não façam alegações de que possuem indicações terapêuticas ou medicamentosas, conforme estabelece o art. 56 do Decreto-Lei 986/69. Essa medida é importante para evitar que o consumidor seja

enganado por produtos que prometam a cura de doenças sem que tenham apresentado qualquer prova científica nesse sentido. Caso houvesse intenção de uso de alegação de propriedade funcional, isto é, de função relacionada ao papel metabólico ou fisiológico no crescimento, desenvolvimento, manutenção e outras funções do organismo, a substância poderia ser avaliada na categoria de “Alimentos com Alegações de Propriedade Funcional”, que também possui obrigatoriedade de registro. Nesse caso, além da comprovação da segurança, haveria a necessidade de comprovar a eficácia da alegação proposta.

Em resumo, a ANVISA prestou compromisso com a proteção da saúde da população, dispondo que a comercialização da fosfoetanolamina sintética no Brasil, como medicamento ou suplemento, dependente inteiramente do pedido de registro como os devidos testes de qualidade, segurança e eficácia forem analisados.

3 ANÁLISE CONSTITUCIONAL SOBRE O USO DA FOSFOETANOLAMINA EM TRATAMENTOS CONTRA O CÂNCER NO BRASIL

Visto as premissas estruturais da fosfoetanolamina sintética. A presente seção aborda o enfoque do estudo, relacionado a constitucionalidade do uso da fosfoetanolamina sintética (pílula do câncer) no ordenamento brasileiro. A questão central adentra na tratativa dos direitos fundamentais, especificamente o direito à saúde, à vida e a liberdade individual do paciente em escolher o melhor tratamento, frente o poder do Estado no controle de drogas e ainda a liberação do medicamento pela agência reguladora.

3.1 NOÇÃO INTRODUTÓRIA DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Tendo em vista a relação do tema em foco com os direitos fundamentais, este tópico se deslinda a tratar sobre esse importante fenômeno. A vista disso, os direitos fundamentais ou também intitulados por parte da doutrina como teoria geral dos direitos fundamentais são um copilado de normas estabelecidas na Constituição Federal, com *status* de relevância perante todo o ordenamento brasileiro, violar direito fundamental é atentar contra a vida humana.

A respeito de sua conceituação, a teoria geral dos direitos fundamentais é definida como o conjunto de regras e princípios que influenciam a interpretação dos direitos fundamentais, auxiliando na aplicabilidade e compreensão sobre o assunto (SENA, 2021).

Para Tavares (2012) o termo direito fundamental se aproxima da noção de direitos naturais, em referência ao entendimento da natureza do ser humano que é portador de

um vasto número de direitos fundamentais, mesmo não se falando de uma lista imutável, pois os direitos fundamentais variam conforme o passar do tempo.

O renomado autor José Afonso da Silva prefere utilizar ao se tratar de direitos fundamentais, a denominação de direitos do homem que se referem nos ensinamentos do autor como princípios que resume a concepção do mundo e fomentam a ideologia político jurídica, amparando prerrogativas que garantam a liberdade para toda a população (SILVA, 2006). Drago (2019 *apud* BONAVIDES, 2013) conceitua direitos fundamentais como o direito do homem livre e isolado, em face do Estado, referindo-se a uma concepção que os direitos não são absolutos, e que se relativizam segundo o critério da lei ou dentro dos limites da legais.

Por sua vez, Alexandrino (2015. p. 143) defende que a expressão direitos fundamentais difere-se do termo direitos humanos:

(...) utilizada para designar os direitos relacionado as pessoas, inscritos em textos normativos de cada Estado. São direitos que vigoram uma determinada ordem jurídica, por isso sendo garantidos e limitado no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os estabelece. Enfim, a expressão direitos humanos, é utilizada para designar direitos pertencentes ao ordenamento jurídico ou limitação geográfica, já os direitos fundamentais como dito, são aqueles reconhecidos como tais em determinado ordenamento jurídico de certo Estado.

Por força da Constituição Federal existem tratados de direito internacional em matéria de direitos humanos que não podem ser considerados como direitos fundamentais. Sendo assim, a Constituição pretendeu diferenciar ambos institutos de modo a evitar possíveis implicações no caso concreto, no tocante a hierarquia e proteção das normas de âmbito jurídico (BITENCOURT; RECK, 2019).

Assim, os direitos fundamentais são os direitos do homem emergidos para dentro de uma determinada Constituição, sendo positivados no âmbito constitucional do Estado. Já os direitos humanos são supranacionais e universais, independentes de reconhecimento nas Constituições (FUTTERLEIB, 2012).

A origem histórica dos direitos fundamentais remete-se ao surgimento dos direitos humanos. Nesse sentido, ressalte-se que alguns autores consideram os direitos fundamentais uma subdivisão dos direitos humanos.

Inclusive, em conformidade com Sena (2021, p. 66) é comum que a doutrina utilize os referidos termos como sendo sinônimos:

(...) nas provas de concurso, os conteúdos de direitos humanos são apartados do direito constitucional, podendo diferenciar os dois em razão do seu nível de generalização e abstração. Geralmente os direitos humanos possuem um nível maior de generalização e abstração, pois quando forem desenvolvidos, o foram por todos os povos do mundo, eles guardam preceitos que se comunicam entre as diversas culturas.

Diante disso, Sena (2021) conclui que os direitos fundamentais são os próprios direitos humanos internalizados na Constituição Federal e voltados a realidade da sociedade e sua cultura. Para o autor, os direitos fundamentais não foram conquistados da noite para o dia. Foram necessários séculos de luta e sofrimento, para que hoje se pudesse usufruir de direitos.

Esclarece Tavares (2012, p. 502) desde logo que, “os direitos fundamentais não se encaixarão em apenas uma das dimensões, nem será possível estabelecer uma linha divisória estrita e precisa entre categorias individuais de direitos e categorias sociais ou de exercício coletivo”. Para tanto, é difícil estabelecer um marco normativo de início dos direitos fundamentais no ordenamento brasileiro.

Aponta Alexandrino (2015) que o marco inicial dos direitos fundamentais foi na Carta Inglesa de 1215, no entanto, os direitos dispostos no referido diploma não visavam garantias a uma esfera irreduzível de liberdades, assegurando somente o essencial, inclusive com a limitação de poderes do rei. Além disso, para o mencionado autor, conforme os ensinamentos de Canotilho, os direitos fundamentais teriam sido positivados a partir da Revolução Francesa, e com a implementação da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Assim, em suma, os direitos fundamentais surgiram para restringir a atuação do Estado em favor da liberdade dos cidadãos.

Mendes e Branco (2020) dizem que os direitos fundamentais têm a sua origem, em grande parte atribuída aos ensinamentos e atribuições de valores para os seres humanos que nortearam a construção do direito positivo. Assim, os direitos fundamentais foram sendo consolidados ao longo dos tempos de modo que hoje possuem enorme relevância.

Alexandrino (2015) comenta com base nos embasamentos apontados por Alexandre de Moraes em sua obra, que elenca como principais características dos direitos fundamentais, a imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência, complementaridade, relatividade. Interligada a essa premissa, há o entendimento que as ações que impliquem em violação dos direitos fundamentais são imprescritíveis.

Desse modo, a Constituição Federal em seu Título II dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais (artigo 5º), quais sejam: direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade e direitos políticos que serão tratados no tópico seguinte (BRASIL, 1988). Para tanto, o artigo 5º da Constituição Federal trata-se de rol exemplificativo, pois os direitos fundamentais não excluem outros decorrentes do regime dos princípios adotados pela Constituição ou ainda em Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil seja signatária. Além disso, o Supremo Tribunal Federal colabora com o entendimento da doutrina, dispondo que podem ser encontrados direitos fundamentais em outros diplomas normativos, fora aqueles já previstos no artigo 5º da Constituição Federal (LENZA, 2019).

Assim, atualmente os direitos fundamentais estão previstos ao longo de toda a Constituição Federal, por opção do legislador da Constituinte de 1988, contando com cinco capítulos (DRAGO, 2019). Desta maneira, os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, em grande parte, podem ser definidos como uma série de direitos necessários a existência do ser humano que foram dados pela Constituição, impondo ainda ao Estado o respeito a essas normativas, tendo o dever de atender aos chamados populares (HACK, 2012).

Além da constante ligação entre direitos humanos e direitos fundamentais como sendo sinônimos, por parte de alguns autores, há ainda um enorme debate quanto a definição da construção histórica dos direitos fundamentais. Para tanto, é essencial analisar se o termo correto é dimensão ou geração de direitos fundamentais e suas peculiaridades. Anota Tavares (2012) que alguns autores têm preferido falar gerações, contudo, a ideia de gerações é inequívoca, na medida em que dela se deduz que uma geração substitui naturalmente a outra e assim sucessivamente. Por tal razão, o autor faz preferência pelo termo dimensões.

Por sua vez, Diógenes Júnior (2021) afirma que a respeito dos direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira, quarta e quinta dimensão ou geração, deve-se ter por base que a divisão entre geração ou dimensão por parte da doutrina, é meramente acadêmica, todavia, a maioria da doutrina faz uso da terminologia dimensão por inúmeros motivos.

Encerando a discussão, Lenza (2019, p. 1.759) diz que dentre diversos critérios, costuma-se classificar os direitos fundamentais em gerações de direitos ou como prefere a doutrina atual, dimensões de direitos fundamentais:

(...) por entender que uma nova "dimensão" não abandonaria as conquistas da "dimensão" anterior e, assim, esta expressão se mostraria mais adequada no sentido de proibição de evolução reacionária. Em um primeiro momento, partindo dos lemas da

Revolução Francesa, liberdade, igualdade e fraternidade, anunciavam-se os direitos de 1.^a, 2.^a e 3.^a dimensão e que iriam evoluir segundo a doutrina para uma 4.^a e 5.^a dimensão.

Embora Lenza (2019) vislumbre cinco dimensões de direitos fundamentais, alguns autores como é o caso de Bitencourt e Reck (2019, p. 44-45) consideram a existência de somente três dimensões de direitos fundamentais:

Na primeira dimensão os direitos fundamentais são denominados de civis, individuais, e políticos, surgiram consoante as ideias iniciais do constitucionalismo. Referem-se ao direito de liberdade dos cidadãos diante do Estado. Na segunda dimensão estão os direitos econômicos, sociais e culturais, desencadeados pelo impacto causado pela industrialização e dos graves problemas econômicos e sociais que acompanham esse processo, podendo perceber que somente o reconhecimento formal dos direitos de igualdade e liberdade não são suficientes para garanti-los aos cidadãos. A terceira geração de direitos paira sobre a influência das disparidades de condições entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos, voltada ao bem-estar universal, por isso, fala-se em direitos de terceira dimensão como os direitos de solidariedade, fraternidade.

A medida que houve evolução histórica, os direitos fundamentais também foram sendo sistematizados, emergindo novas dimensões, Sena (2021, p. 73-75) comenta sobre os direitos de quarta e quinta dimensão:

A quarta dimensão é caracterizada por divergências doutrinárias, mas o melhor pensamento considera essa dimensão como da globalização dos direitos fundamentais, englobando direitos relacionados a democracia e ao pluralismo político. Outro viés da doutrina apresenta ainda como direitos de quarta dimensão, os direitos informáticos, espacial ou genético. A quinta dimensão é a mais recente classificação da doutrina, surgindo após o ataque terrorista do 11 de setembro de 2001 (a queda das torres gêmeas nos Estados Unidos), com esse atentado, percebeu-se que nada adianta conquistar direitos fundamentais se não houver paz. Desta forma, essa geração está destinada ao direito a paz de forma plena.

Diante disso, os direitos e garantias fundamentais possuem eficácia direta e imediata, não podendo ser abolidos da Constituição Federal, mas somente alterados de modo a aumentar sua extensão e aplicação, considerados cláusulas pétreas (nos ditames

descritos no artigo 60) e não podem ser abolidos em hipóteses nenhuma (BITENCOURT; RECK, 2019).

Nos termos do artigo 60, §4º, IV, da Constituição Federal atual, nota-se a presença de um caráter de cláusula pétrea intrínseco aos direitos fundamentais que, nesse particular, funcionam como limites à restrição do texto constitucional. Universais, absolutos, inalienáveis e indisponíveis, os direitos fundamentais, segundo Ingo Sarlet (2012, p. 109), “ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana”.

Sendo assim, a existência de várias dimensões é completamente compreensível, pois decorrem da própria natureza do homem, cuja as possibilidades são inesgotáveis e estão em constante evolução (TAVARES, 2012). Em razão disso, ao longo da construção histórica dos direitos e garantias no Brasil, assistiu-se à consagração dos direitos civis, dos direitos políticos, dos direitos sociais básicos e econômicos, dos direitos coletivos e dos direitos das minorias.

3.2 A LIBERDADE INDIVIDUAL NA ESCOLHA DO TRATAMENTO COM O USO DA PÍLULA DO CÂNCER VERSUS O PODER DIRETIVO DO ESTADO NO CONTROLE DE DROGAS

Descritos os direitos fundamentais em síntese geral. Enfim, aborda-se sobre o foco do estudo. Mas antes disso, é preferível tecer alguns comentários acerca da importância do direito fundamental à vida.

Para o renomado autor constitucionalista Silva (2006) define à vida como um direito fundamental expresso no texto constitucional no artigo 5º *caput*, que vai além do sentido biológico.

Por sua vez, na visão do Ministro e professor de Direito Constitucional, Moraes (2018) o direito à vida envolve garantia da continuidade da vida e em segundo plano, a efetividade de uma vida digna por parte do Estado.

O direito à vida é pressuposto essencial para existência humana, considerado como o mais fundamental dos direitos, ou seja, sem vida não é possível exercer os demais direitos fundamentais. Compreendendo além do direito de estar vivo, a integridade física e moral do indivíduo, impondo ao Estado o dever da máxima efetividade, garantindo uma vida com qualidade (SENA, 2021).

Conforme a Constituição Federal de 1988 a vida é direito inviolável, o Estado deve protegê-la, sendo impedido de tirá-la, preservando-se o direito à existência. Todas discussões envolvendo eutanásia, células tronco e como no presente caso o uso da pílula do câncer, estão amparadas pelo direito à vida (HACK, 2012).

Observa-se que à vida é o direito fundamental supremo, pois sem vida não há a fruição de todos outros direitos previstos no ordenamento brasileiro. Por outra vertente, fora o direito à vida também há o direito fundamental à liberdade de escolha. Nesse sentido, relaciona-se a premissa do direito à vida como a liberdade de escolha do paciente em escolher o melhor tratamento.

A Constituição Federal de 1988, consagra o direito genérico a liberdade, com base nesse princípio, há que se prezar pela liberdade do indivíduo, de escola e sobre o livre-arbítrio. Desse modo, o indivíduo é livre para buscar seus caminhos, podendo agir da forma como achar melhor, seja na busca da felicidade ou na escolha de um tratamento (HACK, 2012).

O direito à liberdade individual está amparado pela primeira dimensão dos direitos fundamentais conquistados pela humanidade que possuem como finalidade limitar o poder do Estado à medida que o poder Público é impedido de interferir na vida do indivíduo quando se depara com a liberdade estabelecida (SENA, 2021).

Acerca da permissão uso ou não da pílula do câncer pela ANVISA, tem-se que desrespeitar a escolha do paciente ao melhor tratamento viola a Constituição Federal e fere o princípio que rege os direitos fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana. Vislumbra-se uma aversão por parte do Estado de tratamentos alternativos da medicina (desde que eficientes para salvaguardar a vida), cita-se como exemplo o uso da maconha para fins medicinais em que há uma espécie de polêmica sobre o assunto no Brasil. Nos ditames da Constituição o paciente possui o direito de escolher uma medicina aliada à concretização de seus direitos (SENA, 2021).

Embora, não se admita a planificação típica de regimes totalitários em que o Estado decide o que é melhor para os cidadãos, escolhendo suas ações em diversos aspectos da vida (HACK, 2012).

Dessa forma, o paciente possui o direito à vida assegurado, nisso inclui-se a garantia de gozar a vida com autonomia e liberdade, podendo deliberar sobre questões que envolvam decisões médicas sobre sua própria vida, promovendo harmonia entre os direitos fundamentais e os avanços da medicina, mesmo que suas vontades vão em desencontro com as convicções dispostas pelo Estado (DURÇO, 2016).

Ressalte-se que embora o direito à vida e o direito à liberdade são consagrados como garantias fundamentais, não há que se falar em direito fundamental absoluto, alguns direitos individuais poderão ser restringidos em prol da coletividade (SENA, 2021).

Isso quer dizer que possuem limitações e restrições. De acordo com os posicionamentos dos renomados autores constitucionalistas Mendes e Branco (2020, p.

296) os direitos fundamentais “apenas podem ser limitados por expressa disposição constitucional (restrição imediata) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (restrição mediata)”. A Carta Constitucional não possui direitos ou garantias que sejam de caráter absoluto, em razão do interesse público. Com isso, encontram-se revestidos de limites, alguns direitos individuais podem ser restritos em prol dos direitos coletivos (ALEXANDRINO, 2015).

Sob a ótica que direito à liberdade do paciente em escolher o melhor tratamento, é uma ramificação do direito à vida. Nessa conjuntura está o poder diretivo do Estado no controle de medicamentos autorizados para uso em território nacional. Moraes (2018, p. 235) é dever do Estado garantia dos direitos fundamentais:

O Estado deverá garantir esse direito a um nível de vida adequado com a condição humana respeitando os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e, ainda, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e erradicando-se a pobreza e a marginalização, reduzindo, portanto, as desigualdades sociais e regionais.

Acerca disso, Mota e Sousa (2017) comentam que existem aqueles que defendem a distribuição da pílula do câncer, sustentando que o Estado tem o dever de assegurar o direito à vida para o cidadão, oferecendo melhor qualidade de vida ao portador de câncer. Por outra perspectiva, há um lado que também defendam a não distribuição da substância até que está seja registrada junto a agência competente, exprimindo que é dever do Estado apenas permitir o uso de substâncias cadastradas e desde que comprovadamente não provoquem risco a população.

Sendo assim, a autonomia da vontade do paciente (a liberdade de escolha do melhor tratamento) sobre decisões que envolvam o próprio corpo do indivíduo, não podem ser prejudicadas pelas intromissões do Estado. Desse modo, a decisão pelo uso de tratamento experimental ou não deve ser permitida pelo Estado, na medida em que o a pessoa tem direito ao tratamento médico mesmo que este não tenha sido regulamentado pela autoridade competente, neste caso a ANVISA, além do mais, já é unânime o entendimento que a fosfoetanolamina sintética não é tóxica, portanto, deve o Estado intervir somente quando o tratamento provocar riscos à saúde e a integridade dos pacientes, o que não se vislumbra no presente caso, ao contrário disso, em algumas pessoas os resultados foram bastantes significativos, é tanto que houve a judicialização da questão envolvendo a pílula do câncer (CHIELLE, 2017).

Por fim, aponta que o controle do Estado pode ser relativizado, em caso do uso da pílula do câncer por pacientes terminais de câncer e na hipótese de inexistir outras opções de tratamentos, o autor ainda comenta que o Congresso Nacional poderia autorizar a produção da substância, dispensando o registro junto a ANVISA (VITAL, 2020). Desse modo, há um conflito entre princípios, a colisão do direito à vida e do poder diretivo do Estado no uso e controle de medicamentos no Brasil cuja função conforme já dito, é exercida pela ANVISA com base nos ditames da Lei nº 6.360/1976.

3.3 POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA QUANTO A LIBERAÇÃO DO USO DA PÍLULA DO CÂNCER

Conforme já dito, em meados de 2016 o Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia da Lei nº 13.269/2016 que autorizava o uso da fosfoetanolamina sintética para pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. Todavia, em 2020 a Suprema Corte brasileira julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5501/DF ajuizada pela Associação Médica Brasileira que trata justamente da legislação em comento. Veja o teor da decisão:

SAÚDE – MEDICAMENTO – AUSÊNCIA DE REGISTRO – INCONSTITUCIONALIDADE. É INCONSTITUCIONAL ATO NORMATIVO MEDIANTE O QUAL AUTORIZADO FORNECIMENTO DE SUBSTÂNCIA, SEM REGISTRO NO ÓRGÃO COMPETENTE, CONSIDERADOS O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE – ARTIGOS 2º E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. (STF-ADI 5501/DF, Relator: Min, Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgamento: 26/10/2020, Publicação: 01/12/2020)

Por maioria dos votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 13.269/2016, colocando fim a discussão sobre a autorização da fosfoetanolamina sintética por pacientes portadores de neoplasia maligna no Brasil.

Na ocasião o relator Ministro Marco Aurélio em seu voto assinalou a competência da ANVISA para permitir ou não a distribuição de substâncias medicamentosas. Assinalando ainda que conforme a Lei nº 6.360/1976 a aprovação de produto pela ANVISA é exigência para comercialização e importação.

Com isso, não é permitida a importação da pílula do câncer de outros países. Divergentes ao entendimento do Relator, os Ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes consideraram o uso privado de substâncias mesmo que possam apresentar efeitos nocivos ao paciente está interligado a autonomia privada e imune a interferência estatal, pois a ANVISA possui competência relativa para proibir uso ou comercialização de

medicamentos, além disso, se não há lei que proíba, pelo viés da lógica a fosfoetanolamina é permitida.

Com base nisso, é fundamental destacar-se os entendimentos dos demais tribunais brasileiros sobre o assunto em foco, destaca-se decisão do Tribunal de Justiça do Paraná:

APELAÇÃO CÍVEL. ALVARÁ JUDICIAL. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO FEITO. PRETENSÃO DE AUTORIZAÇÃO PARA AQUISIÇÃO DA SUBSTÂNCIA FOSFOETANOLAMINA SINTÉTICA. IMPOSSIBILIDADE. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE, NO ÂMBITO DA ADI Nº 5501, DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 13.269/2016, E QUE AUTORIZAVA O USO DA FOSFOETANOLAMINA SINTÉTICA (“PÍLULA DO CÂNCER”), POR PACIENTES DIAGNOSTICADOS COM NEOPLASIA MALIGNA. DIREITO À VIDA, À SAÚDE E À LIBERDADE DE ESCOLHA QUE NÃO SE PRESTA A AUTORIZAR A INDISCRIMINADA COMERCIALIZAÇÃO E UTILIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS AO ARREPIO DOS CRITÉRIOS CIENTÍFICOS EXIGIDOS PARA A APROVAÇÃO PELO ÓRGÃO COMPETENTE. REGISTRO PERANTE A AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – ANVISA QUE SE PRESTA A ATESTAR NÃO APENAS A EFICÁCIA, MAS TAMBÉM A SEGURANÇA DA COMERCIALIZAÇÃO E USO DE MEDICAMENTO. EXIGÊNCIA DE CRITÉRIOS CIENTÍFICOS QUE É MEDIDA NECESSÁRIA PARA A EFETIVA PROTEÇÃO DA SAÚDE E DA VIDA EM SUA PERSPECTIVA COLETIVA. PREVALÊNCIA SOBRE DIREITOS INDIVIDUAIS. AUSÊNCIA DE CADASTRO. INADEQUAÇÃO PRESUMIDA. PROGRAMAS DE ACESSO EXPANDIDO E DE USO COMPASSIVO QUE DEVEM SER RESOLVIDOS ADMINISTRATIVAMENTE. PRECEDENTE DO STF. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-PR-APL: 00016634220218160158, São Mateus do Sul, Relator: Marco Antonio Antoniassi, Data de Julgamento: 21/09/2021, 8º Câmara Cível, Data da Publicação: 22/09/2021)

Nota-se que os tribunais brasileiros vêm decidindo acerca da autorização da fosfoetanolamina sintética conforme o mesmo entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, proibindo a utilização da substância para fins medicinais, principalmente contra o câncer.

Vale mencionar ainda que, atualmente a fosfoetanolamina sintética é comercializada no Brasil e no mundo como suplemento alimentar pela empresa norte americana Quality Medical Line com sede em Miami, constituída por sócios brasileiros, a substância promete melhorar a qualidade de vida do paciente e o desempenho de células

de defesa do organismo, equilibrando as funções metabólicas do corpo, embora fosse anteriormente explorada como cura para o câncer (GALLO NETTO, 2018). Menciona-se ainda que não foram encontradas informações relacionadas a comercialização da fosfoetanolamina sintética como medicamento para cura do câncer ou de outras doenças em outros países.

Verifica-se a importância do direito à vida e à liberdade conforme a doutrina. Conforme observado, o direito à vida está atrelado ao direito à liberdade. Assim, na ocorrência de flexibilização de direitos individuais sobre direitos coletivos em prol de algo maior, e mesmo que interfira o poder diretivo do Estado e impliquem em restrições às garantias do Estado, deve-se pautar sempre pela autonomia e o direito de existência do indivíduo já que estas são premissas que englobam o princípio basilar da dignidade humana.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa está norteada a um objetivo geral em verificar se a liberação e fornecimento na rede pública de saúde da fosfoetanolamina sintética, intitulada de pílula do câncer, manifesta uma responsabilidade do Estado, em face da concretização do direito à vida esculpido na Constituição Federal. Tem-se que o direito à vida, no Brasil em particular, traz uma discussão assaz enérgica que tem sido vislumbrada entorno da distribuição e autorização do uso da fosfoetanolamina, substância recentemente criada visando à cura do câncer, estando o direito à vida (e à liberdade de escolha do paciente ao melhor tratamento) e o controle estatal sobre os medicamentos em frontal conflito neste caso.

Nessa senda, surge uma divergência científica quanto a eficácia da fosfoetanolamina sintética, haja vista apontado pelos autores descritos ao longo do trabalho, o pouco tempo de pesquisa e testes. Em razão desta, a referida pílula ainda não foi autorizada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA. Contudo, fomentando ainda mais o debate, em 13 de abril de 2016, fora sancionada a Lei 13.269 que autorizaria o uso da substância no combate ao câncer. Apesar da previsão legal, o diploma legal teve eficácia suspensa em razão de liminar deferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Associação Médica Brasileira. Sendo que posteriormente houve a proibição do uso do medicamento no Brasil por parte do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5501/DF.

Observou-se que a citada controvérsia possui um substrato no fato de que, embora o medicamento referido ainda não tenha sido aprovado pela agência reguladora responsável, seria viável no combate ao problema.

Visando alcançar um resultado para o questionamento suscitado, o presente trabalho discorreu sobre a moléstia motivadora da substância fosfoetanolamina, o câncer. Neste ponto, é de vital importância saber que a doença traz além de uma moléstia física, um desgaste emocional ao paciente, e somente a este indivíduo caberia resposta sobre a ação ou inação em um tratamento de risco, ainda não completamente testado em seres humanos.

Diante do apresentado, conclui-se que o uso da pílula do câncer é uma escolha que cabe ao paciente, ainda que o medicamento não seja liberado pela ANVISA, visto que direito à vida e qualquer forma de prolongamento desta deve ser considerado, por ser tratar este de um direito e uma garantia fundamental, ademais a saúde deve ser prestada com a máxima eficiência (artigo 6º da CRFB/1988) e efetividade possível (art. 5º da CRFB/1988).

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Vicente Paulo Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015.

BARIFOUSE, Rafael. Anvisa é mesmo lenta para aprovar medicamentos, como dizem Bolsonaro e o Congresso. BBC News Brasil, 9 agosto 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-49258889>. Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19782.htm. Acesso em: 01 set. 2021.

BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Nota sobre fosfoetanolamina como suplemento alimentar**. Atualizado em 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/medicamentos/cmmed>. Acesso em: 03 set. 2021.

BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED)**. Atualizado em 12/12/2018. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2018/nota-sobre-fosfoetanolamina-como-suplemento-alimentar>. Acesso em: 03 set. 2021.

BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Diretoria Colegiada**. Publicado em 21/09/2020. Atualizado em 29/07/2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/composicao/diretoria-colegiada/diretoria-colegiada>. Acesso em: 03 set. 2021.

BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. FOSFOETANOLAMINA. Anvisa faz alerta sobre interferência do MPF. Ação civil pública pede que a substância seja reconhecida como “suplemento alimentar”, tendo sua produção e comercialização liberadas. Atualizado em 18/06/2018. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2018/anvisa-faz-alerta-sobre-interferencia-do-mpf>. Acesso em: 03 set. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível: 00016634220218160158, São Mateus do Sul, Relator: Marco Antonio Antoniassi, Data de Julgamento: 21/09/2021, 8º Câmara Cível, Data da Publicação: 22/09/2021. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000018292471/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0001663-42.2021.8.16.0158>. Acesso em: 24 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5501/DF, Relator: Min, Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgamento: 26/10/2020, Publicação: 01/12/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur437427/false>. Acesso em: 24 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.269, de 13 de abril de 2016. **Autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/l13269.htm. Acesso em: 04 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6360.htm. Acesso em: 24 set. 2021.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Fosfoetanolamina sintética**. Atualizado em 20/05/2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/fosfoetanolamina-sintetica>. Acesso em: 04 set. 2021.

BITENCOURT, Caroline Muller; RECK, Janriê Rodrigues. **Direito constitucional: teoria e prática**. São Paulo: Rideel, 2019.

BULHÕES, Gabriela. **Pela 1ª vez, vacina contra o câncer é aplicada e testada em humanos. Publicado em 23 jun. 2021.** Disponível em: <https://saude.ig.com.br/2021-06-23/vacina-cancer-aplicada-testada-humanos-estudos.html>. Acesso em: 03 set. 2021.

CHIELLE, Elaine Julliane. **Autodeterminação corporal para uso da fosfoetanolamina sintética**. Joaçaba: Editora Unoesc, 2017.

DRAGO, Guilherme Dettmer. **Manual de direito constitucional**. Caxias do Sul, RS: Educus, 2019.

DIAS, Diogo Lopes. **“O que é fosfoetanolamina?”**. Brasil Escola, 2021. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/o-que-e/quimica/o-que-e-fosfoetanolamina.htm>. Acesso em: 03 set. 2021.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais? **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 31 mar. 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/29835/geracoes-ou-dimensoes-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 26 ago. 2021.

DURÇO, Ariel Obolari. Princípio da autonomia da vontade e o direito fundamental na escolha de tratamento médico. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4636, 11 mar. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/46989>. Acesso em: 29 set. 2021.

FUTTERLEIB, Ligia Leindecker. **Fundamentos do direito constitucional**. Curitiba: InterSaberes, 2012.

GALLO NETTO, Carmo. **Fosfoetanolamina, de ‘pílula do câncer’ a caso de polícia**. Publicado em 03 abr. 2018. Disponível em: <https://www.unicamp.br/unicamp/index.php/ju/noticias/2018/04/03/fosfoetanolamina-de-pilula-do-cancer-caso-de-policia>. Acesso em: 03 set. 2021.

HACK, Érico. **Direito constitucional**: conceitos, fundamentos e princípios básicos. Curitiba, InterSaberes, 2012.

INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER. Ministério da Saúde. **Estimativa 2020**. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/estimativa/introducao>. Acesso em: 4 set. 2021.

INSTITUTO DE QUÍMICA DE SÃO CARLOS - USP. **Esclarecimentos à sociedade**. Publicado em 2014. Disponível em: <https://www5.iqsc.usp.br/quarentena/esclarecimentos-a-sociedade/>. Acesso em: 29 set. 2021.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MIRTA, Condessa. **A Política atual para a regulação de medicamentos no Brasil**.

Publicado em maio de 2007. Disponível em:

http://www.unieuro.edu.br/sitenovo/revistas/downloads/farmacia/cenarium_02_01.pdf.

Acesso em: 03 set. 2021.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2018.

MOTA, Abelardo Medeiros; SOUSA, Carla Cristina. Fosfoetanolamina: um embate entre o direito à vida e à segurança. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, vol. 3 (2017), n. 2, 1-35.

Disponível em: <https://blook.pt/publications/publication/a4c88a45e8fd/>. Acesso em: 29

set. 2021.

NANDI, Luana Felipe. **A judicialização da política nacional de medicamentos: análise do medicamento fosfoetanolamina sintética à luz do direito à saúde e dos julgados do STF, TJSC e TRF da quarta região**. Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC. Criciúma, 2016. Disponível em:

<http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/5085/1/LUANA%20NANDI%20FELIPPE.pdf>.

Acesso em: 03 set. 2021.

OLIVEIRA, Leonardo Alves. A cura do câncer, a droga experimental (fosfoetanolamina sintética) e suas implicações legais e jurídicas. **Revista dos Tribunais**, vol. 962, dezembro de 2015. Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.962.04.PDF. Acesso em: 03

set. 2021.

PORTAL G1. **Pílula do câncer começa a ser testada em humanos pela Universidade Federal do Ceará**. Reportagem de 17 jun. 2019. Disponível em:

<https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2019/06/17/pilula-do-cancer-comeca-a-ser-testada-em-humanos-pela-universidade-federal-do-ceara.ghtml>. Acesso em: 29 set. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SENA, Daniel. **Direito constitucional**. 1. ed. São Paulo. Rideel, 2021.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores Ltda., 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

VITAL, Danilo. STF declara inconstitucional a lei que autoriza distribuição da pílula do câncer. **Revista Consultor Jurídico**, 24 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-24/supremo-declara-inconstitucionalidade-lei-pilula-cancer>. Acesso em: 30 set. 2021.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: SOARES, Gustavo Braga. *A Possibilidade De Utilização Da Fosfoetanolamina Sintética (Pílula Do Câncer) No Brasil À Luz Da Constituição Federal*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 02 nov. 2021. Disponível em: Acesso em: 02 nov. 2021.

APLICABILIDADE DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS AS RELAÇÕES TRABALHISTAS

CHARLENE DE PAULA LIMA:

Graduanda do Curso de Direito da Cidade Universitária – Una Contagem. Graduada em Gestão de Recursos Humanos, graduanda em Direito e atua como Coordenadora de Recursos Humanos em uma multinacional do seguimento de autopeças automotiva.

NATALIA CARDOSO MARRA

(orientadora)

RESUMO: Seguindo as evoluções da sociedade, bem como as inovações tecnológicas, o ordenamento jurídico buscou introduzir em 2018, a Lei nº 13.709, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Em regra, não há ramo específico para o tratamento de dados, porém, pensou-se na possibilidade de aplicabilidade nas relações de trabalho, já que envolve uma série de informações sensíveis do empregado. Feito isso, o objetivo do presente trabalho é verificar a aplicação da LGPD no âmbito trabalhista, ao passo que existe a coleta de dados e informações importantes, mediante essa novidade legislativa. Feito isso, é necessário compreender as consequências jurídicas da Lei nº 13.709/2018, em outros ramos, mas com enfoque na proteção da pessoa natural enquanto titular de dados. Utilizar-se-á como metodologia, pesquisas bibliográficas e de artigos científicos acerca do assunto, no qual será dividido em três tópicos centrais, que irão demonstrar a necessidade da proteção na era digital, as consequências nas relações de trabalho e o término do tratamento dos dados juntamente com o consentimento do empregado. Alcançou-se, como resultado, a conclusão de que o Direito do Trabalho, enquanto ramo que regula as relações trabalhistas, não escapa da observância das regras contidas na LGPD.

Palavras-chave: LGPD. TRATAMENTO DE DADOS. RELAÇÕES TRABALHO. EMPREGADO. CONSENTIMENTO.

ABSTRACT: Following the evolutions of society, as well as technological innovations, the legal system sought to introduce in 2018, Law No. 13,709, known as the General Data Protection Law (LGPD). As a rule, there is no specific branch for data processing, however,

it was thought of the possibility of applicability in the work relationships, since it involves a series of sensitive information of the employee. Once this is done, the objective of this work is to verify the application of the LGPD in the labor context, while there is the collection of important data and information, through this legislative novelty. Once this is done, it is necessary to understand the legal consequences of Law No. 13,709/2018, in other branches, but with a focus on the protection of the natural person as a data subject. It will be used as methodology, bibliographic research and scientific articles on the subject, in which it will be divided into three central topics, which will demonstrate the need for protection in the digital age, the consequences on labor relations and the end of the processing of data together with the consent of the employee. As a result, it was concluded that labour law, as a branch that regulates labor relations, does not escape compliance with the rules contained in the LGPD.

Keywords: LGPD. DATA PROCESSING. WORK RELATIONSHIPS. EMPLOYEE. ASSENT.

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.709, de 14 de Agosto de 2018 também conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), foi inspirada na *General Data Protection Regulation* (GDPR), regulamento europeu de proteção geral de dados e é peça legislativa que visa resguardar a privacidade como bem jurídico tutelado pelo Estado e entrará em vigor após 8 anos de tramitação no Congresso Nacional.

Assim como o regulamento europeu, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) visa garantir ao titular dos dados (pessoa física a quem eles se referem) maior controle sobre suas informações pessoais e estabelece diversas hipóteses cumulativas para o tratamento de dados, incluindo: 1- consentimento do titular, 2- o legítimo interesse do controlador e 3- a necessidade de cumprimento de contrato (seja de obrigação legal ou regulatória).

Até pouco tempo não havia especificamente na legislação trabalhista uma regulamentação para as questões trazidas pela LGPD, sendo utilizado por analogia o Código Civil 2002. Entretanto, com a reforma trabalhista em 2017 foi editado o artigo 223-C, que trata da intimidade do empregado como um bem imaterial tutelável, ou seja, preservação da imagem, intimidade, saúde e as questões íntimas do empregado de forma totalmente sigilosa, pois, o vazamento das informações, gera graves consequências jurídicas.

O estudo se propõe a analisar a forma de aplicação da Lei nº 13.709/2018 nas relações trabalhistas e suas eventuais consequências jurídicas, considerando que não foi

pensada para estas relações e sim, com caráter amplo para os negócios jurídicos que envolvam o tratamento dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais, visando a garantia e proteção dos direitos fundamentais da liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Por sua vez, a LGPD não foi pensada para relações de emprego, e sim para as relações virtuais de maneira geral, mas com especial ênfase nos negócios em que cadastros e tráfego de dados estão intrinsecamente embutidos no modelo de negócios. Dito isso, mesmo não havendo qualquer menção à exclusão das relações trabalhistas da aplicabilidade desta norma, chegou-se ao seguinte questionamento: como aplicar a LGPD nas relações de trabalho, onde a coleta de dados pessoais dos empregados é parte integrante do processo por se tratar de uma obrigação legal?

Sendo assim, o presente trabalho se limita em três principais capítulos: o primeiro, abordando aspectos gerais da Lei Geral de Proteção de Dados; o segundo, trazendo perspectivas de tratamento de dados e sua aplicabilidade nas relações trabalhistas e, por último, acerca do consentimento do empregado e o fim das tratativas das informações. Por fim, seguem-se as considerações finais.

2. PROTEÇÃO DE DADOS NA ERA DIGITAL

Evidentemente, que a sociedade global se inseriu em um contexto revolucionário, marcado pela internet, que dispõe acesso, distribuição e uso de informação para várias finalidades. Milhares de pessoas diariamente, se expõem nas redes sociais, por questões de trabalho, entretenimento, lazer e até mesmo em procura de relacionamentos.

Muitas pessoas não se dão conta de como se expõem nas redes sociais. Inclusive, muitas pessoas utilizam as redes sociais para quase tudo na sua vida, gerando uma verdadeira dependência virtual. Ainda que seja fonte de informações, não há limitações acerca do acesso nas redes sociais e na Internet, tudo pode ser postado, visualizado, compartilhado e todos podem ver, acessar.

Nem sempre o acesso à internet e suas ferramentas se limitam a informações importantes. Atualmente, a violação à privacidade aumentou drasticamente, visto que é um espaço infinito de opiniões e ideias. (MARTINS, 2021)

Com a pandemia, o número de crimes por meio virtual aumentou, sendo destacados aqueles que se referem a privacidade, vida privada e golpes. Todos os dias, campanhas de

ódio se espalham na internet, assédios, intimidade própria e alheia exposta, e estelionato são os mais frequentes na chamada "terra sem lei".

Segundo explica Martins (2021), os golpes aumentaram em virtude da confiabilidade das pessoas nas redes sociais como forma de resolver seus problemas sem sair de casa, principalmente em decorrência da pandemia. Muitos quando se dão conta, caíram em golpes, sofreram ameaças ou tiveram a privacidade violada.

Os golpes mais frequentes em 2021, estão ligados a rede social de mensagem Whatsapp e perfis falsos. Na maioria, solicitam dinheiro por meio de clonagem do perfil da vítima e por acharem serem ela, acaba repassando os valores. Há também aqueles que anunciam produtos que inexistem, na promessa de entrega e a vítima repassa a quantia em dinheiro. O PIX, se tornou o queridinho do momento para os golpistas, pois garante rapidamente que os valores acordados sejam recebidos de imediato.

A violação à privacidade, não se limita somente aos golpes mencionados que resultam em vantagens econômicas das vítimas, mas a vida privada em relações íntimas e pessoais se tornaram também alvo de cibercriminos, nos quais espalham vídeos e fotos com nudez, aproveitando-se das vulnerabilidades das vítimas.

Entre um dos exemplos que mais chamou atenção de violação à privacidade, é do presidente Jair Bolsonaro no qual teve seus dados vazados nas redes sociais, incluindo o número de celular, valor da conta telefônica, minutos gastos por dia, CPF e data de nascimento. (G1, 2020)

Flávia Piovesan (2016) em seu artigo publicado nas Nações Unidas do Brasil que mesmo com a Lei nº12.965/2014, conhecido como Marco Civil da Internet, instituindo algumas garantias acerca do uso das redes, ainda assim, há inúmeros desafios relacionados à privacidade e segurança no mundo virtual, principalmente o cybercrime.

Talvez o valor da privacidade seja mais fácil de entender no mundo real. Imagine que alguém entra em sua casa e não pega nada além de abrir sua gaveta para ler suas cartas. Essa invasão pelo menos deixará a maioria das pessoas com um certo desconforto. Uma coisa muito semelhante acontece nos dias de hoje: câmeras de vigilância estão por toda parte, empresas vendem informações sobre histórico de pesquisas online, dados bancários, telefônicos e o governo monitora cada vez mais as ações dos indivíduos. (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2018)

Segundo as Nações Unidas do Brasil (2018) a maioria das pessoas às vezes, optam por desistir de certos aspectos da privacidade, sempre quando compram algo online ou usam serviços com WiFi gratuitos, abrem mão de algum tipo de privacidade em troca de algo valioso.

No entanto, os indivíduos nem sempre estão cientes do que estão perdendo ao abrir mão da sua privacidade ou quem está por trás de todas aquelas informações que são expostas. Muitos não sabem que quando você obtém acesso a alguma plataforma de forma gratuita no mundo digital, você não é um cliente, mas sim, um produto. Um exemplo disso, ocorreu no ano de 2018, no qual aproximadamente 87 milhões de usuários do Facebook descobriram que seus dados foram utilizados para fins de *commodities*, sem seu conhecimento ou permissão, porque seus hábitos de pesquisa, compras, opiniões políticas e rede de amigos foram analisados e vendidos com fins lucrativos. (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2018)

Ao mesmo tempo, com o objetivo de estabelecer parâmetros, princípios, garantias, direitos e obrigações no mundo digital, tem se preocupado em estabelecer normatização sobre o assunto, ao passo que se tem avanços nas tecnologias de informação e comunicação que podem ameaçar e infringir direitos.

2.1 Lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados): Aspectos gerais

Em virtude do rápido desenvolvimento e expansão tecnológica no mundo, as pessoas estão cada vez mais conectadas, o que parecia distante a alguns anos, hoje faz parte da rotina diária da sociedade e ao mesmo tempo que proporciona soluções, há muitos desafios nessa nova realidade. A Constituição Federal de 1988 até então, era o principal regramento, quanto a resolução dos problemas que surgiram nos últimos anos, relacionados à crescente utilização dos meios digitais.

O fenômeno de proteção de dados no âmbito internacional, ganhou aspectos diferentes para seu surgimento, conforme explica Pinheiro (2020, p.3)

O motivo que inspirou o surgimento de regulamentações de proteção de dados pessoas de forma mais consistente e consolidada a partir dos anos 1990 está diretamente relacionado ao próprio desenvolvimento do modelo de negócios da economia digital, que passou a ter uma dependência muito maior dos fluxos internacionais de bases de dados, especialmente relacionados às pessoas, viabilizados pelos avanços tecnológicos.

Fez-se necessário resgatar compromissos das instituições com os indivíduos, principalmente com a evolução da era digital, no qual dados referentes a proteção e a garantia de direitos humanos como a privacidade, deveriam ser preservados.

Conforme explica Piovesan (2016) os Direitos Humanos preocupou-se em inserir em tal categoria os direitos referentes à liberdade de expressão, como fundamento de pluralidade, diversidade e finalidade social das redes sociais. Portanto, inclui-se a proteção à privacidade, que abarca a segurança dos dados sociais, inclusive em âmbito nacional e internacional, para que os direitos sejam resguardados em face dessa nova era da internet.

Em virtude disso, os direitos referentes à privacidade de indivíduos não poderiam ser esquecidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, conforme consagra o artigo 12, que se tornou extremamente central e importante nos dias atuais, em virtude das redes sociais, principalmente com retenção dos dados pessoais por diversas empresas. Assim, destaca-se do diploma legal:

Artigo 12. Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques. (DUDH, 1948)

A regra, da proteção do direito à privacidade é clara: resguardar que tais direitos *offline*, sejam protegidos também on-line, ou seja, a privacidade é frequentemente vista como uma "porta" para fortalecer outros, incluindo os direitos à igualdade e à não discriminação, bem como a liberdade de expressão, seja no âmbito pessoal ou virtual. (PIOVESAN, 2016)

Sendo assim, a própria privacidade é também um valor essencial para o desenvolvimento da personalidade e a proteção da dignidade humana, sendo este um dos temas mais debatidos nos dias atuais em virtude das redes sociais. É o que explica Ramos (2014) a privacidade como Direito Humano, permite certa proteção de perturbações não autorizadas da vida e determinar como será a interação com o mundo, estabelecendo limites, seja no que tange aos nossos corpos, lugares e coisas, bem como nossas comunicações e informações, ainda mais agora com a revolução digital.

Diante desse cenário, não poderia ser diferente que o Brasil se inspirasse em algum diploma legal para que regulamentasse a matéria de tratamento de dados. Assim, a LGPD foi inspirada no regulamento europeu sobre a matéria o General Data Protection Regulation (GDPR) nº 679, por meio da União Europeia (UE), com o partido *The Greens*,

aprovada em 27 de abril de 2016. O objetivo do referido regulamento é a abordagem de proteção das pessoas físicas no que se refere aos seus dados pessoais e a livre circulação deste, sendo conhecido pela expressão “free data flow”. (PINHEIRO, 2020)

De início, não foi realizada a aplicação das penalidades, passando por período de adequação pelo prazo de dois anos. Reani (2018) ainda assevera que a referida lei se tornou espelho para outros países, denominado de “efeito dominó” visto que, as relações comerciais com a União Europeia só poderiam ser mantidas por países e empresas se essas tivessem legislações sobre o assunto, caso contrário, estariam diante de um contexto econômico de dificuldades.

Da mesma forma como no GDPR, para coletar, processar ou transferir dados de uma pessoa, será necessária a permissão do titular, sob pena de pagar uma multa severa, em caso de descumprimento. Neste sentido, Pinheiro (2020, p.43) diz:

Atender aos requisitos da LGPD exige adequação dos processos de governança corporativa, com implementação de um programa mais consistente de compliance digital, o que demanda investimento, atualização de ferramentas de segurança de dados, revisão documental, melhoria de procedimentos e fluxos internos e externos de dados pessoais, com aplicação de mecanismos de controle e trilhas de auditoria e, acima de tudo, mudança de cultura.

Vale ressaltar que é direito fundamental a proteção de dados, em diversos países no mundo, previstos em diversos documentos, que por muitas vezes, não inovando na legislação, mas apenas de equilíbrio nas relações em um cenário de negócios marcados por fronteiras digitais.

Já no Brasil, apesar do constituinte originário ao final da década de 80 não pudesse prever os riscos atuais que envolvem a proteção de dados, o artigo 5º, inciso X, da CF/88, já tinha em seu texto a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, garantindo o direito aos titulares de “indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. (BRASIL, 1988)

Assim também eram aplicáveis outros dispositivos legais ainda vigentes, como o Código Civil 2002, que, dispõe, por exemplo, sobre a proteção à personalidade, imagem e intimidade, a Consolidação das leis trabalhistas (CLT) que após a reforma, traz de forma clara sobre a intimidade do empregado como um bem imaterial tutelável, a Lei de Acesso

à Informação (Lei 12.527/2011), o Código de Defesa do Consumidor (CDC), o Marco Civil da Internet (MCI), a Lei de Cadastro Positivo e a Lei de delitos informáticos.

Para Pinheiro (2020, p.70), as leis atuais não seriam eficazes diante do novo cenário tecnológico:

Pode-se pontuar também que a necessidade de leis específicas para a proteção dos dados pessoais aumentou com o rápido desenvolvimento e a expansão da tecnologia no mundo, como resultado dos desdobramentos da globalização, que trouxe como uma de suas consequências o aumento da importância da informação. Isso quer dizer que a informação passou a ser um ativo de alta relevância para governantes e empresários: quem tem acesso aos dados, tem acesso ao poder.

Diante do exposto, surgiu a necessidade de criação de uma regulamentação específica para o tratamento de qualquer tipo de transação online de dados, no intuito de resguardar a proteção dos dados pessoais. Assim, em 2018 foi aprovada a Lei 13.709/2018 (LGPD), que regulamenta a proteção de dados pessoais dos titulares, compartilhada por qualquer meio, visando resguardar os direitos fundamentais de liberdade, de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, como disciplinado no artigo 1º da referida lei.

A LGPD não se dedicou a regulamentar especificamente questões referentes à relação trabalhista, ao contrário do que foi realizado na RGDP que dispõem especificamente a respeito, a compreensão desta legislação para a aplicação aos relações entre empregados e empregadores é de suma importância, especialmente devido às graves consequências que podem surgir devido ao seu descumprimento. Conhecer os conceitos e impactos é muito importante e necessário, principalmente nas relações profissionais, exigindo das empresas um tratamento mais adequado, seguro e ético, garantindo o cumprimento da legislação.

Nesse sentido, o principal objetivo da proteção de dados é a transparência, como afirma Pinheiro (2020, p.3):

A base desse pacto é a liberdade, mas o fiel da balança é a transparência. Sendo assim, as leis sobre proteção de dados pessoas têm uma característica muito peculiar de redação principiológica e de amarração com indicadores mais assertivos, de ordem técnica,

que permitam auferir de forma auditável se o compromisso está sendo cumprido, por meio da análise de trilhas de auditoria e da implementação de uma série de itens de controle para uma melhor governança dos dados pessoais.

Além da modificação legislativa, o advento da LGPD representará uma mudança cultural e procedimental no âmbito da proteção de dados pessoais no Brasil, proporcionando mais transparência e instrumentos eficazes para cada indivíduo zelar pelas informações que lhe dizem respeito.

Ademais, conforme Clemente (2019) a LGPD trouxe grandes impactos para as empresas que estão diretamente ligadas por uso de dados pessoais. Na maioria das vezes, surge por exigências externas, visto que algumas negociações prescindem da negociação, para seu prosseguimento, inclusive por órgãos públicos, para que haja cumprimento da lei.

Conforme assegura Clemente (2019) há 13 casos já foram investigados, envolvendo dados pessoais e privacidade, por meio do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) desde a sua promulgação em 2018. Empresas como: *MyHeritage*, Boa Vista SCPC, Atlas *Quantum* e Vivo Ads, são acusadas por vazamento de dados de milhares de clientes.

A empresa *MyHeritage*, por exemplo, confirmou o vazamento de dados, mas precisamente de *e-mails* dos clientes. De origem israelense, o site é especializado em genealogia, criando árvores genealógicas, histórico familiar e testagem de DNA. O MPDFT (2018) solicitou informações acerca das informações que foram vazadas, estimando que 3.360.814 clientes brasileiros foram afetados. Desse número, 106.880 na época dos fatos (26 de outubro de 2017) eram menores de idade.

Apesar de confirmar o vazamento, a empresa negou que informações referente a nomes, números de cartões de crédito, endereço ou os que eram derivados de árvores genealógicas e de DNA, não foram afetados pelo incidente de segurança, ocorrendo somente com o *e-mail*. A *MyHeritage*, foi considerada não violadora da lei, por meio da Autoridade de Dados Israelense (*Israeli Privacy Protection Authority*), restando ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, a solicitação de informações acerca do incidente. (MPDFT, 2018)

As outras empresas, exceto a Boa Vista SCPC, seguem em investigação (Atlas *Quantum* e Vivo Ads) acerca do vazamento de dados. O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios solicitou diversas diligências.

Atlas *Quantum*, empresa de criptomoedas, além de ter requerido o pagamento R\$ 10 milhões pelo vazamento dos dados de mais de 260 mil clientes, além de ser investigada por pirâmide financeira, envolvendo, nesse caso, duplicidade de violações aos direitos do indivíduo. (MPDFT, 2021)

No mesmo sentido, seguiu-se as investigações contra a operadora Vivo. O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, solicitou parecer da companhia acerca de como é realizado a proteção de dados pessoais de seus clientes, processo de tratamento, com especial fim de evitar que direitos dos usuários sejam violados. (MPDFT, 2019)

Paralelamente, Valéria Reani (2018) assevera que a LGPD não foi criada tão somente pensando nos setores de tecnologias, como todos conhecem, por exemplo: *Google* e *Facebook*. É evidente que se direciona a toda e qualquer agência/organização que necessariamente realizam a coleta de dados, utilizando-os posteriormente, processando e armazenando dados pessoais de clientes. Em regra, é muito comum ver esse tipo de coleta em bancos, corretoras, clínicas médicas, hospitais, restaurantes, academias, dentre outros. Lembrando que estarão sujeitos a lei, sempre que suas atividades tenham como fonte exclusiva a obtenção de dados, ainda que fora do ambiente digital.

É importante ainda destacar que a LGPD busca a garantia e privacidade, individualidade, com vistas à autonomia do titular dos dados, resguardando sua dignidade, protegendo de possíveis indevidas exposições de dados pessoais, com respectiva sanção aos que violarem as diretrizes. (ROCHA; PONTINI, 2021)

Seguindo o que foi exposto, é notório que mesmo quando a coleta de dados se tratar de uma obrigação legal, se faz necessária a adequação das empresas a este novo regramento, já que é necessário em quase todas as relações atualmente.

2.1 Tratamento de dados e informações

A lei especifica ainda sobre o tratamento de dados, sendo exigidos apenas nos casos previstos no artigo 7. Em regra, uma das primeiras hipóteses é mediante o consentimento do titular para o fornecimento de dados.

Os dados devem ser utilizados de maneira exclusiva para as atividades da empresa. O titular, deverá consentir para o uso dos dados, por meio de declaração, no qual poderá ser revogado a qualquer momento, conforme previsão no parágrafo 5, do artigo 8:

§ 5º O consentimento pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação, nos termos do inciso VI do caput do art. 18 desta Lei. (BRASIL, 2018)

Ademais, o titular deverá ter acesso facilitado às informações de tratamento de seus dados. Não pode ser forma obscura, inadequada, ao passo que se pauta pelo princípio do livre acesso.

O dado pessoal, conforme disposição da lei 13.709/2018 são: “as informações relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável” (artigo 5, inciso I). Importante ressaltar que o tratamento de dados pessoais não se limita aos meios digitais, conforme ficou conhecida, mas também ao sistemas de dados. (BRASIL, 2018)

Há duas figuras importantes na referida lei, sendo: controlador e operador. Ambos podem ser pessoas naturais ou jurídicas, de direito público ou privado. O controlador, será a pessoa responsável pelas decisões concernentes ao tratamento dos dados pessoais, já o operador é quem realiza o tratamento de todos os dados, em nome do controlador. (BRASIL, 2018)

No entanto, o que se entende por tratamento de dados? Conforme o artigo 5, inciso X, compreende:

X - Tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração. (BRASIL, 2018)

Importante destacar que o rol elencado sobre o tratamento não é taxativo, ao passo que muitas outras posturas podem surgir para que aplicar a finalidade da LGPD, em decorrência da evolução tecnológica. Em suma, a LGPD visa proteger o respeito à privacidade, liberdade de expressão, informação, comunicação e opinião. (ARAÚJO; CALCINI, 2020)

O tratamento de dados é iniciado pela coleta, retenção, processamento, compartilhamento e eliminação. Os dados podem ser variados, incluindo nome, sobrenome, idade, endereço, e-mail, raça e orientação sexual. No entanto, origem racial ou étnica são considerados dados sensíveis. (BRASIL, 2019)

3. A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E OS IMPACTOS NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Uma das relações mais complexas e importantes do ordenamento jurídico – se não a mais importante – são as trabalhistas. Envolve uma série de direitos previstos em um documento denominado contrato. Há ali, uma relação recíproca entre empregado e empregador, que pactuaram uma prestação de serviço, a partir de determinadas informações.

Mas afinal, o que é Direito do Trabalho? Segundo Maurício Godinho Delgado (2019, p.48) “é jurídico especializado, que regula certo tipo de relação laborativa na sociedade contemporânea”.

Já para Sérgio Pinto Martins (2010, p.09) o Direito do Trabalho “é o conjunto de princípios, regras e instituições atinentes à relação de trabalho subordinado e situações análogas, visando assegurar melhores condições de trabalho e sociais ao trabalhador, de acordo com as medidas de proteção que lhe são destinadas.”

As relações trabalhistas, em regra, são compostas por empregado e empregador. Desse vínculo empregatício constam informações importantes para que o contrato de trabalho seja pactuado, com as regras inerentes para se configurar válido na esfera trabalhista. Ou seja, há um conjunto de dados em que se divide em algumas fases que no qual, deverá ser observada pelas empresas em consonância com a LGPD.

Assim, surge a necessidade de discussão da aplicabilidade da LGPD nas relações trabalhistas. Importante discriminar que o artigo 3º, da referida Lei 13.709/2018, não limita os ramos em que serão aplicadas as regras de tratamento de dados. Veja-se:

Art. 3º Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que [...] (BRASIL, 2018)

Como visto, a expressão “independentemente do meio” abre a possibilidade de aplicabilidade nas relações trabalhistas. No entanto, é importante destacar que o referido

artigo 3º supramencionado, em seus incisos, deixa claro que a operacionalização dos dados deve se dar mediante território nacional, seja no que tange a operação, atividade de tratamento e a coleta:

- I - A operação de tratamento seja realizada no território nacional;
- II - A atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou
- III - os dados pessoais objeto do tratamento tenha sido coletados no território nacional. (BRASIL, 2018)

A esfera trabalhista, portanto, se mostra um ramo que sofrerá impactos no que tange aos dados pessoais dos titulares (empregadores), englobando as fases do trabalho, ou seja: pré-contratual, contratual e pós-contratual.

3.1 Fase pré contratual

Após a conceituação de Direito Trabalho enquanto ramo jurídico especializado em tratar das relações trabalhistas, cumpre analisar também o conceito de relação de emprego e trabalho, para fins de aplicabilidade no estudo.

O artigo 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho dispõe de informações importantes acerca do conceito de empregado e empregador e por óbvio a caracterização da relação empregatícia.

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. (BRASIL, 2017)

Segundo Carla Romar (2019) a relação de emprego é espécie do gênero relação de trabalho. Consiste na relação de empregado e empregador, mediante prestação de serviços, marcado pela pessoalidade, não eventualidade, subordinação e com retorno pecuniário, conhecido como salário.

É configurada a relação de trabalho conforme a não observância do artigo 2º e 3º Consolidação das Leis do Trabalho, visto que determinados pressupostos nessa relação empregatícia estarão ausentes, visto que é uma forma genérica da relação de emprego. (ROMAR, 2019)

A partir desses conceitos, fica evidente que nos termos dos artigos 2º e 3º da CLT, não há dúvidas que o titular dos dados são os empregados, que por força de um contrato de trabalho fornece os seus dados ao empregador, que por sua vez será considerado o controlador destes dados, incumbindo a ele a responsabilidade de tomada de decisão quanto ao tratamento dos mesmos a ser realizado pelo operador. O operador pode ser o próprio empregador, ou um setor específico da empresa, ou até mesmo um terceiro.

Não obstante, pode surgir a seguinte indagação: em virtude da relação de trabalho, no qual o empregado é subordinado ao empregador, este não deveria aceitar o armazenamento de seus dados? Evidentemente que não! Apesar do contexto laboral, ser juridicamente desfavorável ao empregado, ainda assim, deverá ter suas informações tratadas da maneira correta, sem que haja inobservância das regras contidas na LGPD.

É o que explica Alves (2020)⁹⁰. Para a autora, no contexto laboral, pode o consentimento do trabalhador não ser considerado viabilizado em um contexto jurídico, ou seja, não se torna fundamento válido acerca da tratativa de seus dados pessoais, considerando a dependência e subordinação ao seu empregador, tornando sua aceitação viciada. Ademais, em virtude da sua vulnerabilidade das relações de trabalho, não poderia sequer conceder consentimento conforme exige a lei, já que deve ser expressamente livre, o que na realidade não ocorreria facilmente, sendo por vezes, sendo obrigado a consentir visto que poderia advir quaisquer consequências em face de uma possível negativa.

Corroborando com a ideia acima, Rodrigues (2020) explica que a relação laboral é dotada de aspectos de desequilíbrio de poderes e alto grau de subordinação do empregado para com seu empregador, podendo decorrer do contrato de trabalho firmado, prejudicando na esfera privada dos trabalhadores.

Certamente, devido à subordinação legal da relação de trabalho, existe um risco maior de uso indevido dos dados pessoais dos trabalhadores. Nesse sentido, os empregadores não podem exigir que seus empregados forneçam qualquer tipo de informação referente a sua vida privada. Esta situação ocorre porque tais informações não

⁹⁰ ALVES, 2020 *apud* SILVA, 2021.

podem ser processadas devido à confidencialidade dos dados pessoais relevantes e por sua sensibilidade. (RODRIGUES, 2020)

Silva (2021) entende que o consentimento do empregado não deve ser obtido a qualquer custo, já que poderia ocorrer diversos aditivos contratuais forçando o fornecimento de dados sensíveis do trabalhador. Seria mais interessante que as empresas buscassem fundamentos legais que justifiquem a necessidade de tratamento de informações.

Na verdade, mesmo que o empregado seja subordinado ao seu empregador, nada justifica que seus dados sejam disponibilizados à empresa, ao passo que a LGPD prevê a necessidade de consentimento do titular, e muito menos que seja contratualmente coagido a fornecer informações.

Diante disso, iniciar-se-á pela fase pré contratual. É tida como o primeiro contato com o potencial empregado, porém, realizada por terceiros, como recrutadores. Nesta fase, as empresas geralmente solicitam o cadastro do candidato, constando informações como: nome, data de nascimento, CPF, RG, e etc.

Segundo explica Soares (2021) nas relações trabalhistas, o uso do tratamento de dados já se era recomendável antes mesmo da entrada em vigor da LGPD, visto que é necessário que as empresas revisem seus processos seletivos, bem como os dados pessoais nos quais são solicitados em currículos e até mesmo portais de vagas de emprego, para que os dados pessoais não sofram nenhum tipo de tratamento indevido. É algo que precisa ser evitado, desde o início por recrutadores.

Nesta fase sugere-se a seguinte solução: os dados pessoais requisitados devem ser apenas os necessários ao processo seletivo, com posteriormente revisão dos dados solicitados para a realização do recrutamento, garantindo o consentimento do titular e por fim, eliminar os dados, após a dispensa do candidato à vaga, se optar por manter os dados do candidato em banco de dados, ele deve ser informado da ação, inclusive quanto ao tempo que ficará disponível. (SOARES, 2021)

Dados que não são necessários em relação ao candidato para preenchimento das vagas não devem ser armazenados, sendo eliminados, com ressalva dos casos em que é justificada tal finalidade, como: estado civil, prole, religião, sexo e sexualidade e critérios de aparência em vagas que necessitam de padrões físicos de beleza. (SOARES, 2021)

Em complemento, Araújo e Calcini (2020) explicam que na fase pré-contratual é expressamente proibida a coleta de dados que futuramente, possa vir a gerar caráter discriminatório entre os candidatos. É o caso de solicitação, por exemplo, de exames de gravidez, toxicológico, sangue, atestado de antecedentes criminais e análise de crédito (débito).

A fase pré-contratual, não é regulamentada pela CLT e como não há legislação específica quanto ao tema, as empresas criam procedimentos internos próprios para recrutamento dos candidatos.

Em regra, a maioria das entrevistas iniciam com a solicitação de documentos, tais como: CPF, RG, título de eleitor, CTPS, endereço, dados dos cônjuges e etc. Em relação aos que não são aprovados, os formulários e os currículos dos candidatos ficam em arquivo para futuras vagas.

Na visão de Soares (2021), se faz necessária a revisão destes procedimentos diante da nova lei, tendo em vista a gama de informações colhidas, evitando assim o tratamento indevido dos dados, além, disso deve ser criada uma metodologia para o consentimento do titular (artigo 5º da LGPD), bem como a comunicação quanto a manutenção de currículos em banco de dados.

3.2 Fase contratual

Passando para a parte contratual, ou seja, quando o empregado já terá um vínculo trabalhista com a empresa recrutadora. Nesta fase, é realizada a coleta da documentação do empregado, para a confecção de contrato e demais formalidades. Assim, entende-se que está autorizado, portanto, que o consentimento não precisa ser um instrumento contratual autônomo, mas sim uma cláusula do contrato de trabalho ou um anexo a este. (ARAÚJO; CALCINI, 2020)

De posse do consentimento, que deve ser dado contra a informação sobre quais os procedimentos que serão efetuados nos dados do funcionário, há a crença que o empregador esteja resguardado quanto ao uso, uma vez que, tais dados são mantidos exclusivamente por conta de atendimento à lei, ou como meio para fins que, na maioria das vezes, beneficiam o funcionário, como por exemplo: cadastro de benefícios. (SOARES, 2021)

Quanto ao compartilhamento aos órgãos públicos de dados que tratam de uma obrigação legal que consta na legislação trabalhista, não há a necessidade do consentimento do empregado. (BRASIL, 2018).

3.3 Fase pós-contratual

Após o preenchimento dos requisitos da vaga, a contratação, poderá ocorrer um eventual desligamento do funcionário, e nessa fase, ainda há a necessidade de se observar os critérios de tratamento de dados presentes na Lei Geral de Proteção de Dados, ao passo que o diploma legal supramencionado dispõe das tratativas de finalização do uso de dados, que pode ser solicitada pelo titular dos dados ou determinação legal.

Conforme aponta Alcântara (2021) no término do contrato de trabalho, há dados que são relevantes e sensíveis ao titular, podendo ser de conteúdo variado, como: motivo do encerramento do contrato de trabalho, verbas rescisórias, se empregado faleceu conterà informações sobre falecimento e informações correlatas, dados para futura referência ao novo empregador, Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP).

Tais dados, pela sua natureza informativa sobre o empregado e para ele utilizar futuramente, se tornam objeto de tratamento, ao passo que reúne informações importantes acerca do histórico-laboral do trabalhador, não se limitando à informações que necessariamente a empresa deve conter, mas também aquelas que serão utilizadas em outros procedimentos, por ambas as partes. (ALCÂNTARA, 2021)

Para Araújo e Calcini (2020) as relações trabalhistas por si só, já obrigam os empregadores a guardarem documentos em virtude de uma imposição legal, afastando que o empregado peça que tais dados sejam eliminados. Tudo dependerá do caso concreto. Um exemplo a ser citado são os documentos que serviram de prova para possíveis ações trabalhistas.

Nesse sentido, surge para a empresa uma obrigação de guarda da documentação dos empregados pelos próximos dois anos, em virtude do prazo decadencial de ajuizamento da respectiva ação trabalhista, bem como, possuindo garantia legal para armazenamento dos dados. (ARAÚJO; CALCINI, 2020)

4. TÉRMINO DO TRATAMENTO DE DADOS E O CONSENTIMENTO DO EMPREGADO

Como visto, além do armazenamento de dados ter de respeitar os fins para que são colhidos, é necessário a observância do término do tratamento de dados, que ocorrerá de acordo com o artigo 15 da LGPD. Veja-se:

Art. 15. [...]

I - Verificação de que a finalidade foi alcançada ou de que os dados deixaram de ser necessários ou pertinentes ao alcance da finalidade específica almejada; (controlador)

II - Fim do período de tratamento; (controlador ou lei, regimento)

III - Comunicação do titular, inclusive no exercício de seu direito de revogação do consentimento conforme disposto no § 5º do artigo 8º desta lei, resguardado o interesse público; (titular)

IV - Determinação da autoridade nacional, quando houver violação ao disposto nesta lei. (BRASIL, 2018)

Noutro passo, além de prever acerca do término do tratamento de dados, há a questão do consentimento do empregado acerca do armazenamento de informações a seu respeito.

É importante que as empresas adequem os seus contratos de trabalho, tendo em vista a necessidade de anuência dos empregados em relação a seus dados. Assim como na Constituição Federal, o artigo chave da LGPD é o artigo 5º, especialmente o inciso XII, que regulamenta o consentimento necessário para a coleta de dados pessoais, definindo-o como a “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada” (BRASIL, 2018).

Já o artigo 8º §2º da LGPD, estipula que: “§ 2º Cabe ao controlador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido em conformidade com o disposto nesta Lei.” (BRASIL, 2018).

Em consonância, Alcântara (2021) explica que a expressão “livre” disposta no artigo 5º, inciso XII, gera a presunção que é legítima opção do titular dos dados pessoais em consentir com seu armazenamento, porém, pode levantar dúvidas no que tange a legitimidade no que se refere às relações trabalhistas, visto que é verdadeiramente diferente de outras relações, ao passo que o empregado se encontra em constante desequilíbrio de poder em face do seu empregador, principalmente no que tange a dependência econômica. (ALCÂNTARA, 2021)

Nesse sentido, pode surgir diversas indagações acerca da legitimidade de escolha por parte do empregado acerca do armazenamento de dados, utilizando-se como pretexto

que não houve consentimento em virtude da relação desequilibrada e sendo viciado de vontade para fins de manutenção do vínculo empregatício. (ALCÂNTARA, 2021)

Seguindo com o entendimento de Soares (2021), quando se tratar de relações de trabalho, as empresas devem tomar os mesmos cuidados e quando se tratar de contratação de uma empresa terceirizada para prestação de serviço, deverá solicitar além dos documentos comprobatórios de cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias, como também o cumprimentos das normas da LGPD.

Não parece desarrazoado afirmar que o consentimento não precisa ser um instrumento contratual autônomo, mas sim uma cláusula do contrato de trabalho ou um anexo ao contrato de trabalho existente.

No entanto, o empregador pode abandonar a presunção de consentimento quando a obtenção deste, em observância ao artigo 8º, caput e §1º, da LGPD, que assim dispõe:

Art. 8º O consentimento previsto no inciso I do art. 7º⁹¹ desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular.

§ 1º Caso o consentimento seja fornecido por escrito, esse deverá constar de cláusula destacada das demais cláusulas contratuais. (BRASIL, 2018)

A fim de mitigar os riscos jurídicos inerentes a guarda e proteção de dados dos empregados é importante a clara definição do período que as informações devem ser guardadas e após este período a maneira de descarte, estruturando uma política eficiente de proteção de dados.

Assim, o cuidado com a preservação de dados deve ser de forma ampla, pois, há dentro das empresas pessoas que possuem uma relação de trabalho e não necessariamente há uma relação de emprego e a LGPD traz garantias desde a relação pré-contratual. Neste sentido, a compreensão desta nova legislação é indispensável para a sua aplicabilidade nas relações trabalhistas, principalmente pelas graves consequências que podem advir do descumprimento de suas determinações, como por exemplo o previsto no artigo 52, II, multa de até 2% do faturamento da empresa, por infração cometida.

⁹¹ Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I - Mediante o fornecimento de consentimento pelo titular. [...] (BRASIL, 2018)

Não há dúvidas de que a LGPD traz diversas obrigações para as empresas, que precisarão adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas para proteger os dados pessoais obtidos em suas relações de trabalho.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é possível concluir que a Lei Geral de Proteção de Dados entrou no ordenamento jurídico para inovar as tratativas de dados. Não parece desarrazoado afirmar que sua vigência pode trazer maior segurança aos titulares de informações, inclusive no mundo virtual.

Hoje, o uso de dados permeia os mais diversos relacionamentos entre pessoas e empresas. O tratamento dos dados tornaram-se vitais para o desenvolvimento da sociedade e o alcance dos objetivos pessoais e empresariais, especialmente nas relações de trabalho.

Não obstante, fez-se necessário a sua implementação em diversas áreas para que estratégias de adequação fossem adotadas por empresas, ao passo que possibilita maior amplitude de segurança das informações fornecidas. É verdade, que a maioria das pessoas ao fornecerem seus dados, não sabem o real caminho dessas informações, como são tratadas e se são descartadas após atingirem seu objetivo final.

Essa adequação deve ocorrer nas relações de trabalho e com certa urgência, visto que há nesse ambiente laboral, coleta e armazenamento de dados frequentemente, sem ignorar que também estão sujeitas as novas regras da LGPD.

No cenário trabalhista, algumas mudanças devem ser acompanhadas em consonância com as fases em que o empregado se encontra, ou seja, desde sua possível entrevista até sua efetiva contratação. Ademais, o contrato de trabalho por si só deve ser necessariamente adequado às novas regras da LGPD.

As empresas deverão observar regras para que o uso de dados seja o mínimo possível, ou que os riscos de vazamento sejam eliminados. Não se pode olvidar que o consentimento dos trabalhadores é necessário para que seus dados sejam tratados e armazenados, sem que se utilize da subordinação para coagi-los.

Portanto, o Direito do trabalho, como ramo que regula as relações trabalhistas, não escapa da observância das regras contidas na LGPD, desde a fase pré-contratual até a fase pós-contrato. Portanto, é necessário observar quais dados pessoais e sensíveis a empresa processa, e quais os tratamentos ocorrerão em consonância com o caminho a ser seguido,

ou seja, da contratação até a demissão do empregado. Além disso, definir o número de operadores e controladores é a base para a eficácia responsável pelo processamento de dados.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Clayton Deodoro Gonçalves de. **Impacto da Lei Geral de Proteção de Dados nas relações de trabalho**. 30f. Artigo Científico- Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC- GOIÁS). Goiânia, 2021. Disponível em:

<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/1472/1/TC2-B12%20-%20CLAYTON%20DEODORO%20G.%20DE%20ALCANTARA%20-%20FINAL%20-%202021-1%281%29.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

ARAÚJO, Cristiane Carvalho Andrade; CALCINI, Ricardo. O impacto da LGPD nas relações de trabalho. Revista **Consultor Jurídico**, 17 set. 2020. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2020-set-17/lgpd-impactos-trabalhistas>. Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL, **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Planalto, Brasília, 14 de agosto de 2018. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 16 abr. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Planalto, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 16 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Planalto, Brasília, 1 de maio de 1943. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 15 out. 2021.

CLEMENTE, Rachel Ellmann. **LGPD: impactos atuais de uma lei ainda não vigente**. LGPD Brasil, 13 jun. 2019. Disponível em: <https://www.lgpdbrasil.com.br/lgpd-impactos-atuais-de-uma-lei-ainda-nao-vigente/>. Acesso em: 16 abr. 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. Ed. São Paulo : LTr, 2019

DUDH. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Unicef, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 18 out. 2021.

G1. **Grupo de hackers vaza em rede social supostos dados pessoais de Bolsonaro, filhos e ministros**. G1 Globo, 06 jun. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/02/grupo-de-hackers-vaza-em-rede-social-supostos-dados-pessoais-de-bolsonaro-filhos-e-apoiadores.ghtml>. Acesso em: 18 out. 2021.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MPDFT. Criptoativos entram na mira do MPDFT. **Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, 17 set. 2021. Disponível em: <https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/sala-de-imprensa/noticias/noticias-2021/13420-criptoativos-entram-na-mira-do-mpdft>. Acesso em: 18 out. 2021.

MPDFT. MPDFT requisita informações a site especializado em genealogia. **Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, 13 ago. 2018. Disponível em: <https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/sala-de-imprensa/noticias/noticias-2018/10284-site-especializado-em-genealogia-confirma-vazamento-de-e-mails-de-brasileiros>. Acesso em: 18 out. 2021.

MPDFT. MPDFT solicita explicações à Vivo sobre guarda e proteção de dados de clientes. **Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, 23 mar. 2019. Disponível em: <https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/sala-de-imprensa/noticias/noticias-2019/10786-mpdft-pede-explicacoes-da-vivo-sobre-guarda-e-protecao-de-dados-de-clientes>. Acesso em: 18 out. 2021.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Artigo 12**: direito à privacidade. Nações Unidas do Brasil, 28 nov. 2018. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/81736-artigo-12-direito-privacidade>. Acesso em: 18 out. 2021.

PINHEIRO, Patrícia Peck . **Proteção de dados pessoais**: comentários à Lei n. 13.709/2018 LGPD. Editora Saraiva, 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Internet e direitos humanos**. Nações Unidas Brasil, 10 nov. 2016. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/74901-artigo-internet-e-direitos-humanos>. Acesso em: 18 out. 2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RODRIGUES, Daniela Sofia da Silva. **Algumas questões sobre a proteção de dados na relação laboral**. 103f. Comunidades & Coleções, Escola Superior de Tecnologia e Gestão Politécnico do Porto, Dissertações de Mestrado em Solicitadoria, 2021. Disponível em: <https://recipp.ipp.pt/handle/10400.22/17108>. Acesso em: 19 set. 2021.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do Trabalho**. Coordenador Pedro Lenza. 6. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SILVA, Fabrício Lima. LGPD nas relações de trabalho: riscos do consentimento para o tratamento de dados. Revista **Consultor Jurídico**, 10 abr. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-10/fabricio-silva-lgpd-relacoes-trabalho>. Acesso em: SOARES, Paulo Vinícius de Carvalho. **A Lei Geral de Proteção de Dados frente às relações trabalhistas**. Disponível em: <https://www.lgpdbrasil.com.br/a-lei-geral-de-protecao-de-dados-frente-as-relacoes-trabalhistas/>. Acesso em: 15 out. 2021.

UMA ANÁLISE ACERCA DO ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO

MARA ANDRÉIA SOARES FADUL:

Graduanda no Curso de Direito pelo Centro Universitário Faculdade Metropolitana de Manaus — FAMETRO.

RESUMO: Dentre as mais diversas questões que envolvem o cenário organizacional o assédio moral se destaca como uma questão que requer atenção, e reconhecimento jurídico sobre causas e consequências. Este estudo tem como objetivo geral avaliar os direcionamentos legais brasileiros acerca do assédio moral no trabalho, buscando inclusive entender tais ocorrências no modelo de home office. Através de uma pesquisa bibliográfica e documental foi possível identificar na legislação nacional, em documentos oficiais, e na leitura de decisões judiciais, que o assédio moral se apresenta como uma questão delicada e de grande necessidade de intervenção sob a ótica legal, considerando tanto as consequências para a vítima, quanto para a organização. Observou-se que mesmo sem o devido reconhecimento como crime pelo ordenamento jurídico brasileiro, a questão do assédio moral já é identificada sob a ótica do direito como uma questão imperativa no meio e que através da instauração de Compliance nas instituições é possível prevenir e coibir tal ato.

Palavras-chave: Assédio moral no trabalho. Home office. Pandemia.

ABSTRACT: Among the most diverse issues involving the organizational scenario, moral harassment stands out as an issue that requires attention, and legal recognition of causes and consequences. This study aims to evaluate the Brazilian legal guidelines on bullying at work, also seeking to understand such occurrences in the home office model. Through a bibliographical and documentary research, it was possible to identify in national legislation, in official documents, and in the reading of court decisions, that moral harassment presents itself as a delicate issue and in great need of intervention from a legal perspective, considering both the consequences for the victim as well as for the organization. It was observed that even without proper recognition as a crime by the Brazilian legal system, the issue of psychological harassment is already identified from the perspective of law as an imperative issue in the field and that through the establishment of Compliance in institutions it is possible to prevent and curb such act.

Keywords: Bullying at work. Home office. Pandemic.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Assédio moral. 2.1 Assédio moral no ambiente de trabalho. 2.2 O assédio moral no trabalho no contexto de home office. 3 Estudos jurídicos do assédio moral no trabalho. 3.1 Legislação brasileira e o assédio moral no trabalho. 3.2

Responsabilidade e reparação. 4 Alternativas para a redução dos casos de assédio moral, inclusive para assédio no trabalho em home office. 5 Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Diante da ocorrência de casos de assédio moral trabalhista se faz imprescindível que as legislações trabalhistas voltadas para a segurança destes direitos sejam adequadas e cumpridas, o que se revela necessário principalmente no momento atual de pandemia. O contexto pandêmico em vigência mundial trouxe uma série de impactos na sociedade, e as consequências no cenário organizacional não se deu de forma diferente.

Quando se trata do trabalho em home office no contexto de pandemia é necessário compreender que tal condição se mostra uma necessidade diante da possibilidade de aglomeração e uma orientação dos órgãos competentes com o intuito de evitar maiores contaminações. Também se faz imperativa a identificação da possibilidade de ocorrências de assédio no ambiente de trabalho ainda que este esteja na modalidade home office, uma vez que mesmo distante do cenário presencial e local, é possível que casos de assédio ocorram, se apresentando de forma peculiar.

Ainda neste prisma, nota-se quão se torna importante as reflexões e discussões acerca das manifestações de assédio moral no ambiente de trabalho, seja na modalidade presencial ou quando o trabalhador estiver em home office, uma vez que a novidade em realizar trabalhos nesta modalidade pode ser uma problemática para a identificar tais ocorrências, bem como criar estratégias de enfrentamento.

Neste sentido, este artigo tem como objetivo geral avaliar os direcionamentos legais brasileiros acerca do assédio moral no trabalho. Como objetivos específicos foram estabelecidos: definir o assédio moral no trabalho, analisar a legislação brasileira no enfrentamento ao assédio moral no trabalho, apresentar os impactos do assédio moral trabalhista no contexto do home office, e identificar as normas legais que tratam da responsabilidade do assediador e formas de reparação do dano.

Assim, a pesquisa em tela tem como uma de suas contribuições a apresentação das bases legais atuais no Brasil que asseguram os direitos trabalhistas que podem ser adequadas também ao trabalho em home office na situação de pandemia, proporcionando assim o aprimoramento acadêmico e profissional da pesquisadora.

A pesquisa proposta foi fundamentada no método dedutivo, que segundo a acepção clássica, consiste no método que parte do geral para o particular. A pesquisa bibliográfica foi definida para o estudo por se consubstanciar no procedimento mais adequado. A pesquisa teve o aporte teórico metodológico ancorado na legislação,

posicionamentos jurisprudenciais, em renomados doutrinadores e estudiosos sobre o tema.

2. ASSÉDIO MORAL

2.1 Assédio Moral no ambiente de trabalho

O reconhecimento da importância da tratativa acerca dos casos de assédio moral no trabalho quando interligado à pandemia corrente no mundo, perpassa por diversos aspectos dentre eles a contextualização do assédio moral no cenário trabalhista.

De acordo com Tribunal Superior do Trabalho (2019, p.6) é possível caracterizar o assédio moral no trabalho como:

Assédio moral é a exposição de pessoas a situações humilhantes e constrangedoras no ambiente de trabalho, de forma repetitiva e prolongada, no exercício de suas atividades. É uma conduta que traz danos à dignidade e à integridade do indivíduo, colocando a saúde em risco e prejudicando o ambiente de trabalho. O assédio moral é conceituado por especialistas como toda e qualquer conduta abusiva, manifestando-se por comportamentos, palavras, atos, gestos ou escritos que possam trazer danos à personalidade, à dignidade ou à integridade física e psíquica de uma pessoa, pondo em perigo o seu emprego ou degradando o ambiente de trabalho. No serviço público, caracteriza-se por condutas repetitivas do agente público que, excedendo os limites das suas funções, por ação, omissão, gestos ou palavras, tenham por objetivo ou efeito atingir a autoestima, a autodeterminação, a evolução na carreira ou a estabilidade emocional de outro agente público ou de empregado de empresa prestadora de serviço público, com danos ao ambiente de trabalho objetivamente aferíveis.

Segundo Freitas, Heloani e Barreto (2020, p. 31), o assédio moral no trabalho pode ser classificado ainda como o comportamento entre trabalhadores que apresentem de forma concreta a desestabilização do empregado, impactando tanto em sua vida profissional quanto pessoal, apresentando consequências na saúde física e mental do mesmo. Martins (2017, p. 18) esclarece ainda que este tipo de assédio compromete o rendimento do empregado, desmotiva-o para a prática de suas atividades laborais e impacta diretamente no desempenho da organização.

Ainda em busca do entendimento acerca do assédio moral no trabalho é salutar a compreensão da classificação e tipologia existentes sobre o mesmo. Oliveira e Carvalho (

2020, p. 22) afirmam que existem cinco tipos de assédio moral: interpessoal, institucional, vertical, horizontal e misto.

Quando à sua classificação, sobre o assédio moral interpessoal, Ferreira (2020, p. 19) afirma se tratar de uma ocorrência individual e pessoal contra determinado empregado, sendo observada a implicação direta em prejudicar o outro dentro do processo de trabalho, e comprometendo seu desempenho individual e em equipe. No que concerne ao assédio moral institucional, Borghi (2020, p. 18) esclarece se tratar de uma consciência de toda a organização em tolerar tais atos, proporcionando inclusive o incentivo indireto ou direto destas ocorrências, fomentando uma cultura organizacional que sustente tal prática.

Quanto aos tipos de assédio moral, Leonardo e Mascarin (2020, p. 52) apresentam como assédio moral vertical aquele que parte das chefias em direção aos subordinados ou vice versa, considerando a hierarquia e os postos ocupados. Kaled (2019, p. 17) complementa que este tipo de assédio moral pode acontecer no sentido descendente, sendo este quando o chefe assedia moralmente os subordinados. Ferreira (2020, p. 36) afirma que o segundo subtipo de assédio moral vertical se dá na ocasião em que os subordinados, seja em grupo ou de forma individual, assediam o superior hierárquico.

Outro tipo de assédio moral é descrito por Ribeiro e Andrade (2021, p. 29) como o assédio moral horizontal, onde todos os envolvidos no processo de assédio pertencem ao mesmo nível hierárquico. E por fim Zorzo e Solatti (2020, p. 45) apresentam o assédio moral no trabalho em sua forma mista quando há ocorrências dos tipos vertical e horizontal.

Dentre os aspectos pertinentes ao assédio moral no trabalho é salutar a compreensão de que para que o mesmo seja caracterizado como tal é necessário que haja uma constância nos atos, ocorrendo de forma repetida e prolongada, não se perfazendo em situações isoladas é como compreende Martins (2017, p. 27). De igual forma é salutar entender que algumas ações organizacionais não são compreendidas como atos de assédio moral no trabalho, e, portanto, não podem configurar como tal, como por exemplo exigências profissionais previstas e comuns ao trabalho, aumento esperado do volume de trabalho, aplicação de mecanismos de controle e más condições de trabalho, sendo todas estas compreendidas sob outras conceituações Batista *et al* (2021, p. 37).

Na concepção de Barros (2019, p. 49), dentre as causas e consequências relacionadas ao assédio moral no trabalho, ainda é possível citar em relação as primeiras diversos fatores econômicos, culturais e emocionais, como a cultura autoritária, o abuso de poder, rivalidades, inveja, despreparo profissional, entre outros.

No que tange as consequências, Thomé e Schwarz (2017, p. 39) apresentam para os empregados individualmente questões como comprometimentos da saúde mental e física, desmotivação, entre outros. Já em relação as consequências institucionais, Almeida e Gonzaga (2018) afirmam que há um aumento de faltas e atrasos, redução do desempenho, mais apresentação de licenças médicas, e elevada rotatividade de empregados.

Diante da seriedade e abrangência do assédio moral é salutar a compreensão de que o mesmo pode ocorrer em diversas situações, considerando desde as possíveis aplicabilidades quanto o contexto em que pode ocorrer, seja na esfera comum do local de trabalho ou ainda quando este ocorre a distância, como nos casos de home office (SILVA; SALES; DUARTE, 2020, p. 18)

2.2 O assédio moral no trabalho no contexto de home office

No cenário atual de pandemia uma nova forma de trabalho se constituiu como necessária em atenção as normas sanitárias de prevenção quanto as infecções causadas pelo vírus Sars-Cov2, sendo esta reconhecida como o home office.

De acordo com Nascimento e Creado (2020, p. 22) é possível descrever inicialmente o home office através da tradução literal da expressão estrangeira, sendo está o escritório em casa. Ferreira e Nascimento (2021, p. 47) complementam tal definição ao afirmar que este tipo de trabalho ocorre quando as atribuições executadas no ambiente organizacional passam a ser realizadas em casa.

Também reconhecido como teletrabalho, ou trabalho remoto, Randow, Santos e Mendes (2021, p. 45) afirmam que o home office também é assegurado como forma de trabalho de igual forma ao tradicional, o que garante a ele a compreensão legal de sua prática. Neste sentido, esclarecem que por se tratar de uma forma de trabalho comum é importante que sejam reconhecidas suas peculiaridades e posterior apreço jurídico.

Queiroga (2020, p. 18) elucida que o assédio moral trabalhista não necessariamente se configura somente quando ocorre no local físico da organização, mas sim em qualquer situação que envolva o trabalho executado e os trabalhadores relacionados. Assim, afirma que quando as situações reconhecidas como assédio moral no trabalho são reproduzidas em home office, é imperativo que seja apresentado o mesmo embasamento legal que no modo tradicional.

Souza *et al.* (2020, p. 55) afirmam que o assédio moral em home office se mostra, ainda que baseado nos moldes do modelo tradicional, com algumas nuances próprias, quase sempre ligadas à falta de respeito à privacidade. Complementam que são notadas

invasões de privacidades quando o tempo de trabalho, os prazos, e a necessidade de estar sempre à disposição da organização, são ainda mais cobrados.

Dentre as demonstrações práticas de assédio moral são notadas troca de mensagens eletrônicas que constroem a vítima, chamadas de vídeo de forma imprópria e sem aviso prévio, o aumento não remunerado de carga horária e desrespeito aos horários de expediente, entre outros. Pretti (2021, p. 28) pontua que são notadas ocorrências como comentários sobre a aparência e local de trabalho do empregado, bem como o isolamento do mesmo.

As consequências relacionadas ao assédio moral no contexto de home office se mostram semelhantes às ocorrências em meio tradicional, todavia, como asseveram Silva, Sales e Duarte (2020, p. 18), elas ficam ainda mais intensificadas no cenário de pandemia, uma vez que a saúde mental da população se mostra abalada, da mesma forma que o momento econômico mundial torna os receios de desemprego ainda mais agravantes.

Diante das peculiaridades do assédio moral no trabalho no contexto do home office atenta-se para a necessidade de compreensão do olhar jurídico sobre tal ocorrência, considerando que a justiça atende todas as situações independente do local em que se manifestem.

3. ESTUDOS JURÍDICOS DO ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO

3.1 Legislação Brasileira e o Assédio Moral no trabalho

A relação entre a legislação brasileira e o assédio moral no trabalho inicia-se pela análise da Constituição Federal, sendo esta a principal legislatura nacional, e que já contemplava em seu verso tanto os princípios a serem seguidos no que tange ao direito dos cidadãos brasileiros, quanto demais.

No que tange aos princípios constitucionais acerca da matéria, Mendonça (2015, p. 23) esclarece que

A prática do assédio moral no ambiente de trabalho entra em conflito direto com a dignidade da pessoa humana no momento em que o agressor levanta rumores a respeito da honra da vítima e passa a tratá-la como mercadoria. Já o princípio da razoabilidade, garante que as pessoas tenham um tratamento razoável. Ao analisarmos dentro do ambiente laboral, concluímos que o tratamento deve ser proporcional, que o empregador precisa saber os limites.

O quinto artigo da Carta Magna Brasileira garante assim a inviolabilidade do direito à vida, bem como da liberdade, igualdade, segurança e propriedade, o que pode

plenamente ser aplicado aos casos de assédio moral no ambiente de trabalho, o que se mostra determinante na construção de estratégias de enfrentamento, considerando principalmente a constitucionalidade de direitos violados na vítima.

Pretti (2021) elucida que as bases constitucionais no trato da questão do assédio moral no trabalho são de suma importância quando se trata da importância da legislação a ser constituída.

Também é possível fundamentar o assédio moral no artigo 146-A do Código Penal Brasileiro, o qual estipula que:

Molestar alguém invadindo-lhe a esfera de privacidade ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por qualquer outro motivo reprovável:

Pena - detenção, de 02 (dois) a 04 (quatro) anos.

§ 1º Se resulta à vítima grave sofrimento físico ou moral:

Pena - detenção, de 04 (quatro) a 08 (oito) anos.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I - contra criança, adolescente ou idoso;

II - por motivo de preconceito de cor; etnia; raça; religião; sexo, independentemente de gênero, ou origem.

A discussão acerca do entendimento legal sobre o assédio moral deve compreender para além das leis, é o que leciona Oliveira (2018, p. 23), considerando que:

O assédio moral entra na esfera do Direito por que tem na reiteração e na sistematização suas características principais. A repetição de comportamentos degradantes que “quando tomados em conjunto têm por efeito uma situação de maus tratos, altamente atentatória da integridade moral do trabalhador e, no âmbito desta compreensão, revela-se juridicamente reprovável.” Ele viola a dignidade humana do trabalhador como pessoa, viola a sua integridade moral e por isso tem relevância jurídica. O seu objetivo não é o mero abandono do trabalho, mas ofender e violar seu direito constitucionalmente protegido. Essa violação irá ocorrer independente do assediado decidir deixar seu trabalho, e se por fim acabar por deixar seu emprego, o assédio moral já estará no seu

ápice. A ofensa a integridade moral e a dignidade humana, traduzidas em maus tratos, humilhações, degradação do ambiente de trabalho entre outros tiveram início num tempo passado.

Ainda na seara da compreensão acerca das bases legais brasileiras sobre o assédio moral no contexto do trabalho, Pamplona Filho e Sabino (2020, p. 18) tratam sobre o processo deste tipo de assédio quando se trata de home office, uma vez que o mesmo não é reconhecido dentro de suas peculiaridades, o que se aponta como uma questão de suma relevância a ser tratada diante da atualidade deste modelo de trabalho nos dias de hoje, o que determina o imediato desenvolvimento de estratégias que o contemple.

Silva e Viana (2021, p. 25) complementa que, mesmo na ausência de legislações detalhadas para o contexto de home office, é imprescindível que as leis já existentes sejam aplicadas com o intuito tanto de identificar tais ocorrências, quanto prevenir e punir, o que inicialmente é apontado como uma solução para a problemática, mas que determina também o início de reflexões mais específicas para este contexto de trabalho.

3.2 Responsabilidade e Reparação

Diante das peculiaridades, agravos e consequências comuns ao assédio moral no trabalho, é salutar a identificação de responsáveis e atos reparatórios partam definição de assédio moral, para tanto, na lição de Carlucci, Santos, Campos (2013, p. 56) pode se definir como:

Conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica, e que tem por efeito excluir o empregado de sua função ou deteriorar o ambiente de trabalho.

Neste sentido, Pretti (2021, p. 20) elucida que sejam considerados importantes na definição de responsabilidade pelo assédio moral e sua reparação fatores como a intenção, o dano, a repetição, a premeditação, a duração das ocorrências e os danos psíquicos causados. Sobre a intenção, Ferreira e Santana (2019, p. 38) esclarece se tratar se o assédio foi consciente ou inconsciente, ao passo que a caracterização do dano é apresentada por Frizon et al. (2019, p. 25) como aos impactos na dignidade do trabalho causados pelo assédio, sendo possível citar danos patrimoniais, de saúde, psíquicos, entre outros.

No que tange a repetição, Fonseca, Mattos e Correa (2021, p. 18) afirmam que se considera neste contexto a periodicidade e a frequência dos atos. A premeditação é apresentada por Oliveira (2019, p. 25) como o diferencial entre a violência contínua ou um

episódio de impulsividade, o que pode se tornar um agravante no ato de julgamento. Em relação a duração e os danos psíquicos causados, Woida e Gonçalves (2019, p. 29) afirmam que existem controvérsias quanto a apresentação comprobatória dos mesmos, mas que ambos devem ser considerados em conformidade com o descrito pelas vítimas.

A responsabilização pelo assédio moral está estabelecida tanto no Código Civil quanto na Consolidação das Leis de Trabalho, sendo ambas de suma importância para a compreensão tanto identificação da responsabilidade quanto as formas de reparação dos danos causados.

Segundo o Código Civil, no que tange ao ato de responsabilização do assédio moral:

Artigo 186-Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Artigo 187-Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. "

Ainda no Código Civil, a reparação deve ser encarada como:

[...]

Artigo 927: Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem."

Na CLT é possível apreciar que casos como o assédio moral pode servir de base para a reparação através da dissolução do contrato de trabalho, conforme:

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

[...]

j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

[...]

4. ALTERNATIVAS PARA A REDUÇÃO DOS CASOS DE ASSÉDIO MORAL, INCLUSIVE PARA ASSÉDIO NO TRABALHO EM HOME OFFICE

Sob a conjuntura legal, é possível citar uma série de estratégias que podem ser utilizadas como enfrentamento aos casos de assédio moral no trabalho, sendo necessário um recorte no cenário de home office, apresentando como precursoras efetivas ações da justiça trabalhista.

De acordo Pinto (2012, p. 36) dentre as ferramentas organizacionais de cunho legal que auxiliam nesse processo é possível destacar a importância de uma política interna de prevenção para tal. Braga (2021, p. 45) complementa que para além dos procedimentos administrativos neste sentido, faz-se mister o investimento em procedimentos internos que estabeleçam uma cultura de prevenção e combate ao assédio moral.

Sobre esta necessidade, Comar (2019, p. 21) apresenta a instauração de um programa de Compliance como estratégia, uma vez que através do mesmo é possível que seja estabelecida uma série de ações com este intuito devidamente direcionadas por leis e regulamentos internos e externos.

Lima e Lima (2018, p. 29) elucidam que a adoção de ferramentas do Compliance no cenário de assédio moral, tem se destacado quando se trata tanto do aumento da identificação de casos quanto de enfrentamento, uma vez que pressupõe tanto informação como arma de combate quanto fortalece a postura de denúncia e solução do problema.

É importante ressaltar que nos casos de assédio moral trabalhista no contexto do home office, Mazucatto (2017, p. 36) afirma que o Compliance se destaca em razão da efetiva celeridade e rigor de investigação e compromisso com a solução das questões, evitando assim que as questões aconteçam ou que cheguem em uma esfera legal trabalhista.

Ainda sobre esta temática, Nelson e Teixeira (2020, p. 38) afirmam que a Compliance trabalhista, no que tange ao assédio moral no trabalho, se mostra uma alternativa tanto de prevenção ao assédio quanto de combate, uma vez que se mostra bastante incisiva na aplicação das leis do trabalho.

No que tange a prevenção em si, é possível citar a Cartilha de Prevenção ao Assédio Moral, instituída pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST, 2019) busca elucidar a Política

de Prevenção e Combate ao Assédio Moral no Tribunal Superior do Trabalho e no Conselho Superior da Justiça do Trabalho, legislação que serve de base para a discussão sobre a importância do caráter preventivo ao assédio moral, ainda que restrinja ao ambiente específico da corte.

Nesta política é possível destacar inicialmente as diretrizes da mesma, sendo elas

Art. 4º São diretrizes da Política de Prevenção e Combate ao Assédio Moral: I – promover ambiente de trabalho saudável, respeitoso e sem discriminação, favorecendo a tolerância à diversidade; II – implementar cultura organizacional pautada por respeito mútuo, equidade de tratamento e garantia da dignidade; III – conscientizar e fomentar campanhas e eventos sobre o tema, com ênfase na conceituação, na caracterização e nas consequências do assédio moral; IV – capacitar magistrados, gestores, servidores, estagiários, aprendizes e empregados de empresas prestadoras de serviço visando à prevenção de conflitos; V – monitorar as atividades institucionais, de modo a prevenir a degradação do meio ambiente de trabalho; VI – incentivar soluções pacificadoras para os problemas de relacionamento ocorridos no ambiente de trabalho, com vistas a evitar o surgimento de situações de conflito; VII – avaliar periodicamente o tema do assédio moral nas pesquisas de clima organizacional (TST, 2019).

Bem como de como são tratadas as denúncias neste cenário, conforme se tem na disposição do art. 7º, *in verbis*.

Art. 7º Qualquer agente público ou empregado de empresa prestadora de serviço em atividade no Tribunal Superior do Trabalho ou no Conselho Superior da Justiça do Trabalho que se sinta vítima ou testemunhe atos que possam configurar assédio moral no ambiente de trabalho poderá formular denúncia: I – perante a Ouvidoria do Tribunal Superior do Trabalho, mediante os meios disponibilizados; II – perante a Ouvidoria-Geral do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, mediante os meios disponibilizados; III – nos demais canais de comunicação porventura criados especificamente para esse fim Parágrafo único. A denúncia oral será necessariamente reduzida a termo (TST, 2019).

Outra estratégia é determinada pela necessidade de proteção legal e organizacional da vítima de assédio moral, a qual Araújo, Farias e Medeiros (2018, p. 32) explica se tratar de uma iniciativa imperativa à organização, considerando tanto as leis que

regem a federação quanto os códigos internos institucionais, o que é determinante para que haja a instauração de uma cultura específica contra o assédio moral em todas as instâncias na organização.

Filho, Junior e Braga (2016, p. 25) afirmam ainda que o princípio de proteção da vítima não se determina somente pelo resguardo daquela que for identificada como tal, mas que serve de base para o incentivo à denúncia, servindo inclusive de campanha contra o silêncio comum nessas ocasiões, sendo de suma importância que este princípio seja fomentado de forma a encorajar novas denúncias.

5. CONCLUSÃO

A análise do cenário jurídico acerca do assédio moral, inclusive no contexto de home office, se apresenta como uma necessidade de suma importância considerando o cenário atual e a crescente expansão dos casos detalhados como tal.

Através da realização do presente estudo foi possível identificar os tipos de assédio moral, achado este que contribui de forma significativa não somente para esclarecimentos sobre a temática, mas também para a configuração de possíveis ações legais, tipificação das condutas e instauração de processos.

Foi notado que, em relação aos tipos de assédio moral, o contexto de trabalho se apresenta como um cenário peculiar para tal prática, sendo necessária a construção de uma política determinada para o enfrentamento do mesmo, uma vez que as diversas consequências ligadas a este problema atingem tanto os trabalhadores quanto a organização em si.

Outro resultado pertinente foi a identificação da trajetória legal que ampara a prática do combate ao assédio moral no trabalho, o qual mesmo não sendo reconhecido como crime da forma como foi reconhecido o assédio sexual, notou-se que o mesmo segue uma trajetória similar.

Ademais, em relação aos meios legais de enfrentamento ao assédio moral, concluiu-se que as políticas construídas para este fim têm se estabelecido de forma eficiente, sendo de suma importância que sejam estabelecidas tais normativas como diretrizes de gestão das organizações.

De igual forma notou-se que os objetivos propostos se mostraram alcançados em consideração aos resultados identificados, sendo determinante para a formação da autora e contribuindo assim para o conhecimento sobre uma situação cada vez mais imperativa ao cenário do trabalho nos dias de hoje, como o home office e sua associação aos casos de assédio moral.

E por fim, uma contribuição bastante peculiar deste estudo foi a necessidade de aprofundamento nas questões pertinentes ao Compliance como uma estratégia de atuação frente ao assédio moral no trabalho, o que aponta para inovações no meio jurídico, sendo necessário o aprofundamento nestas questões nos estudos sobre o tema.

6. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Geovane Rodrigues; GONZAGA, Grazielle Patrícia. Assédio Moral no Trabalho: violação à dignidade da pessoa humana e as consequências psíquicas para o empregado. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas**, v. 1, n. 2, 2018.
- ARAÚJO, Alisson Renato Medeiros; FARIA, Iva Alberta Teixeira; DE MEDEIROS, Rosana Muniz. Assédio moral e sexual direito e proteção: aspectos análogos brasil e portugal. **DESAFIOS DA GESTÃO ATUAL**, p. 114, 2018.
- BARRO, Nara Brito. Uma visão sistêmica sobre o assédio moral no âmbito do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**, v. 23, n. 2, p. 105-110, 2019.
- BATISTA, Janaína et al. O assédio moral nas relações de trabalho. **REVISTA FAIPE**, v. 11, n. 1, p. 209-223, 2021.
- BORGHI, GerliandroVinhati et al. O assédio moral no trabalho sob oa ótica da teoria da divisão social do trabalho e os aspectos jurídicos atuais. **Revista Científica Rumos da inFormação**, v. 1, n. 1, 2020.
- BRAGA, Yuri Farias. Causas e consequências do assédio moral organizacional nas relações do trabalho. **Cadernos de Direito**, v. 2, n. 3, p. 95-134, 2021.
- BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Casa Civil: Brasília, 1988.
- CARLUCCI, Juliana Helena; DOS SANTOS, Sebastião Donizete Lopes; DE OLIVEIRA CAMPOS, Mariza Salomão Vinco. Assédio moral nas relações de emprego. **Revista Reflexão e Crítica do Direito**, v. 1, n. 1, p. 209-218, 2013.
- FERREIRA, Tulio Marques Carvalho. O Assédio Moral na Relação de Emprego. **Revista de Ciências Jurídicas e Empresariais**, v. 21, n. 1, p. 64-69, 2020.
- FERREIRA, Vanessa Rocha; RODRIGUES, Kaio. Os impactos psicossociais da utilização do teletrabalho durante a pandemia no trabalho da mulher. **REVISTA DIREITOS, TRABALHO E POLÍTICA SOCIAL**, v. 7, n. 12, p. 113-136, 2021.

FERREIRA, Vanessa Rocha; SANTANA, Agatha Gonçalves. O assédio moral no ambiente de trabalho e a possibilidade de configuração do dano existencial. **Revista IBERC**, v. 2, n. 3, 2019.

FONSECA, Dielly Débora Farias Farias; DE MATTOS, Carlos André Corrêa; DE CASTRO CORRÊA, Alessandro. Assédio moral e sexual no serviço público: características e reflexos nos pedidos de remoção em uma instituição de ensino superior da região norte do Brasil. **Revista Gestão Universitária na América Latina-GUAL**, p. 68-90, 2021.

FREITAS, Maria Ester; HELOANI, Roberto; BARRETO, Margarida. **Assédio moral no trabalho**. Cengage Learning, 2020.

FRIZON, Julia et al. O assédio moral no ambiente de trabalho. In: **I Congresso de Direito Unisul**. 2019.

KALED, Gabriela Schellenberg Pedro Bom. Assédio moral nas relações do trabalho. **Percurso**, v. 2, n. 29, p. 333-348, 2019.

LEONARDO, Francisco Morilhe; MASCARIN, Carolina. Assédio moral nas organizações. **Refas-Revista Fatec Zona Sul**, v. 6, n. 5, p. 1-16, 2020.

LIMA, Erick Alan; DE SOUZA LIMA, José Edmilson. Assédio moral interpessoal e organizacional: alcance e limites dos programas de compliance. **Orbis Latina**, v. 8, n. 2, p. 20-37, 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Assédio moral no emprego**. Saraiva, 2017.

MAZUCATTO, Isadora Gomes. Assédio Moral no Ambiente de Trabalho: Compliance como Instrumento de Mitigação de Ocorrências. **Revista Raízes Jurídicas**, 2017.

MENDONÇA, Giovana Ribeiro. **Assédio Moral no trabalho e a Constituição Federal**. (Monografia) Bacharelado em Direito. Departamento do Curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA. 2015. 31f.

NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira; CREADO, Raíssa Stegemann Rocha. O direito à desconexão no período de home office: análise dos impactos da quarentena pelo covid-19 na saúde do trabalhador. **Revista Direito UFMS**, v. 6, n. 1, p. 131-149, 2020.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; TEIXEIRA, Walkyria de Oliveira Rocha. Valorização do trabalhador e o compliance trabalhista. **Revista Jurídica Trabalho E Desenvolvimento Humano**, v. 3, 2020.

OLIVEIRA, Izabela Viegas de. **O Assédio Moral no âmbito da atividade laboral.** (Dissertação) Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses/ Menção em Direito do Trabalho. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2018. 47f.

OLIVEIRA, Lucas Uanderson; CARVALHO, Mariana Aparecida Adalberto. O assédio moral nas relações de trabalho: conceito, características e tipos de assédio moral. **Resolução-Revista de direito e ciências gerenciais**, v. 4, n. 4, p. 27-49, 2020.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira. O assédio moral no trabalho e suas implicações. **Direito do Trabalho e Processo do Trabalho**, v. 1, n. 1, p. 4-32, 2019.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; DE MAGALDI SABINO, Clarissa Nilo. Assédio moral em tempos de pandemia. **Revista LTr| 2020| Dezembro: Legislação do Trabalho, Doutrina e Jurisprudência**, v. 12, p. 1516, 2020.

PINTO, Rafael Morais Carvalho. Assédio moral no ambiente de trabalho e a política empresarial de metas. **Belo Horizonte, RTM**, 2012.

PRETTI, Reynaldo José. Legislação brasileira sobre o assédio moral no trabalho. **BrazilianJournalofDevelopment**, v. 7, n. 3, p. 23535-23543, 2021.

QUEIROGA, Fabiana. **Orientações para o home office durante a pandemia da COVID-19.** Artmed Editora, 2020.

RIBEIRO, Rosane do Remédio Abreu; ANDRADE, Paulo Henrique Garcia. Assédio moral e dano moral no direito do trabalho em face a violação do princípio da dignidade humana. **Revista Científica da Faculdade Quirinópolis**, v. 3, n. 11, p. 372-392, 2021.

SILVA, Natalia Melo; SALLES, Andréa Leal Barros; DUARTE, Francisco Ricardo. Assédio Moral no Trabalho Remoto em Tempos de COVID-19: A Percepção de Servidores de uma Universidade Federal. **ID online REVISTA DE PSICOLOGIA**, v. 14, n. 52, p. 785-798, 2020.

SILVA, Thales Limonge; VIANA, Roberto Camilo Leles. DO DIREITO A DESCONEXÃO DIGITAL DO TRABALHADOR. **ANAIS SIMPAC**, v. 12, n. 12, 2021.

COMAR, Rodrigo. A instituição da política de compliance como forma de prevenção ao assédio moral no ambiente de trabalho. **Revista Percursos**, v. 2, n. 29, 2019.

THOME, CandyFlorencio; SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Assédio moral no trabalho e direito à saúde: consequências do assédio moral no âmbito do trabalho ao direito à saúde do trabalhador. **Revista do Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho**, v. 3, n. 2, p. 1-20, 2017.

TST. **Cartilha de prevenção ao assédio moral**: pare e repare. Brasília: Tribunal Superior de Trabalho, 2019.

VON RANDOW, Giselle Leite Franklin; DOS SANTOS, Vanessa Albergaria; MENDES, Vilmaria Pereira. Redes sociais, pandemia e influência no direito do trabalho: uma perspectiva a partir da vigilância líquida. **Anais da Noite Acadêmica**, v. 1, n. 1, 2021.

WOIDA, Luana Maia; GONÇALVES, Paula Aparecida. A exclusão do fluxo de informação como efeito do assédio moral. In: **VIII Seminário em Ciência da Informação-SECIN**. 2019.

ZORZO, Adalberto; SOLDATTI, Helder; SOLDATTI, Ana Júlia. Assédio moral e sexual no ambiente de trabalho. **Revista Tecnológica da Fatec Americana**, v. 8, n. 01, p. 13-20, 2020.

ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO E OS PREJUÍZOS NA SAÚDE MENTAL DO TRABALHADOR

AMANDA DE OLIVEIRA FROES:
Graduanda em Direito pelo Centro
Universitário UNA Contagem.

Resumo: O presente artigo, intitulado "Assédio moral no trabalho e os prejuízos na saúde mental do trabalhador" tem por objetivo compreender o impacto negativo que o assédio moral causa na vida do trabalhador e os prejuízos que as organizações sofrem mediante um trabalhador com baixo rendimento nas atividades, absenteísmos e conseqüentemente afastamentos de longo prazo. Além de abordar as doenças psíquicas causadas pelo assédio moral no ambiente de trabalho. O trabalho foi feito por meio de revisão bibliográfica, baseado em artigos, livros e jurisprudências. Por fim, foi observado o olhar da jurisprudência sobre o assédio moral no ambiente de trabalho. Conclui-se que o assédio moral vem sendo bem discutido pelos tribunais brasileiros, porém ainda há muito que se avançar em relação a fixação de critérios mais objetivos na configuração para caracterização do assédio moral.

Palavras-chave: *Assédio moral, saúde mental no trabalho, doenças psíquicas, conseqüências e impactos, jurisprudência.*

Abstract: This article, entitled "Moral harassment at work and damage to the worker's mental health, aims to understand the negative impact that bullying causes in the worker's life and the damage that organizations suffer from a worker with low income in activities, absenteeism and consequently long-term absences. In addition to addressing mental illnesses caused by bullying in the workplace. The work was done through a bibliographic review, based on articles, books and jurisprudence. Finally, the view of jurisprudence on moral harassment in the workplace was observed. It is concluded that moral harassment has been well discussed by Brazilian courts, but there is still a long way to go in relation to setting more objective criteria in the configuration for characterizing moral harassment.

Key-words: Bullying, mental health at work, mental illness, consequences and impacts, jurisprudence.

SUMÁRIO: 1) Considerações iniciais. 2) Definição de assédio moral. 2.1) Doenças psíquicas decorrentes do assédio moral. 2.1.1) Transtorno de estresse pós-traumático. 2.1.2.) Depressão. 2.1.3) Síndrome de bournout. 2.2.) Conseqüências relacionadas às doenças psíquicas decorrentes do assédio moral. 3) Impactos relacionados ao assédio moral. 4) Assédio Moral a Luz da Jurisprudência 5) Considerações finais. 6) Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo busca compreender o impacto negativo que o assédio moral causa na vida do trabalhador e os prejuízos que as organizações sofrem mediante um trabalhador com baixo rendimento nas atividades, absenteísmos e consequentemente afastamentos de longo prazo.

Esse trabalho irá considerar também as possíveis psicopatologias causadas pelo assédio moral no ambiente de trabalho. Em determinadas empresas uma pessoa ao passar pelo processo de admissão e demissão realiza avaliações e exames médicos que constata a saúde do colaborador. Esse, normalmente ao ingressar na organização se vê motivado frente às oportunidades e possibilidades de crescimento, porém em algum momento essa motivação é bloqueada e o colaborador se vê desmotivado, com baixa produtividade no desempenho das atividades, gerando muitas vezes ausências recorrentes do trabalho para realização de consultas médicas e dependendo do grau da patologia adquirida pode ocorrer o afastamento por doença. Com isso a empresa se vê diante de um custo que poderia ter sido evitado.

Esse artigo tem por objetivo compreender o impacto negativo que o assédio moral causa na vida do trabalhador e os prejuízos que as organizações sofrem mediante um trabalhador com baixo rendimento nas atividades, absenteísmos e consequentemente afastamentos de longo prazo.

Para a realização deste trabalho foi utilizada ampla bibliografia sobre o Assédio moral, saúde mental no trabalho, doenças psíquicas, consequências, impactos e jurisprudência, foi identificada a legislação sobre o assunto e verificada jurisprudência. O tipo de pesquisa que foi realizado neste trabalho, é uma Revisão de Literatura, no qual foi realizada uma consulta a livros, dissertações e por artigos científicos selecionados através de busca nos seguintes bases de dados como (livros, sites de banco de dados) Google Acadêmico, *Scielo* e Biblioteca. O período dos artigos pesquisados serão os trabalhos publicados nos últimos dez anos.

O primeiro capítulo trata da definição de assédio moral, no segundo capítulo será entendido os impactos relacionados ao assédio moral, no terceiro capítulo será falado sobre assédio moral a luz da jurisprudência, e por fim, terá a conclusão do trabalho.

2. DEFINIÇÃO DE ASSÉDIO MORAL

De acordo com o Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, assediar significa importunar, perseguir com insistência, atormentar com persistência o sujeito alheio. Porém esse trabalho será focado sobre o assédio moral que ocorrem no ambiente corporativo.

Assédio moral é toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se por comportamentos, palavras, ações e gestos que possam trazer dano à personalidade, dignidade ou integridade física ou psíquica de uma pessoa, colocando em perigo seu emprego ou denegrindo o ambiente de trabalho (HIRIGOYEN, 2000).

O assédio organizacional é um conjunto sistemático de práticas reiteradas inseridas nas estratégias e métodos de gestão, por meio de pressões, humilhações e constrangimentos, para que sejam alcançados determinados objetivos empresariais ou institucionais, relativos ao controle do trabalhador (aqui incluído o corpo, o comportamento e o tempo de trabalho), ou ao custo do trabalho ou ao aumento de produtividade e resultados, ou a exclusão ou prejuízo de indivíduos ou grupos com fundamentos discriminatórios (GOSDAL, 2009, p.33)

A prática do assédio moral traz diversas situações em que a vítima se sente ofendida, menosprezada, rebaixada, inferiorizada, constrangida ou qualquer outra forma em que tenha sua autoestima rebaixada por outra pessoa. Tal situação traz consequências devastadoras para as vítimas, dessa forma é necessário um conhecimento profundo do quadro para oferecer o tratamento jurídico e psicológico para as vítimas de pessoas opressoras que possuem o poder de coagi-los no ambiente de trabalho. (DARCANCHY, 2005).

Frente a situação de assédio a pessoa pode desenvolver alguma patologia de cunho psicológico, o que influencia negativamente o seu trabalho, seus relacionamentos e sua vida pessoal.

Várias são as formas do agressor desestabilizar a vítima, Barreto (2015) cita algumas formas que o assédio moral ocorre com maior frequência.

- Dar instruções confusas e imprecisas;
- Bloquear o andamento do projeto alheio;
- Atribuir erros imaginários;
- Ignorar a presença do funcionário na frente dos outros;
- Pedir trabalhos urgentes sem necessidade;
- Fazer críticas em público;
- Sobrecarregar o funcionário de trabalho;

- Não cumprimentar e não dirigir a palavra ao empregado;
- Impor horários injustificados
- Fazer circular boatos maldosos e calúnias sobre a pessoa;
- Forçar a demissão;
- Insinuar que o funcionário possui problemas mentais ou familiares;
- Transferir o funcionário de setor ou horário afim que isolá-lo;
- Retirar instrumentos de trabalho (computador, telefone)
- Agredir preferencialmente quando está a sós com a vítima;
- Proibir os colegas de se relacionar com a pessoa;
- Retirar ou limitar a autonomia profissional;
- Descumprir o código de ética e as leis trabalhistas;
- Desvalorizar a atividade profissional do trabalhador;
- Induzir o trabalhador ao erro, não só para criticá-lo ou rebaixá-lo, mas também para que tenha uma má imagem de si mesmo;

Diante de tais situações em que a vítima se sente amedrontada e com sua autoestima rebaixada, passa a desencadear várias patologias que comprometam além do trabalhador a empresa.

Observa-se que segundo Barreto (2015) existem algumas situações que demonstram como o assédio pode ser perceptível, visualmente são poucas as ações que são analisadas, mas é perceptível quando está ocorrendo o assédio dentro da empresa. As agressões verbais, sobrecarga de serviço, impor situações ou ações que não são do trabalhador, são as mais comuns.

2.1. Doenças psíquicas decorrentes do assédio moral

Abaixo serão relacionadas as principais patologias que acometem as vítimas de assédio moral no trabalho.

2.1.1. Transtorno de Estresse Pós Traumático

De acordo com o DSM-IV, o estresse pós-traumático é um estado causado por um evento incomum que inclui uma real ameaça para vida ou para a integridade física de uma pessoa. Este estado é vivido como um medo intenso, um estado de terror e impotência. Seus sintomas principais são: problemas de memória, dificuldade de concentração, sentimento de insegurança, dificuldade para dormir, despertar prematuro, pesadelos, dores de cabeça, dores de estômago, etc.

Na maioria das vezes as vítimas apresentam sentimentos de anulação de seus afazeres, que se encontram sufocados pelas lembranças mais fortes e mais marcantes. Esses sintomas são conhecidos como “anestesia emocional” ou “torpor psíquico” e, frequentemente, determinam o afastamento de pessoas importantes de seu convívio. (SILVA, 2016).

Grande parte dos indivíduos vítimas de estresse pós-traumático busca evitar tudo que remete a situação vivida, tentam elaborar estratégias com a finalidade de tentar evitar reviver a situação traumática que muitas vezes surgem através de pesadelos e pensamentos o que muitas vezes pode levar a um estado de desgaste físico e mental além de uma depressão.

2.1.2. Depressão

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS, 2008), a pessoa deprimida pode apresentar sintomas tais como a diminuição de humor e perda de energia e interesse em atividades que antes eram prazerosas, redução da capacidade de concentração, comumente relacionado à fadiga. Esses sintomas podem ser acompanhados através da diminuição da autoestima e autoconfiança, além de ideias de culpabilidade. Os sintomas fisiológicos, do mesmo modo, estão presentes em quadros depressivos, a exemplo de problemas com o sono, redução do apetite, perda da libido e lentidão psicomotora.

A depressão pode ser definida como um transtorno mental que altera de modo significativo o humor dos seus portadores. O humor depressivo inclui diversos sentimentos e emoções: o indivíduo sente-se infeliz, desesperançoso, choro constante, baixa autoestima e autoconfiança, sentimento de culpa e menos valia, redução da capacidade de atenção e concentração, alteração referente a alimentação em alguns casos ocorre a perda de apetite e em outros excessos de alimentos; dores nas costas, dores de cabeça, dores abdominais, no peito braços e pernas, para o caso das dores e realizado exames para justificarem. (SILVA, 2016).

2.1.3. Síndrome de Burnout

A síndrome de burnout, ou síndrome do esgotamento profissional, é um processo iniciado com excessivos e prolongados níveis de estresse (tensão) no ambiente corporativo sendo essa sua causa principal. É um distúrbio psíquico que mantém a pessoa em um estado de tensão e exaustão físico/emocional e estresse crônico, onde temos a diminuição do sentimento de realização profissional a despersonalização do indivíduo, com o trabalho invadindo sua vida pessoal, social e emocional.

O termo "*Burnout*", de origem inglesa, designa algo que deixou de funcionar por exaustão de energia. Pode-se dizer que o termo descreve uma síndrome com características associadas, que representam uma resposta aos estressores laborais crônicos. Trata-se de um conjunto de sintomas caracterizado por sinais de exaustão emocional, despersonalização e reduzida realização profissional em decorrência de uma má adaptação do indivíduo a um trabalho prolongado, altamente estressante e com grande carga tensional. (PÊGO, PEGO, 2015).

O ambiente de trabalho onde o assédio moral está presente é mais propício o surgimento da síndrome de burnout, uma vez que a relação do assediador com a vítima é uma relação tensa.

Uma vítima pode ter a síndrome de burnout associada à outras doenças psíquicas, como a depressão, o que agrava significativamente a saúde do trabalhador.

2.2. Consequências relacionadas às doenças psíquicas decorrentes do assédio moral

Diante das doenças apresentadas, as consequências do assédio moral para a saúde do trabalhador são devastadoras. O assédio moral tem sido considerado como um dos mais importantes estressores nas organizações as vítimas de assédio e possuem uma degradação da sua saúde física e mental. (SOARES, OLIVEIRA, 2012).

Além de ter sua identidade profissional desestabilizada, considerando como fracasso sua vida profissional, passando a viver momentos de pavor, terror frente a situação enfrentada. Joel Birman (2005, p.7) considera esse terror como:

Os efeitos psíquicos são marcados pela presença do "horror" e do "terror". Isso porque implicam sempre a desestabilização da "identidade" e a perda dos signos de segurança da personagem em questão. A identidade em pauta aqui se refere, é claro, aos registros do social e do psíquico. Em decorrência disso, produz-se uma transformação crucial na economia psíquica do narcisismo do personagem atingido, que conduz frequentemente à depressões severas e à destruição de sua imagem. Como o processo é geralmente

sorratoiro e progressivo, a autoestima da personagem afetado se esvazia pouco a pouco conduzindo de uma maneira quase inapelável à sua destruição institucional. Não tendo com quem contar e confiar, no contexto do trabalho, aquela pode frequentemente se atribuir, no fantasma, toda a responsabilidade pelo que ocorre.

O trabalhador assediado tem sua saúde física e mental comprometida tendo muitas vezes que fazer uso de medicação contínua, acompanhamento psicológico, além de em casos extremos afastar das atividades por período indeterminado, sem perspectiva de retorno as atividades laborativas.

As organizações por sua vez sofrem consequências desastrosas em termos de eficiência e eficácia organizacionais, produtividade e lucratividade de várias maneiras: a princípio, com a perda de tempo, pois enquanto se assedia não se trabalha. Somando-se a isso os gastos elevados incorridos com absenteísmo. (SOARES, OLIVEIRA, 2012). Além da diminuição na produtividade, aumento na rotatividade de funcionários, erros na execução das atividades, maior risco de acidente do trabalho, prejuízos por indenizações de passivo trabalhista, assim como danos para a marca da empresa.

Se comprovado o assédio moral, poderá ser desencadeada uma ação judicial no qual o trabalhador terá direito a receber uma indenização correspondente aos danos morais que sofreu. Assim a empresa deverá responder pela conduta de assédio que foi praticada contra o empregado dentro das suas dependências. (ÁVILA, 2014).

A segurança jurídica que esse trabalhador possui é a Constituição Federal de 1988 que prevê em seu art. 5, inciso V: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

Tal conduta ainda pode ser qualificada como calúnia, difamação ou injúria conforme previsto no capítulo V do Código Penal dos crimes contra honra. Entretanto, será suficiente uma pena de seis a dois anos ou simples indenização, capaz de retratar o mal sofrido pela vítima? Levando em consideração que ela carregará o trauma para sempre, é necessárias medidas mais rígidas para regular este ato.

O assédio moral é uma prática muito recorrente nos ambientes de trabalho que muitas vezes acabam gerando polêmicas, assim é importante que as empresas adotem medidas que identifiquem, previnam e coíbam esse tipo de situação abusiva dentro das suas dependências, a fim de evitar problemas futuros.

3. IMPACTOS RELACIONADOS AO ASSÉDIO MORAL

O assédio moral nas organizações não é algo novo, os maus tratos e humilhações existem desde o início das relações trabalhistas, porém, nas últimas décadas vêm ganhando

novas formas e características, em função do novo modelo organizacional das empresas que acaba por induzir a pressão sobre os colaboradores diante das metas e objetivos estratégicos traçados pela empresa. (AVILA, 2014).

O assédio moral caracteriza-se pela submissão do trabalhador a constantes humilhações e constrangimentos. Se expressa em atitudes violentas e sem éticas que provocam repercussões negativas na identidade da pessoa assediada. Dessa forma é importante que os trabalhadores estejam preparados para reconhecer o assédio moral, evitá-lo e combatê-lo. O assédio moral por sua vez é capaz de desestabilizar e fragilizar a vítima, instaurando perda de autoestima, dúvida de si mesma, a pessoa sente-se mentirosa uma vez que se vê em descrédito pelos outros. (BORBROFF; MARTINS, 2013).

O processo de assédio moral no trabalho traz prejuízos para o indivíduo, para a organização e para a sociedade. Os indivíduos acometidos pelo assédio moral, ao se sentirem ameaçados, deixam de levar uma vida normal e prejudicam todo o contexto de sua vida pessoal. Há casos em que eles se sentem abatidos e perdem a disposição e a paixão pela vida. A destruição da identidade do indivíduo nos processos de assédio moral no trabalho ocorre rapidamente. Entretanto, a recuperação da autoestima e a consequente recuperação desse indivíduo para o convívio na sociedade e no ambiente de trabalho pode levar anos (FILHO, 2007).

O assédio moral organizacional nas últimas décadas vem chamando atenção no meio jurídico e acadêmico. Com o grande número de processos e problemas relacionado a saúde do trabalhador e a relevância de um ambiente de trabalho sadio, a problemática do assédio moral organizacional começa a ganhar destaque. Observa-se o assédio moral como resultado da sinergia de causas, perpassando entre as dimensões do ser e estar, interpessoal e organizacional. (MENEZES, 2019).

4. ASSÉDIO MORAL A LUZ DA JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência normalmente indicada como parâmetro da matéria no país é originária do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região – com sede no Estado do Espírito Santo -, que tipifica e engloba como assédio moral a perseguição sofrida por técnicos do ramo de propaganda e publicidade, conforme ementa abaixo:

“ASSÉDIO MORAL. CONTRATO DE INAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. As torturas psicológicas, destinadas a golpear a autoestima dos empregados, tendo como finalidade forçar suas demissões ou acelerarem suas dispensas por meio de método que resulte em sobrecarregar os empregados de atividades inúteis, sonegar-lhes informação e fingir que não os vê, resulta em assédio moral, cuja consequência é o direito à indenização por danos morais,

porque supera o aspecto profissional, eis que mina a saúde física e mental das vítimas e corrói a sua autoestima. No caso em tela, o assédio foi além, porque a reclamada transformou o contrato de atividade em contrato de inação, rompendo o aspecto sinalagmático do contrato de labor, e por consequência, não cumprindo a sua obrigação primordial que é a de proporcionar labor, fonte de dignidade dos empregados. " (TRT 17ª R., RO nº 1315.2000.00.17.00.1, Ac. nº 2.276/2001, Rel. Juíza Sônia das Dores Dionísio, DJ de 20.08.2002, publicado na Revista LTr 66-10/1237).

Na exordial que ensejou a reclamação trabalhista que culminou na jurisprudência em questão, o peticionário requereu, dentre outros, a indenização por dano moral em face de "perseguição de cunho ideológico". Da análise do acórdão aduz-se que fora rechaçado numa promoção, reagiu e discutiu com um companheiro de trabalho, companheiro este que conseguiu a promoção, sem levar em conta a animosidade provocada com o gerente.

Em face disso, o gerente comunicou, em reunião para os demais colaboradores, que o peticionário estaria impedido de frequentar a biblioteca (local onde exercia sua atividade); em consequência, por volta de três meses, ficou o autor sem perceber labor, compelido a frequentar uma escada interna do ambiente, lugar que foi chamado pelos demais colaboradores de "escritório do Harald" – prenome do peticionário – de acordo com testemunhas.

Ressalta-se o acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (localizado no Estado de Minas Gerais), de relatoria da Ministra e Professora Alice Monteiro de Barros, em face do olhar teórico e analítico em estudo:

"ASSÉDIO MORAL. CARACTERIZADO. A expressão "assédio moral" foi usada em primeiro lugar pelo profissional da psicologia e sua entrada no mundo jurídico é recente. O que se caracteriza como assédio moral, também denominado de mobbing (Suécia, Estados Unidos e Alemanha), Harassment (tiranizar) - Inglaterra, Austrália; Murahachibu (ostracismo social) - Japão; Coação moral-Portugal, terrores psicológicos ou assédio moral no país, além de outras expressões, é, basicamente, atentado contra a dignidade da pessoa humana. Inicialmente, a doutrina o definiu como "a hipótese em que um indivíduo ou grupo de indivíduos praticam violências psicológicas extremas, de maneira sistêmica e com frequência (em média duas violências semanais) e durante um período maior (por volta de 5 meses) sobre outro indivíduo, em relação a qual mantém um relacionamento assimétrico de poder no ambiente de labor, com a finalidade de acabar com a rede comunicativa das vítimas, acabar

com suas reputações, perturbar a execução de seu trabalhos e conseguir, ao final, que essas pessoas acabem abandonando o serviço” (cf. Heinz Leymann, médico alemão e estudioso no ramo da psicologia do labor, na Inglaterra, falecido em 1999, mas cujo texto foi compilado no livro de Noa Davenport e outros, denominado *Mobbing: Emotional Abuse in The American Work Place*). A definição é criticada por ser muito rigorosa. Esses comportamentos ocorrem não apenas entre chefe e subordinado, mas também ao contrário, e entre colega de trabalho com diversas finalidades, dentre elas a de forçar a demissão das vítimas, seu requerimento de aposentadoria prematura, licenças para tratamento de saúde, remoções ou transferências. Não se assemelha com outro conflito que é esporádico ou mesmo com má condição de albor, tendo em vista que o assédio mora é pressuposto de comportamentos (ações ou omissões) por períodos prolongados, premeditados, que desestabilizará psicologicamente as vítimas. Se o caso em questão demonstra violências psicológicas intensas sobre os empregados, prolongadas no tempo, que restou por provocar, de forma intencional, danos psíquicos (depressões e síndromes do pânico), marginalizando-os no local de labor, procede a reparação por danos morais decorrentes do assédio em análise (TRT-RO-01292-2003-057-03-00-3, 2ª T., Rel. Juíza Alice Monteiro de Barros, DJ 11.08.2004)

O julgado acima só reafirmar as práticas abusas por parte dos empregadores em relação aos empregador, sobretudo no tocante a chefia imediata do empregador, que através de atos contínuos e duradouros tentam fazer com o empregador peça demissão para que empresa não tenha que arcar com as despesas trabalhistas caso o empregado fosse dispensado.

O acórdão abaixo diz respeito a um caso, decidido pelo TRT da 15ª Região, em que os danos morais configuraram-se pela demissão em face de recusa do trabalhador em participar do plano de desligamento voluntário:

“ASSÉDIO MORAL. ANUENCIA PDV. DANOS MORAIS CONFIGURADO. Anuência ao PDV deve ser feita espontaneamente, segundo a conveniência dos trabalhadores, isento de pressão. O peticionário não consentiu com o PDV, tendo sido posto em “licença remunerada”, por quarenta dias, sendo prorrogada de forma sucessiva até provocar o desligamento não motivado. Nesse lapso temporal, recebeu diversos “convites” a anuir ao PDV. Notável que a licença, palestram cartilha, “Disque – PDV”, demonstrativo da verba,

formulário de inscrição etc., tinha a finalidade de “induzir” o autor a consentir ao PDV. Não obstante, desse expediente, mais o contexto das provas orais coligidas, deduz-se atitude que extrapola a simples disseminação e ciência ao pessoal do programa de demissão. O método de operação desse “procedimento de indução” supera aspectos da informação, caminhando-se pela seara da pressão psicológica, do assédio mora, com objetivo de alcançar de maneira ilícita a anuência ao PDV, normalmente com esse objetivo não é alcançado, os ferroviários acabam sendo descartados, como se fossem “dormentes de trilho”. Danos morais configurado. Decisão mantida” (TRT-RO-02170-2003-001-15-00-4, Rel. Juiz Edison dos Santos Pelegrini, DJ 16.09.2005)

Assim como os julgados anteriores, o acórdão acima demonstrar mais uma prática do empregador que caracteriza assédio moral, haja vista que o ato de forçar o empregado a aderir determinado situação sem que o mesmo tenha vontade, configura sim uma modalidade de assédio passível de indenização. Pois o livre consentimento do empregado é algo imprescindível ao contrato de trabalho.

Em relação ao TRT da 4ª Região, jurisdicionado no Rio Grande do Sul, é pertinente salientar o acórdão que reafirmou a condenação em reparação por dano moral no quantum de R\$60.000,00 (sessenta mil reais). No processo, o peticionário, funcionário do Banco réu por 25 anos, depois de uma lesão em sua coluna vertebral que diminui sua produção, foi compelido a processo de permanente degradação moral e exaurimento de suas funções.

O caso se complicou depois do protocolo da ação, pelo peticionário – ainda no decurso do contrato de labor – de reclamatória trabalhista cuja qual requeria o pagamento de hora extra, ao termino julgado favorável. Fico demonstrado que, após ajuizamento da demanda, ocorreu tratamentos discriminatórios de maneira explícita, sob o argumento de rompimento da confiança pelo exercício da demanda. Foi reconhecida discriminação no tratamento bem como inação compulsória. Abaixo o julgado, no qual se buscou determinar a dosimetria indenizatória:

“REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CRITÉRIO DE MENSURAÇÃO. A indenização por danos morais, de acordo com a jurisprudência e a doutrina, deve levar em consideração a razoabilidade entre abalo suportado e os valores a serem pagos, os quais devem ser suficientes não só para reparação do dano direito, sobretudo de sua consequência, além de ostentar seu aspecto corretivo, indissociável da indenização por danos morais, que tem por objetivo impedir que os empregadores continuem a

cometer excesso na gerencia do empreendimento a ponto de fazerem passar pelo mesmo constrangimento os outros trabalhadores sob o manto da” (TRT-RO-00612-2005-471-04- 00-3, 4ª T., Rel. Juiz Milton Varela Dutra, DJ 31.05.2006).

Nota-se, que mensuração do quantum indenizatório a título de dano moral, deve levar em conta não só as práticas do empregador que caracterizaram o dano moral, mais sobretudo o caráter punitivo, tendo em vista que a decisão tem o condão de impedir novas práticas delituosas por parte dos empregadores.

Por sua vez, o acórdão abaixo mencionado demonstra uma hipótese em que foi insinuado ao trabalhador que o mesmo possuiria doenças mentais:

“ASSÉDIO MORAL. INDENIZAÇÃO PELO DANO DELE DECORRENTE. Quando os empregadores obrigam os seus empregados a submeterem-se a exames psiquiátricos além dos regulares e periódicos, insinuando que eles sejam portadores de doenças mentais, acatando indicações dos superiores hierárquicos motivadas na suspeita de comportamentos “arredios e calados” que são atribuídos aos obreiros, esses empregadores ultrapassam o limite de atuação dos seus poderes diretivos para atingirem a dignidade e a integridade física e psíquica dos empregados. O aspecto comum da execução de exame médico pelos empregados tem por finalidade assegurar a sua saúde, em respeito à proteção à saúde e segurança dos trabalhadores instituída na Consolidação das Leis Trabalhistas. Nesse sentindo, a indicação de exames psiquiátricos extraordinários consiste em atos desviados da sua rela função, que ultrapassa manifestamente o limite traçado pela boa-fé, pelo costume e pela finalidade social para se modificar em mecanismo cuja finalidade é de prejudicar o local de labor e criar embaraço para a execução normal dos contratos, tornando os atos abusivos e, dessa forma, ilícitos. O exercício abusivo do direito e os consequentes atos ilícitos em análise caracteriza o assédio moral, também chamado de mobbing ou bullying, e acarreta justa reparação das lesões deles decorrentes, que vão atuar como lenitivo do sentimento de indignação e angústia suportado pelos ofendidos.” (TRTRO-00227-2004-020-03-00-5, Rel. Juíza Taísa Maria Macena de Lima, DJ 07.08.2004)

O acórdão acima traz um debate extremamente interessante, uma vez que traça uma semelhança entre o assédio moral e o bullying, pois a partir do momento que as

humilhações feitas ao empregado passam do limite do bom bom-senso e expõe o trabalhador ao ridículo são passíveis de indenização pois configura sim dano moral.

O estudo das jurisprudências dos TRTs sobre o tema em questão permite algumas deduções, conforme a seguir. A temática do assédio moral, mesmo que recente, já foi objeto de exame em julgados por quase todos os Tribunais Regionais do país. São datados de 2004 os acórdãos pioneiros.

Em 2006 já foi possível notar um crescimento expressivo em relação a 2005, reafirmados pelas decisões ocorridas nos anos de 2007 e 2008. Centenas de casos relacionados ao assédio moral já foram decididos pelos TRTs. Os tribunais mais requisitos sobre o tema em questão estão localizados na região Sudeste e Sul.

Os aspectos mais comuns são as inações compulsórias, humilhação verbal por parte de superior – sobretudo pelo uso de expressões de baixo calão -, coação psicológica com o objetivo de adesão dos empregados a PDV ou à demissões, atribuições de tarefa estranha ou incompatível com a função ou com o período em que é exigida, divulgação de comentário malicioso com a finalidade de subestimar esforço, com prejuízo à saúde mental dos trabalhadores. A regularidade do ato punitivo deve se perpetuar no tempo.

As quantias são elevadas. Há hipótese de R\$4.300,00 para uma relação que teve duração de 23 dias. Há outro de R\$80.000,00 para relação mais longa, como de 7 anos. Em grande parte das hipóteses a condenação varia de R\$9.000,00 a R\$27.000,00. O valor é arbitrado, não há uma ligação entre o salário do trabalhador e o quantum indenizatório. Outros elementos são mais usados, como o período de labor dos trabalhadores, severidade das ofensas, o poderio econômico dos empregadores e o montante dos danos causados.

A contribuição do Tribunal Superior do Trabalho na elaboração de jurisprudências sobre o tema ainda é acanhada. Salienta-se os arestos a seguir:

“DANOS MORAIS. VALORES E CRITÉRIOS PARA MENSURAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. 1. A brecha normativa no campo laboral relativo ao critério para mensuração da indenização leva os julgadores a lançarem mão do princípio da razoabilidade, cuja decorrência é o princípio da proporcionalidade, pelo qual se determina a ligação de equivalência entre a gravidade das lesões à imagem e à honra e os valores monetários das indenizações impostas. 2. No caso em tela, as lesões sofridas pelo peticionário não se concretizaram em atos isolados do empregador, mas em alterações graduais no tratamento proporcionado ao trabalhador no exercício de sua atividade laboral, após a propositura da reclamatória e da rejeição do acordo proposto pelo demandado.

Os comportamentos do reclamado, no intuito de repelir o empregado de sua área de labor, delimitando o seu local físico, e de repassar sua atividade e outro funcionário, objetivava de forma clara sua desmoralização profissional, a fim de que fosse forçado a pedir a dispensa do trabalho, o que fere a dignidade dos trabalhadores, constituindo assédio moral. 3. Todavia, levando em conta o elemento que caracterizou o caso em questão e tendo em vista que o peticionário continuo percebendo o salário no decorrer de todo o tempo em que foi exposto ao constrangimento pelo empregador, aduz-se que a imposição da indenização igual a R\$90.000,00 ultrapassa o princípio da proporcionalidade entre as penas e faltas. 4. Dessa forma, é de inteira justiça dar provimento ao recurso em análise para diminuir a indenização por danos morais a R\$45.000,00. – Recurso de revista provido em parte” (TST-RR-122/2001- 036-12-00.0, 4ª T., Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DJ 10.03.2006)

Aduz-se que ainda que passível de indenização a título de danos morais a prática de assédio moral, a reparação deve observar o princípio da razoabilidade, tendo em vista que a mesma não pode desculpa para um possível enriquecimento ilícito, pois tem a finalidade de reparar o sofrimento causado pelo empregador e não uma “via” para alcançar uma situação econômica melhor.

“INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. LIMITAÇÕES DOS PODERES DIRETIVOS DOS EMPREGADORES. O ponto chave da demanda diz respeito a mensuração dos prejuízos à honra e à dignidade das empregadas no procedimento adotado pelos superiores hierárquicos. Nesse sentido, é sabido que os danos morais se constituem lesões a direitos da personalidade, que no caso em julgamento é a honra e a intimidade da reclamante da ação. A sua constituição se perfaz com o abalo à dignidade da pessoa em sua consideração pessoal ou social. O fato demonstra excessivos abusos dos poderes diretivos do reclamado, expondo o reclamante à vexatória frente aos demais colaboradores da organização, em comprometimento da dignidade e intimidade dos indivíduos, razão pela qual reconheço o método utilizado como lesivo à honra, exigindo a reparação requerida, em condições de repelir quaisquer indícios de afronta ao art. 159 do Código Civil. - Recurso não provido. ” (TST-RR-253/2003-003-03-00.7, 4ª T., Rel. Min. Barros Levenhagen, DJ 22.04.2005)

O julgado acima traça a linha tênue entre quais atos são considerados poderes diretivos do empregador e quais configuraria assédio moral, o ponto chave está no excessivo cometido pelos empregadores ao dirigir seus colaboradores, deve haver um bom-senso e sobretudo respeito ao empregado no momento de direcioná-lo a sua atividade, em especial quando essas práticas são realizadas de forma coletiva, isto é, na presença de outros funcionários.

“VENDEDOR. DANO MORAL. SUBORDINAÇÃO A PRENDA DECORRENTE DO NÃO-ANTIGIMENTO DA META DE VENDA. DESRESPEITO À HONRA E A IMAGEM CARACTERIZADO. 1. O juízo à quo afirmou que os trabalhadores da Ré, entre eles o peticionário, achavam-se subjugados a prenda se não alcançassem a meta de vendas. Notou-se que essa prenda abrangia flexão, corrida e utilização do capacete de morcego, tendo as testemunhas reafirmado a submissão do reclamante. O Tribunal Regional determinou, ainda, que o aspecto vexatório ocorria em face da elaboração do próprio empregado. 2. No caso, nota-se a presença de todos os aspectos hábeis a embasar a punição da Ré. Destaca-se, de início, a existência do elemento conduta bem como nexos de causalidade, levando em conta o aspecto objetivo, e da culpa, sendo o elemento subjetivo. Destarte, aduz-se da presente demanda e do quadro fático delineado no julgado recorrido a elaboração de prenda pelo empregado conduta, do que emanaria, de acordo com a tese do peticionário, os prejuízos que pretendem ver indenizados nexos causal. 3. No tocante a culpa da Ré, sob a ótica da teoria do risco, os danos causados pelo trabalhador, desde que verificados na execução da função que lhe fora confiada é de responsabilidade do reclamado, de maneira independente de quaisquer inquirições sobre a culpa desse último. – O caso trata de responsabilidade objetiva por atos de terceiro. 4. Por fim, restou demonstrado a ofensa à honra e à imagem do peticionário. Consequentemente, a prenda era realizada perante os demais trabalhadores e decorria do descumprimento da meta de venda. Os empregados erma, dessa forma, em face de seus desempenhos no labor, submetidos a situações constrangedoras e vexatórias em relação aos demais companheiros de labor, ocorrendo notória violações a seu patrimônio moral. 5. Evidenciado os danos morais, faz jus o peticionário à indenização respectiva, de acordo com o art. 5º, X, da Constituição. ” (TST, RR-328/2004-055-03-00.0, 3ª T., Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJU 13.10.2006)

Mais vez percebe-se que o empregador deve ter muita atenção ao dirigir seus colaboradores, pois determinadas práticas pode submetê-los a humilhação ou mesmo sofrimento psicológico em virtude da pressão imposta, no caso acima, impor prendas ao empregado pelo mesmo não ter atingido a meta além de ser abusivo é vexatório, pois o empregado se vê pressionado a atingir uma meta para não ter que pagar um “mico” na frente de seus colegas.

Em síntese, nota-se que a temática do assédio moral vem sendo bem discutido pelos tribunais brasileiros, porém ainda há muito que se avançar em relação a fixação de critérios mais objetivos na configuração para caracterização do assédio moral. Por se tratar de um problema de cunho social, pois afeta uma parte significativa dos trabalhadores brasileiros.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através desse estudo foi verificado que o assédio moral é caracterizado pela repetição de atos constrangedores e inibitórios durante um longo período por parte do agressor, que exerce contra a vítima violência psicológica causando degradação no ambiente de trabalho para a vítima e para a organização.

Apresenta-se também as consequências que a vítima está exposta ao sofrer um assédio moral, desencadeando doenças de cunho psicológico e físicos além de baixa autoestima e sentimento de menos valia por não ter condições de exercer suas atividades, pois se vê aterrorizada em estar no ambiente que lhe causou tanto mal.

Em contrapartida a empresa também sofre consequências drásticas que vai além de custos com absenteísmo, ação judicial, além da imagem negativa que aquela empresa representa frente ao mercado.

Por fim, através da análise de jurisprudências que discutem o assédio moral é possível observar que os tribunais brasileiros interpretam essas situações de tal forma, que resulta a condenação em reparação por dano moral, confirmando a interpretação demonstrada neste trabalho, observou-se que o assédio moral tem sido discutido pelos tribunais brasileiros, mas tem que ser analisado para conseguir caracterizar o assédio moral dentro das empresas de forma mais específica. O assédio moral dos trabalhadores é um problema social, que tem que ser sanado antes que gere consequências para o sistema público.

6. REFERÊNCIAS

ÁVILA, Rosemari Pedrotti de. **As consequências do assédio moral no ambiente de trabalho**. 2014. Disponível em: <https://www.rhportal.com.br/artigos-rh/os-impactos-do-assedio-moral-para-as-organizaes-e-suas-ferramentas-de-controle/>. Acesso em 28/04/2020.

BARRETO, Margarida, apud, MARTINS, Sérgio Pinto. **Assédio Moral no emprego**. 4 ed. Atlas, 2015. 4p.

BOBROFF, Maria Cristina Cescatto; MARTINS, Julia Trevisan. **Assédio moral, ética e sofrimento no trabalho. Revista Bioética**. Londrina, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n2/a08v21n2.pdf>. Acesso em 24/04/2020.

BIRMAN, Joel. **O assédio na atualizada e seus jogos de verdade**. Revista do Departamento de Psicologia da UFF. Niteroi, v. 7, n. 1, 2005.

DARCANCHY, Mara Vidigal. **Assédio Moral no ambiente de trabalho**. São Paulo, 2005. Disponível em: <https://prolegis.com.br/ass%c3%a9dio-moral-no-meio-ambiente-do-trabalho/>. Acesso em 24/04/2020.

FILHO, Antonio Martiningo. **Assédio moral e gestão de pessoas: uma análise do assédio moral nas organizações e o papel da área de gestão de pessoas**. Dissertação (Mestrado em Administração). Universidade de Brasília (UnB). Brasília 2007.

JUSBRASIL. **Assédio Moral**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=assedio+moral>. Acesso em 18/10/2021.

PÊGO, Francinara Pereira; PÊGO, Delcir Rodrigues. **Síndrome de Burnout**. Rev Bras Med Trab. 2016;14(2):171-176.

PSYCHIATRIC, American Association. **DSM-5: Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais**. 5 ed. Artmed, 2014. 992 p.

GOSDAL, Thereza Cristina; SOBOL, Lis Andrea Pereira (Org.). **Assédio moral interpessoal e organizacional**. São Paulo: Letras, 2009.

HIRIGOYE, Marie-France. **Assédio moral: a violência perversa no cotidiano**. 1 ed. Bertrand Brasil, 2000. 224p.

MENEZES, Denis. **Impactos do assédio moral organizacional no serviço público**. 2019. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52585/impactos-do-assedio-moral-organizacional-no-servico-publico>. Acesso em: 23/06/2020.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes depressivas: As três dimensões da doença do século**, 1. Ed. Pricipium, 2016. 288p.

A PROIBIÇÃO DO VAPE NO BRASIL

NALBERT BARBOSA DA SILVA SANTOS:

Acadêmico de Direito na Universidade de Gurupi - UnirG

LEONARDO GUIMARÃES TORRES⁹²

(orientador)

RESUMO: O uso de dispositivos eletrônicos para fumar (DEF) cresce cada vez mais no mundo, contudo no Brasil a sua comercialização é proibida por meio da Resolução nº 46/2009 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. O Vape é uma espécie de DEF, que por sua vez é um aparelho eletrônico constituído por equipamento recarregável, que produz vapor e simula um cigarro comum, sem a queima do fumo. Desenvolvida através de material bibliográfico publicado no Brasil, a pesquisa foi desenvolvida segundo o método dedutivo e qualificativo, com o propósito de discorrer sobre a proibição do vape no Brasil. Quanto ao objetivo, tem natureza exploratória de estudar as normativas em vigor e apontar as sanções cabíveis a aqueles que comercializam, importam e propagam o consumo do Vape no Brasil. Ao final da pesquisa, o operador do direito terá ciência de quais as condutas proibidas e suas respectivas sanções, ao passo que a ANVISA mantém a sua proibição em território nacional.

Palavras-chave: Dispositivo Eletrônico para fumar. Vape. ANVISA. Proibição. Sanção.

ABSTRACT: The use of electronic devices for smoking (DEF) grows more and more in the world, however in Brazil their sale is prohibited through Resolution No. 46/2009 of the National Health Surveillance Agency. Vape is a kind of DEF, which in turn is an electronic device made up of rechargeable equipment, which produces steam and simulates a common cigarette, without burning tobacco. Developed through bibliographical material published in Brazil, the research was developed according to the deductive and qualifying method, with the purpose of discussing the prohibition of vape in Brazil. As for the objective, it has an exploratory nature of studying the regulations in force and pointing out the sanctions applicable to those who sell, import and propagate the consumption of Vape in Brazil. At the end of the research, the right operator will be aware of the prohibited conduct and their respective sanctions, while ANVISA maintains its prohibition in the national territory.

⁹² Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Gurupi – UnirG; Pós-Graduado em Direito Tributário pela Universidade de Gurupi UnirG (2019) e em Direito Contratual pela Faculdade Legale – FALEG (2020). E-mail: leonardo_torres@outlook.com.br.

Keywords: Electronic Smoking Device. Vape. ANVISA. Prohibition. Sanction.

Sumário: Introdução. 1. A Regulamentação do cigarro no Brasil. 2. Definição de Vape. 3. Características do Vape. 4. A Resolução 46/2009 da ANVISA e a proibição do Vape no Brasil. 5. As sanções em caso de descumprimento da RDC nº 46/2009. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O uso e comércio de substâncias como o tabaco são admitidos e regulamentados por meio da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), a qual permite o uso e comércio de cigarros comuns no território nacional.

Todavia, não são todos os cigarros que possuem a mesma permissão concedida ao cigarro comum. O vape, isto é, o cigarro eletrônico no qual se produz vapor a partir do aquecimento de um líquido conhecido como *"juice"*, não possui igual regulamentação.

Por ser uma ferramenta eletrônica cujos efeitos ainda são pouco conhecidos, a permissão do Ministério da Saúde compreende apenas o seu uso, sendo que, conforme determina a Resolução nº 46/2009 da ANVISA a propaganda, comercialização e importação do cigarro eletrônico é proibida no Brasil.

Apesar de ser proibido o seu comércio, o uso de Vape tem se tornado a cada dia mais popular no Brasil, sendo comum a sua utilização no território nacional, apesar de fazer crer a Resolução que sua compra se daria somente em território internacional.

Diante desta previsão normativa e tendo em vista o crescimento do uso de cigarro eletrônico nos últimos anos, a pesquisa jurídica objetiva discorrer sobre a RDC nº 46/2009 e debater os efeitos sancionatórios dessa resolução vigente desde o ano de 2009.

Assim sendo, o estudo busca solucionar o questionamento acerca de quais as medidas adotadas para punir quem infringir a determinação da ANVISA. A sua elaboração se deu por intermédio de material bibliográfico disponível nas normativas do Ministério da Saúde e em trabalhos científicos que debatem o tema. Não houve prévia submissão à aprovação do Comitê de Ética em Pesquisa (Resolução CNS 466/2012), por se tratar de pesquisa teórica, sem abordagem direta a outros seres humanos.

A pesquisa foi desenvolvida em Gurupi e pautada em material disponibilizado em sites jurídicos, publicados a partir de 2009, ano da publicação da Resolução, e desenvolvido segundo o método qualitativo de análise do texto irá apontar ao final do estudo as sanções aplicadas a quem infringir a Resolução regulamentadora da ANVISA.

1 A REGULAMENTAÇÃO DO CIGARRO NO BRASIL

Não existe impedimento legal ao uso e comércio de cigarro de tabaco no Brasil, contudo existem regras que objetivam disseminar a política antitabagismo nacional em detrimento dos comprovados danos que sua utilização causa à saúde, fato constatado a décadas atrás.

Nos anos 1970, os malefícios provocados pelo tabagismo se consolidaram como problema de saúde para as agências internacionais, tornando-se tema frequente nas Assembleias Mundiais de Saúde, órgão máximo de decisão da Organização Mundial da Saúde (OMS). Em 1970, o Comitê de Peritos da OMS elaborou um relatório intitulado “O hábito de fumar e a saúde” resumindo diversos aspectos do tabagismo e dos males por ele causados. Esse relatório e os subsequentes trouxeram uma série de recomendações aos Estados-Membros, começando pela sugestão de que fossem criados programas governamentais específicos de combate ao tabagismo, baseados em órgãos permanentes. (TEIXEIRA E JAQUES, 2011, p.297).

Desde então, o debate sobre os malefícios do uso do cigarro tornou-se uma pauta do Poder Público, que busca reduzir o seu consumo em razão da preocupação mundial com os danos causados à saúde dos fumantes.

A preocupação da comunidade internacional ensejou a adoção da Convenção-Quadro da OMS para o Controle do Tabaco (CQCT/OMS), Tratado Internacional adotado pela Assembleia Mundial da Saúde da Organização Mundial da Saúde (OMS) em 21 de maio de 2003, na cidade de Genebra, Suíça. Este tratado, em vigor desde fevereiro de 2005, foi ratificado pelo Senado brasileiro no mesmo ano e conta atualmente com 182 países (ONU, 2021).

No Brasil, a Convenção foi promulgada por meio do Decreto nº 5.658, de 2 de janeiro de 2006, cujo objetivo está expresso no artigo 3º:

O objetivo da presente Convenção e de seus protocolos é proteger as gerações presentes e futuras das devastadoras consequências sanitárias, sociais, ambientais e econômicas geradas pelo consumo e pela exposição à fumaça do tabaco, proporcionando uma referência para as medidas de controle do tabaco, a serem implementadas pelas Partes nos níveis nacional, regional e internacional, a fim de reduzir de maneira contínua e substancial a prevalência do consumo e a exposição à fumaça do tabaco (BRASIL, 2006).

Assim como a normativa internacional, existem várias outras disposições legais que buscam reduzir os efeitos que o consumo de cigarro causa às pessoas.

Para impedir a sua disseminação, a Constituição Federal em seu artigo 220, §4º, determina que a propaganda comercial de tabaco e outras drogas lícitas estão sujeitas a restrições legais (BRASIL, 1988), as quais estão estabelecidas em outras normas pátrias.

Essas restrições à propaganda estão disciplinadas na Lei nº 9.294/1996, que em seu artigo 3º estabelece:

Art. 3º É vedada, em todo o território nacional, a propaganda comercial de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, com exceção apenas da exposição dos referidos produtos nos locais de venda, desde que acompanhada das cláusulas de advertência a que se referem preços, que deve incluir preço mínimo de venda no varejo de cigarros classificados no código 2402.20.00 da Tipi, vigente à época, conforme estabelecido pelo Poder Executivo (Redação dada pela Lei nº 12.546, de 2011) (BRASIL, 1996).

A publicidade é permitida nos locais de comunicação apenas em horários definidos pela Lei e o produto deve sempre ter em sua embalagem advertência sobre as consequências negativas que seu uso causa à saúde.

Para impedir a exposição voluntária do tabaco às pessoas que não são fumantes, essa mesma Lei dispõe sobre a proibição ao fumo de cigarros em locais públicos ou privados que seja acessível ao uso de uma coletividade e que seja parcial ou completamente fechado (BRASIL, 1996).

Essas medidas e as demais contidas no ordenamento têm como objetivo conscientizar a população sobre os malefícios que o cigarro de tabaco causa à pessoa e tornar o seu consumo menor a cada dia. A sua regulamentação complementar fica a cargo do Ministério da Saúde e de seus órgãos de controle.

Desde sua criação, compete à ANVISA o papel de regulamentar e fiscalizar o comércio do tabaco no Brasil, dispondo sobre sua utilização e as penalidades administrativas em caso de descumprimento de suas determinações legais.

Em 1999, através da Lei Federal nº 9.782, foi criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) com a finalidade de promover a proteção da saúde da população por intermédio do controle sanitário de produtos e serviços. Entre suas atribuições, consta o controle e fiscalização dos cigarros e de outros derivados

do fumo. A Anvisa se transformaria num instrumento de grande eficácia para o controle do tabaco. Sua autoridade para trabalhar no cumprimento da lei, expedir multas e normatizar diversos aspectos relacionados à produção e ao consumo lhe possibilitaram ações de maior amplitude que as postas em prática pelo Ministério da Saúde (TEIXEIRA E JAQUES, 2011, p.301).

Apesar de existirem todas essas restrições legais que permeiam o uso, comércio e propaganda de cigarro, não são proibidas a sua comercialização e consumo no território brasileiro, diferente do que ocorre com o VAPE, que é proibido pela ANVISA desde o ano de 2009.

2 DEFINIÇÃO DE VAPE

O vape é um dispositivo eletrônico para fumar (DEF) cuja definição da ANVISA é a seguinte:

Os dispositivos eletrônicos para fumar (DEF), também conhecidos como cigarros eletrônicos, e-cigarette, e-ciggy, e-pipe, e-cigar, heat not burn (tabaco aquecido), dentre outros, são constituídos, em sua maioria, por um equipamento com bateria recarregável e refis para utilização (ANVISA, 2020, p.1).

Em outras palavras, vape é o dispositivo eletrônico usado pelo usuário, denominado vapers. A expressão “vaping corresponde ao ato de inalar o vapor que sai dos vapes, vaporizadores ou cigarros eletrônicos” (BR VAPERS, 2021, p.1).

O portal eletrônico Porto Vape Shop o define deste modo:

O cigarro eletrônico, também chamado de e-cigarro, e-cig, e-cigarette ou vape, é um dispositivo mecânico-eletrônico desenvolvido com o objetivo de simular um cigarro que converte em vapor a nicotina diluída em líquidos específicos (como o propilenoglicol) (PORTO VAPE SHOP, 2021, p.1).

Esses dispositivos eletrônicos têm atingido novos usuários em todo o mundo, diante da promessa de ser um mecanismo eletrônico para substituir o uso do cigarro comum, através da inalação de vapor ao invés de fumaça, que comprovadamente faz mal à saúde do fumante.

São as características dos dispositivos eletrônicos para fumar que os difere dos cigarros comuns, cujo uso e venda é permitida no Brasil conforme determinações do Ministério da Saúde, ao contrário do que ocorre com o vape.

3 CARACTERÍSTICAS DO VAPE

Conforme explanado, o Vape e os demais dispositivos eletrônicos para fumar (DEF) - denominação dada pela Anvisa para incluir todos os aparelhos eletrônicos destinados a tal finalidade, são usados como substitutos do cigarro convencional. Os DEF's foram criados há quase duas décadas e tem sofrido modificações ao longo dos anos, conforme aponta a ANVISA:

Desde 2003, quando foram criados, tais produtos passaram por diversas gerações: os produtos descartáveis - de uso único; os produtos recarregáveis com refis líquidos (que contém em sua maioria propileno glicol, glicerina, nicotina e flavorizantes) - em sistema aberto ou fechado; os produtos de tabaco aquecido, que possuem um dispositivo eletrônico onde se acopla um refil com tabaco; os sistema "pods", que contém sais de nicotina e outras substâncias diluídas em líquido e se assemelham à *pen drives*, dentre outros (ANVISA, 2020, p.1).

Diferente do que ocorre com o uso de cigarro, no Vape o usuário vaporiza ao invés de queimar o produto. Ou seja, os vapes "são aparelhos que não causam a queima do material utilizado. Dessa forma, o que eles produzem é vapor, e não fumaça" (BR VAPERS, 2021).

O seu funcionamento ocorre do seguinte modo: o usuário inala o vapor de um líquido que é esquentado no interior do vape de forma eletrônica, que podem conter ou não a nicotina. O líquido contido no vape, isto é juice, e-liquid ou essência, pode ser de aromas e sabores variados, a depender do gosto do usuário (CLUBE DO VAPOR, 2021).

O Vape é composto por um atomizador, que transforma o líquido em vapor; pelo mod, parte do dispositivo que se utiliza de uma bateria que pode ser interna ou removível, reguláveis, mecânicas ou semi-mecânicas; e pela bateria, que é a fonte de energia para aquecer e vaporizar o produto. O juice, ou seja, o líquido que é vaporizado é composto, via de regra, por Propilenoglicol (PG); Glicerina vegetal (VG); Aromatizantes e aditivos de sabor; e nicotina, item opcional que pode ter teor variado (CLUBE DO VAPOR, 2021).

Por se tratar de um dispositivo eletrônico, seu funcionamento difere-se do processo de queima que ocorre no cigarro comum, cujo consumo é legalizado no Brasil.

Seus usuários não se consideram fumantes e intitulam-se vaporizadores (vapers). Ao serem aquecidos, os DEF liberam o vapor líquido, parecido com a fumaça do cigarro regular, contendo nicotina

disponibilizada em uma infinidade de sabores, além de outras substâncias encontraram pequenas quantidades de aminotadalafila e rimonabanto nos líquidos dos cigarros eletrônicos, substâncias usadas para o tratamento da disfunção erétil e da obesidade, respectivamente ((INCA, 2016, p. 31).

Uma pesquisa científica sobre o marketing adotado pelos defensores dos dispositivos eletrônicos apontou que um dos argumentos mais abordados pelos fornecedores do DEF se baseia no discurso pseudocientífico de ser uma ferramenta segura ao usuário que deseja parar de fumar o cigarro convencional.

A comparação exaustivamente veiculada por produtores e fornecedores contrapõe à já consolidada imagem negativa do cigarro convencional a suposta inovação trazida pelos cigarros eletrônicos, que é apresentada como uma antítese solucionadora e definitiva para a saúde dos fumantes e dos que os cercam, além de ser um produto com potencial para conquistar novos e ávidos consumidores desejosos de novidades, sabores e estilos (ALMEIDA *et. al.*, 2017, p. 7).

São essas distinções entre as características e funcionamento as utilizadas pelas empresas para “vender” a ideia de que o seu consumo não é prejudicial à saúde como o cigarro comum. O marketing de venda passa ao consumidor do vape a ideia de ser um produto menos nocivo.

Todavia, em que pese existir essa linha de raciocínio, o seu comércio, importação e publicidade são vedados pela ANVISA, através da Resolução 46/2009.

4 A RESOLUÇÃO 46/2009 DA ANVISA E A PROIBIÇÃO DO VAPE NO BRASIL

Apesar de existirem argumentos sobre as características do vape serem mais benéficas à saúde de seus usuários do que para aqueles que fazem uso do cigarro comum, para o Ministério da Saúde ainda não existem dados científicos que permitam sua comercialização.

Pelo contrário, existem indícios que afastam a alegada inofensividade dos vapes.

Os fabricantes afirmam, nas propagandas, que os DEF poluem menos o ar quando comparados aos cigarros convencionais, na medida em que não emitem fumaça, mas um “vapor de água inofensivo”. Entretanto, pesquisas encontraram, em pessoas passivamente expostas ao vapor do cigarro eletrônico, a cotinina, um metabólito da nicotina encontrado em fumantes passivos⁶¹. A cotinina sérica

dosada em não fumantes expostos à fumaça do cigarro regular e ao vapor do DEF foi semelhante (média, 0,8 ng/ml para o cigarro de tabaco e 0,5 ng/ml para o cigarro eletrônico) (INCA, 2016, p.47).

Uma pesquisa realizada pelo Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva (INCA) e desenvolvida em parceria com a ANVISA e Organização Mundial da Saúde (OMS), destaca a ausência de resultados científicos acerca dos efeitos causados pelo uso do Vape.

Muitas dúvidas ainda não foram esclarecidas, por exemplo, em relação ao principal sítio de absorção da nicotina nos DEF, seria ela feita pela mucosa oral ou há alguma absorção pulmonar¹³⁶? Como os cigarros eletrônicos são um produto relativamente novo, poucos estudos investigaram, até a presente data, os efeitos diretos na saúde em decorrência do uso e/ou exposição ao seu vapor, não obstante alguns resultados apontem para alguns efeitos biológicos não desejáveis. A maioria dos países não regulou os cigarros eletrônicos, o que explica a ausência de padronização da composição e da formulação, levando à ampla variedade atualmente disponível desse produto. Essas variações tornam difíceis as pesquisas e, principalmente, a generalização dos resultados de qualquer estudo. Portanto, no presente momento, não há como prever quais as consequências à saúde em longo prazo e qual será o cenário na saúde pública decorrente do uso e/ou da exposição a esse novo produto. (INCA, 2016, p.49).

É a falta de tais informações que impede a sua liberação pelo órgão de saúde. A proibição do comércio de aparelhos eletrônicos para fumar está pautada “no princípio da precaução, devido à inexistência de dados científicos que comprovassem as alegações atribuídas a esses produtos” (ANVISA, 2020).

Em razão desses argumentos apontados pelos órgãos de saúde, o Vape e os demais dispositivos eletrônicos para fumar têm seu comércio, importação e propaganda proibidos em território nacional por meio da Resolução nº 46/2009 da ANVISA.

Assim dispõe o artigo 1º da Resolução, aprovada pela Diretoria Colegiada da ANVISA:

Art. 1º Fica proibida a comercialização, a importação e a propaganda de quaisquer dispositivos eletrônicos para fumar, conhecidos como cigarros eletrônicos, e-cigarettes, e-ciggy, ecigar, entre outros, especialmente os que aleguem substituição de cigarro, cigarrilha,

charuto, cachimbo e similares no hábito de fumar ou objetivem alternativa no tratamento do tabagismo.

Parágrafo único. Estão incluídos na proibição que trata o caput deste artigo quaisquer acessórios e refis destinados ao uso em qualquer dispositivo eletrônico para fumar (ANVISA, 2019).

Conforme determina o artigo 2º da mesma resolução, o pedido de registro de dados cadastrais de um dispositivo eletrônico para fumar dependerá da apresentação de testes científicos e estudos toxicológicos, elaborados conforme protocolos internacionais, que comprovem as finalidades alegadas na descrição do produto (ANVISA, 2019).

Esta é a norma que dispõe sobre os cigarros eletrônicos no Brasil, contudo existe um crescente debate sobre a matéria - tendo sido realizadas audiências públicas com o intuito de regularizar o comércio em território nacional, já que a resolução em vigor é datada do ano de 2009.

Contudo, em que pese persistirem as discussões acerca da criação de uma nova resolução que permita o comércio de vape no Brasil, ainda permanece proibida a sua comercialização no Brasil até que a ANVISA regulamente a sua liberação.

Portanto, enquanto o posicionamento da ANVISA não for alterado, a não obediência às disposições da Resolução 46/2009 gera para o fornecedor de vape consequências sancionatórias que estão previstas pelo ordenamento jurídico.

5 AS SANÇÕES EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DA RDC Nº 46/2009

Em que pese a discussão sobre a manutenção da proibição do vape perdurar e tender a alterar as normativas em vigor, é certo que atualmente o comércio, a importação e a propaganda de vape ou qualquer outro dispositivo eletrônico para fumar é proibido no Brasil.

A proibição está prevista na Resolução nº 46/2009, contudo as sanções estão elencadas em outra Lei brasileira, conforme determinou o artigo 3º da mencionada RDC: "art. 3º A infração do disposto nesta Resolução sujeitará os responsáveis às sanções previstas na Lei 6437, de 20 de agosto de 1977 (ANVISA, 2009).

A Lei nº 6.437/1977 é a norma que versa sobre a configuração de infrações à legislação sanitária federal e que estabelece as sanções aplicáveis a cada uma delas.

As possíveis sanções aplicáveis a quem desrespeita as normas sanitárias elencadas na Lei 6.437/1977 são as seguintes:

Art. 2º - Sem prejuízo das sanções de natureza civil ou penal cabíveis, as infrações sanitárias serão punidas, alternativa ou cumulativamente, com as penalidades de:

I - advertência;

II - multa;

III - apreensão de produto;

IV - inutilização de produto;

V - interdição de produto;

VI - suspensão de vendas e/ou fabricação de produto;

VII - cancelamento de registro de produto;

VIII - interdição parcial ou total do estabelecimento;

IX - [REVOGADO]

X - [REVOGADO]

XI - [REVOGADO]

IX - proibição de propaganda; (Redação dada pela Lei nº 9.695, de 1998)

X - cancelamento de autorização para funcionamento da empresa; (Redação dada pela Lei nº 9.695, de 1998)

XI - cancelamento do alvará de licenciamento de estabelecimento; (Redação dada pela Lei nº 9.695, de 1998)

XI-A - intervenção no estabelecimento que receba recursos públicos de qualquer esfera. (Incluído pela Lei nº 9.695, de 1998)

XII - imposição de mensagem retificadora; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001)

XIII - suspensão de propaganda e publicidade. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001) (BRASIL, 1977).

Todas essas penalidades podem ser aplicadas às infrações sanitárias, em conjunto ou separadamente, a depender da gravidade da conduta do agente, que pode ser classificada como de natureza leve, grave e gravíssima, conforme dispõe o artigo 4º da Lei 6.437/77.

Deste modo, aquele que comercializar, publicizar ou importar dispositivos eletrônicos para fumar para o Brasil estará sujeito a essas sanções administrativas, que podem ser aplicadas com atenuantes (art. 7) ou agravantes (art. 81º), após procedimento administrativo de apuração.

Esse processo tem início com a lavratura do auto de infração, realizado no local em que ocorreu a infração e que deve conter a qualificação, a descrição dos fatos e indicação de qual o dispositivo legal infringido e sua penalidade, devidamente assinado pelo autuado ou por duas testemunhas caso se recuse a assinar (BRASIL, 1977).

Após notificado do auto, o infrator deverá cumprir a obrigação estabelecida dentro do prazo de 30 (trinta) dias sob pena de ser multado pela autoridade. Dentro do prazo de 15 (quinze) dias, poderá apresentar defesa ou impugnação ao auto de infração, que será posteriormente julgado pelo dirigente do órgão de vigilância sanitária. Desta decisão condenatória cabe recurso dentro do mesmo prazo legal (BRASIL, 1977).

Quando se der por encerrada a instrução e os prazos recursais, será publicada a decisão definitiva e as medidas por ela impostas que deverão ser cumpridas pelo infrator (BRASIL, 1977).

Atualmente, existem 42 (quarenta e duas) infrações sanitárias tipificadas no artigo 10 da referida Lei, as quais podem ensejar a aplicação de sanção por venda, importação e publicidade de uso do vape no Brasil. Caso caracterizada uma das condutas nela elencadas, será o agente autuado por infringir as regras sanitárias.

São essas as sanções a que estão passíveis de responsabilização para aqueles que infringem o que disciplina a Resolução nº 46/2009 da ANVISA, as quais se diferem de possíveis sanções cíveis ou criminais que por ventura se enquadrem às normativas já em vigor no ordenamento jurídico brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cada dia que passa o número de pessoas que fazem uso de dispositivos eletrônicos para fumar cresce no Brasil e no mundo. Ocorre que, em que pese o uso e comércio de cigarros de tabaco serem permitidos pela ANVISA, os cigarros eletrônicos não estão compreendidos por essa norma permissiva.

Dentre os dispositivos eletrônicos proibidos está o vape, um cigarro eletrônico que funciona através do aquecimento de um líquido e inalação de um vapor, que é composto por um atomizador, pelo mod e pela bateria, que é a fonte de energia para seu funcionamento, podendo ser recarregável ou não.

Por ser distinto do cigarro comum, já que não produz a queima do produto, mas sua vaporização, seus criadores defendem sua utilização como meio menos prejudicial à saúde dos usuários que buscam abandonar a dependência ao tabaco.

Todavia, por não estarem comprovadas efetivamente suas consequências para a saúde dos indivíduos, o comércio, a importação e a propaganda de dispositivos eletrônicos estão vedados pela ANVISA através de sua Resolução Colegiada nº 46, de 28 de agosto de 2009.

Hoje em dia quem comercializar, propagar o uso ou importar o vape para o Brasil irá praticar infração sanitária, será autuado pela autoridade competente e estará sujeito às sanções elencadas na Lei nº 6.437/1977, que variam das mais brandas, como advertência à mais graves, como cancelamento da autorização para funcionamento ou alvará de licenciamento da empresa.

São várias as infrações sanitárias previstas na Lei 6.437/1977 e que podem ser configuradas por aqueles que desrespeitam a Resolução 46/2009 da ANVISA.

Portanto, em que pese existir um debate crescente que visa à alteração das normas em vigor e que pode ensejar sua liberação, é fato que a comercialização, a importação e a propaganda do vape são proibidas em todo território nacional e sujeitarão o infrator às sanções administrativas descritas no artigo 2º da Lei 6.437/1977, posto que, ainda que se julgue ultrapassada, as normas permanecem em vigor até posterior alteração legislativa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Liz Maria de. Et. al. Névoas, vapores e outras volatilidades ilusórias dos cigarros eletrônicos. **Cadernos de Saúde Pública**, 2017; 33 Sup. 3:e00139615. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/csp/a/3kYxFygfNJB3sKp7FHWFZD/?lang=pt&format=pdf>>. Acesso em: 09 set. 2021.

ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária). Resolução da Diretoria Colegiada – RDC Nº 46, de 28 de agosto de 2009. **Proíbe a comercialização, a importação e a propaganda de quaisquer dispositivos eletrônicos para fumar, conhecidos como cigarro eletrônico**. Publicada em DOU nº 166, de 31 de agosto de 2009. Disponível em: <http://antigo.anvisa.gov.br/documents/10181/2718376/RDC_46_2009_COMP.pdf/2148a322-03ad-42c3-b5ba-718243bd1919>. Acesso em: 22 set. 2021.

ANVISA. Cigarro Eletrônico. **Agência Nacional de Vigilância Sanitária**, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/tabaco/cigarro-eletronico>>. Acesso em: 09 set. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 set. 2021.

BRASIL. Decreto nº 5685, de 2 de janeiro de 2006. **Promulga a Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, adotada pelos países membros da Organização Mundial de Saúde em 21 de maio de 2003 e assinada pelo Brasil em 16 de junho de 2003**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5658.htm>. Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977. **Configura infrações à legislação sanitária federal, estabelece as sanções respectivas, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6437.htm>. Acesso em: 05 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996. **Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9294.htm>. Acesso em: 05 set. 2021.

INCA - Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva. **Cigarros eletrônicos: o que sabemos?** Estudo sobre a composição do vapor e danos à saúde, o papel na redução de danos e no tratamento da dependência de nicotina. Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva; organização Stella Regina Martins. – Rio de Janeiro: INCA, 2016. Disponível em: <<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/tabaco/cigarro-eletronico/arquivos/cigarro-eletronico/cigarros-eletronicos-o-que-sabemos.pdf/@@download/file/Cigarros%20eetr%C3%B4nicos%20-%20o%20que%20sabemos.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2021.

O QUE é Vape? Conheça tudo Sobre o Cigarro Eletrônico. **Clube do Vapor**, 2021. Disponível em: <<https://www.clubedovapor.com/blog/dicas-e-tutoriais/o-que-e-vape>>. Acesso em: 10 set. 2021.

O QUE é Vape? **Porto Vape Shop**, 2021. Disponível em: <<https://www.portovapeshop.com/oqueevape>>. Acesso em: 09 set. 2021.

ONU. **Convenções de Tratados das Nações Unidas (United Nations Treaty Collection)**. 2021. Disponível em:

<https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IX-4&chapter=9&clang=_en>. Acesso em: 04 set. 2021.

TEIXEIRA, Luiz Antonio; JAQUES, Tiago Alves. **Legislação e Controle do Tabaco no Brasil entre o final do Século XX e Início do XXI**. Revista Brasileira de Cancerologia 2011: 57(3): 295-304. Disponível em: <<https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/24598>>. Acesso em: 05 set. 2021.

A MULTIPARENTALIDADE E A POSSIBILIDADE DE ADQUIRIR A HERANÇA DA PARTE LEGÍTIMA E TESTAMENTÁRIA

JAKELINE DE SOUSA SARDEIRO:
Acadêmica do curso de Direito na
Faculdade de Ensino Superior da Amazônia
Reunida – (FESAR), Redenção/PA.

MARIA JOVENIANA DA SILVA⁹³
(coautora)

FELIPE SANTANA MARIZ NOGUEIRA⁹⁴.
(orientador)

Resumo: O presente artigo objetiva analisar a possibilidade de adquirir a herança da parte legítima e testamentária em casos de multiparentalidade, já que que essa lida com diversos princípios constitucionais inerentes à pessoa humana, em face de sua extrema imprescindibilidade por parte dos possíveis detentores do direito de herança, vislumbrando-se a ótica dos regramentos federais, da doutrina, da jurisprudência bem como da Constituição Federal. Desde o Código Civil de 1916, a doutrina e a jurisprudência têm procurado evitar as injustiças no reconhecimento do filho afetivo em relações multiparentais, e o reconhecimento de sua dependência perante os pais/mães, e os seus direitos patrimoniais advindos dessa relação. A partir disso, levando-se em conta que a Constituição Federal de 1988 mudou o conceito de família, é preciso esclarecer que seja qual for a forma de reconhecimento dos filhos, sejam eles naturais ou afetivos, todos têm os mesmos direitos, inclusive os direitos de herança. Porém, por ser um tema tão sensível, se faz necessário elucidar, finda-se a compreensão da suma importância, sob a ótica da doutrina e jurisprudência, vide sua relevância. Para tal análise utilizou-se o estudo bibliográfico e documental, que numa abordagem qualitativa nos levam a reflexão acerca do tema em voga.

Palavras-chave: Multiparentalidade. Herança. Sucessão Legítima. Sucessão Testamentária.

Abstract: This article aims to analyze the possibility of acquiring the inheritance of the legitimate and testamentary part in cases of multiparenthood, as it deals with various constitutional principles inherent to the human person, given its extreme indispensability by the possible holders of the inheritance right, from the perspective of federal regulations,

93 Acadêmica do curso de Direito na Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida – (FESAR), Redenção/PA

94 Professor no Curso de Direito da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida - (FESAR), Redenção/PA.

doctrine, jurisprudence, as well as the Federal Constitution. Since the Civil Code of 1916, doctrine and jurisprudence have sought to avoid injustices in the recognition of the affectionate child in multiparental relationships, and the recognition of their dependence on fathers/mothers, and their property rights arising from this relationship. From this, taking into account that the Federal Constitution of 1988 changed the concept of family, it is necessary to clarify that whatever the form of recognition of children, whether natural or affectionate, everyone has the same rights, including the rights of inheritance. However, as it is such a sensitive topic, it is necessary to elucidate, the understanding of the paramount importance, from the perspective of doctrine and jurisprudence, is finished, see its relevance. For this analysis, bibliographic and documental studies were used, which in a qualitative approach lead us to reflect on the topic in vogue.

Keywords: Multiparenthood. Heritage. Legitimate Succession. Testament Succession.

Sumário: Introdução. 1. Os vários modelos de núcleo familiar. 2. Conceito de socioafetividade e multiparentalidade. 3. Paternidade biológica, registral e a paternidade socioafetiva. 4. Efeitos jurídicos da multiparentalidade. 5. Parte legítima e testamentária e sua participação na herança. 6. A possibilidade de adquirir a herança na multiparentalidade. 7. Exclusão do nome do pai biológico do registro civil na multiparentalidade e seu reflexo na herança. 8. Como os tribunais superiores vêm apreciando a respeito da herança na multiparentalidade. Conclusão. Referências.

Introdução

A necessidade de estudo do escopo desse trabalho se dá pelas mudanças causadas pela evolução do instituto familiar, sendo no presente caso o da multiparentalidade no registro civil e seu reflexo na herança da parte legítima e testamentária. Isto que é discussão no ordenamento jurídico e apresenta clara necessidade de expansão do direito no que tange a aplicação desse instituto aos casos concretos, visando a devida aplicação no que tange aos direitos sucessórios em casos de multiparentalidade.

A evolução legislativa do conceito de família, deu-lhe um novo contexto, necessitando esclarecer a questão da multiparentalidade com embasamentos jurídicos que discutem a prevalência da melhor eficiência e proficuidade em assuntos concernentes ao direito de herança. Assim, frente as modificações no âmbito da família, esta sofreu alterações importantes, deixando de lado o cunho discriminatório, levando-se em conta se os herdeiros passaram a ser tratados de maneira igualitária, principalmente quando envolvidos em relações socioafetivas (DIAS, 2016).

Portanto, este artigo visa compreender este tema tão relevante, proporcionando um maior conhecimento da evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial, uma vez que o

aprimoramento das relações familiares exige dos acadêmicos, juristas e doutrinadores atualização constante para a preservação dos direitos emanados constitucionalmente.

1. Os vários modelos de núcleo familiar

As constantes mudanças na organização familiar, na sociedade moderna e nos relacionamentos de base emocional exigem um reexame da maneira como o direito da família e as relações parentais são interpretados. Seguindo este ponto, a CRFB de 1988 modernizou a antiga ideia de que a família deveria ser formada apenas pelo casamento e admitiu que a entidade familiar também poderá vir da união estável e da monoparentalidade, abrindo portas para a multiparentalidade dada a sua flexibilidade, além de envolver questões futuras, como, por exemplo, critérios sucessórios e alimentares (DINIZ, 2014).

Isto posto, de acordo com as necessidades da sociedade, as normas de organização estão em constante mudança. Por isso, no âmbito do direito civil, e mais especificamente no âmbito do direito da família, a evolução ocorre de acordo com o progresso cultural das pessoas. Com isto, levando-se em conta que a CRFB de 1988 mudou o conceito de família, supracita Maria Berenice Dias (2016), sobre o assunto:

A Constituição Federal de 1988, como diz Zeno Veloso, num único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Instaurou a igualdade entre homem e mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros.

Sob a premissa dessa igualdade, o conceito de família ganhou maior abrangência, alterando, assim, a relação entre pais e filhos. Dessa forma, considera-se que o aspecto da filiação socioafetiva é reconhecido por grande parte da doutrina, destacando a importância da afetividade.

Assim sendo, com a modernização da definição de filiação e da definição de família, e com as alterações conceituais e legais, foram adicionadas imprescindíveis mudanças diante da necessidade de adaptação ao meio social, como a igualdade conferida aos homens e mulheres, tornando igualitária a proteção de ambos e se estendendo, também, aos filhos, sendo estes provenientes, ou não, do casamento.

2. Conceito de socioafetividade e multiparentalidade

Socioafetividade é uma expressão criada pela legislação brasileira, para representar a relação entre duas ou mais pessoas que se caracterizam por fortes laços afetivos e desempenham funções e cargos definidos como pais, filhos ou irmãos. O conceito de socioafetividade começou com as relações paternas, mas obviamente se estendeu à maternidade e a todos os tipos parentais.

Diante disso, a filiação socioafetiva é causada integralmente pelo afeto em si, ou seja, a conexão emocional não é necessariamente causada por chaves genéticas, mas principalmente por chaves emocionais. Seguindo este ponto de vista, acredita-se que além da questão biológica, ser pai também é estar presente na vida do filho. Conforme explica Rodrigo da Cunha Pereira (2020, p. 389):

Filiação, paternidade, maternidade, enfim, toda a parentalidade, além de biológica pode ter também sua origem na socioafetividade, como já anunciado pela doutrina e jurisprudência, pelos princípios constitucionais e pela regra do art. 1.593 do Código Civil: O parentesco natural ou civil, conforme resulte de origem consanguínea ou outrem.

Seguindo este paradigma, a multiparentalidade segue como um conceito em evolução no sistema jurídico, sendo caracterizado como uma múltipla paternidade ou maternidade socioafetiva, havendo a admissibilidade de mais de um pai ou mãe constarem na certidão de nascimento (PEREIRA, 2020).

Desta maneira, a multiparentalidade demonstra juridicamente o que acontece de fato nos casos práticos, já que o convívio em família é subjetivo no quesito da paternidade de origem biológica em conjunto com a paternidade socioafetiva. Assim, é comum parentescos constituídos por múltiplos pais que exercem a relação de paternidade/maternidade por mais de um pai ou mãe, já que sempre existiu uma linha tênue entre padrasto/madrasta e pai/mãe socioafetiva (PEREIRA, 2020).

Portanto, com a ampliação da ideia da parentalidade socioafetiva e da multiparentalidade, não há como evitar a existência dessas relações afetivas, estas que se constituem ao longo da vida e que devem se tornar ato-fato jurídico, seja para constituição de famílias conjugais ou parentais. Assim, quebra-se o paradigma jurídico de que só é possível possuir um pai e uma mãe, pois existem pessoas que vivem esta realidade e devem usufruir de direitos e amparo à filiação, o que inclui direitos sucessórios.

3. Paternidade biológica, registral e a paternidade socioafetiva

A realidade da família evoluiu de várias maneiras, minimizando as diferenças entre o homem e a mulher, não reconhecendo a predominância da paternidade em relação a maternidade, desconstruindo a hierarquia da figura paterna da família. Desde a CRFB de 1988, a legislação brasileira não distingue entre filhos legítimos ou ilegítimos, e isso se aplica aos direitos sucessórios, possuindo estes os mesmos direitos que as crianças biológicas, sendo inaceitável qualquer distinção afiliada após o registro civil, isto inclui a paternidade socioafetiva e a possibilidade da multiparentalidade (MENDES, 2017).

A relevância da paternidade no desenvolvimento familiar deve-se ao motivo de que a família é a grande responsável pela formação educacional, pela geração de valores, e pela definição do futuro do dependente, sendo a paternidade determinante perante os efeitos pessoais e patrimoniais. Diante disso, o Conselho da Justiça Federal traz em seu enunciado nº 519 a importância dessa condição:

Enunciado nº 519: O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais.

Observando isto, o STF em 2016, reforçou que o parentesco civil obtido por meio da convivência reconhece a relação paterna no registro civil, possibilitando o efeito jurídico da paternidade que teve como origem a afetividade ou mesmo a origem biológica, levando-se em consideração a subjetividade da construção familiar decorrente da situação prática em que se encontra.

Portanto, deve-se prevalecer o melhor interesse dos sucessores, adotando-se o sistema multiparental, sem hierarquia entre a paternidade biológica ou afetiva, e assim valorizando o conceito da socioafetividade e os direitos inerentes à família, como os direitos de herança sendo de parte legítima ou testamentária.

4. Efeitos jurídicos da multiparentalidade

A questão dos múltiplos pais é alvo de muita discussão no campo do direito da família e suas decorrências jurídicas são diversas, já que é um fenômeno recorrente no núcleo familiar, mas raramente é abordado no direito brasileiro. Está presente situação conduziu a uma série de fatores que geraram inseguranças jurídicas relacionados com os efeitos da multiparentalidade, principalmente relacionados com os direitos de herança, guarda e alimentos.

Desde o Código Civil de 1916, a doutrina e a jurisprudência têm procurado evitar as injustiças no reconhecimento do filho afetivo nessas relações, envolvendo o vínculo com os pais/mães e a apuração de sua dependência perante estes, devendo usufruir de direitos advindos dessa relação (FARIAS E ROSENVALD, 2015).

O reconhecimento da herança múltipla é uma consequência da multiparentalidade, já que é um direito assegurado ao herdeiro a herança de todos os seus pais ou mães, sendo este beneficiário configurado como herdeiro necessário, como garante o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, princípio este que deve amparar todas as relações jurídicas, principalmente as familiares (FARIAS E ROSENVALD, 2015).

Além da herança, isto se aplica a guarda, instituto este que também sofre efeitos jurídicos advindos da multiparentalidade. Quando o assunto é a guarda de crianças e adolescentes deve-se sempre resguardar o seu melhor interesse, ou seja, encontrando aquele com quem este tem maior afinidade e a melhor condição para o criar. Consequentemente, os tribunais estão cada vez mais adeptos em aceitar que a guarda seja transferida para pessoas que demonstram poder oferecer mais segurança e apresentam maior afinidade para com a criança/adolescente. Diante disso, no conceito pluralista de família em que fica excluída a exclusividade biológica, no caso da tutela, fica evidenciado a necessidade dos direitos e deveres das relações afetivas, sendo imprescindível a visão de atendimento ao interesse superior da criança e do adolescente.

Seguindo este diapasão, é aplicado na multiparentalidade a obrigação de fornecer alimentos para os dependentes, pois é reconhecido a paternidade, mesmo está sendo múltipla, onde todos os pais ou mães devem cumprir com a obrigação alimentar, assim como é abordado no artigo 1.696 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Segundo Maria Berenice Dias, assim como os padrastos e madrastas possuem a obrigação de cumprir com suas obrigações alimentares na multiparentalidade, os filhos dessas relações também possuem o dever de cuidar de seus múltiplos entes quando lhe forem convenientes, quando, por exemplo, estes ficarem idosos ou ter problemas financeiros que lhe impeçam de possuir recursos para o próprio sustento. Portanto, a multiparentalidade provoca a existência de múltiplos devedores, estes que deverão cumprir com o que lhe forem impostos pela Lei (DIAS, 2016).

Baseando-se no que foi explanado acima, o Recurso Extraordinário RE898.060 de 2016 negou provimento a um recurso, fixando o seguinte argumento para aplicação em casos como o da multiparentalidade: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais" (STF, RE 898.060, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 21/09/2016).

Portanto, os arranjos familiares concernentes aos da multiparentalidade, não devem estar carentes da proteção da Lei, pois merecem tutela jurídica para todos os fins de direito, sendo estas envolvendo, principalmente, os temas de herança, guarda e alimentos. Assim, deve-se oferecer a mais íntegra e apropriada assistência aos sujeitos envolvidos, seguindo os princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana.

5. Parte legítima e testamentária e sua participação na herança

Tratando-se de sucessão paga sobre o valor líquido de herança ou legado, esta pode ser legítima ou testamentária. Sendo que da parte legítima, a indicação dos herdeiros e a consequente partilha dos bens se dão segundo critérios fixados pelo artigo 1.786 do

Código Civil de 2002, onde diz que a sucessão deve ser cumprida com base na lei ou por disposição de última vontade. Já a sucessão testamentária, o patrimônio é difundido por vontade manifestada pelo finado.

Diante disso, a sucessão é feita a título universal, pois transfere todos os bens do falecido, sejam eles: ativo, passivo, direitos e obrigações. Sendo imperioso compreender o princípio da saisine, pelo qual se trata de princípio fundamental do Direito Sucessório, em que a morte opera a imediata transferência da herança aos seus sucessores (DINIZ, 2014).

Portanto, no momento da morte, a totalidade dos bens passa, imediatamente, a pertencer aos herdeiros do falecido. Em se tratando dos herdeiros legítimos, o art. 1.829 do Código Civil traz um rol taxativo e preferencial daqueles que irão suceder, no qual são citados os descendentes, os ascendentes, o cônjuge sobrevivente e os colaterais (BRASIL, 2002).

Seguindo este diapasão, no artigo 1.845 do Código Civil traz o rol dos herdeiros necessários, onde são mencionados os descendentes, ascendentes e o cônjuge. O objetivo desta classificação é impedir que sejam expulsos apenas por desejo do falecido e criar proteção especial para certas categorias de herdeiros que estão ligadas aos herdeiros por parentesco mais próximo. Esses herdeiros necessários têm direito a metade da herança, pelo qual é chamada de legítima (BRASIL, 2002).

Portanto, a sucessão legítima decorrente do texto legal, ocorre no momento do falecimento transferindo-se imediatamente a herança para quem é legítimo de recebê-la, seguindo a ordem descrita pelo artigo 1.829 do Código Civil de 2002. Além disso, é proibido qualquer tipo de distinção entre os herdeiros que estão participando da partilha, sendo este herdeiro referente a uma relação multiparental ou não. E assim deve-se seguir o que descreve a Lei, devendo cada herdeiro receber igual porção.

6. A possibilidade de adquirir a herança na multiparentalidade

Com as transformações no setor familiar, como já abordado acima, o fenômeno da multiparentalidade surgiu trazendo novas questões extremamente relevantes e que levantam diversos questionamentos, sendo uma das principais delas a herança (GONÇALVES, 2017).

Seguindo a presente problemática, primordialmente deve-se constatar que a multiparentalidade é baseada no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio da afetividade, devendo-se focar em tais princípios na procura de dados para a realização da pesquisa.

Para Gonçalves (2011, p.17) o vocábulo família estende-se à volta de:
"todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem,

portanto, de um tronco ancestral em comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreendendo também os cônjuges e companheiros, os parentes e os afins”.

No diapasão dessa concepção doutrinária, é possível afirmar que o instituto familiar não possui um conceito absoluto, podendo ser transformada e atualizada socialmente e culturalmente, sendo tal afirmação claramente visível ao olhar moderno e progressista. Dessa forma, é notável que este instituto enfrentou demasiadas alterações para que se adapte à presente realidade, e a assim adveio a multiparentalidade e o direito de herança a partir dela.

Para Cassettari (2017, p.254) quando se possui, de verdade, “uma filiação socioafetiva e biológica concomitante nas quais se tenha convivência e afeto, será totalmente plausível a concessão de mais de duas heranças a alguém em decorrência destes vínculos formados no decorrer da vida”.

É importante ressaltar que nas legislações nacionais, incluindo a Constituição Federal, não se distingue filhos biológicos e filhos afetivos, portanto, uma vez acolhida a multiparentalidade, todos os seus efeitos jurídicos devem ser ampliados, inclusive o direito de herança. Sendo imprescindível citar que o direito sucessório é uma das relutâncias da filiação, qualquer que seja sua origem. Seguindo isto, está expresso no artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente 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” (BRASIL, 1990).

Portanto, é preciso esclarecer que seja qual for a forma de reconhecimento dos filhos, sejam eles naturais ou afetivos, todos têm os mesmos direitos, inclusive os direitos de herança. Em outras palavras, um indivíduo tem direitos de herança garantidos com base no número de pais ou mães que possuir, e o judiciário deve estar vigilante contra reivindicações advindas da multiparentalidade, e resolvê-las de forma isolada de acordo com cada caso concreto (CASSETTARI, 2017).

7. Exclusão do nome do pai biológico do registro civil na multiparentalidade e seu reflexo na herança

Atualmente, é cada vez mais frequente que os pais biológicos, que mesmo que tenham reconhecido a sua paternidade no princípio, acabam abandonando a criança logo após seu começo de vida, não lhes fazendo criar qualquer tipo de vínculo afetivo, seja no quesito sustento, educação ou amor. Entretanto, isto negligência o que é protegido em lei, mais especificadamente o que está expresso no artigo 1.634 do Código Civil, onde é imputado as obrigações dos pais perante seus filhos (BRASIL, 2002).

É basilar que os pais biológicos devem exercer sua função no poder familiar, porém, este poder pode ser extinto através da via judicial, se preencher todos as hipóteses passíveis para tal. Dessa forma, afirma Arnaldo Rizzardo que o “aspecto de maior relevância diz respeito à perda do poder familiar, que ocorre em casos de suma gravidade na infringência dos deveres paternais” (RIZZARDO, 2009).

Como disposto no artigo 1.630 do Código Civil, o poder familiar conferido ao pai ou a mãe poderá ser destituído, caso sejam praticados atos contrários à moral e aos bons costumes. No artigo 1.638 do Código Civil, é expresso as hipóteses que podem ocasionar a destituição do poder familiar:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Uma das formas em que se pode configurar abandono é a negligência no pagamento de pensão alimentícia, que além de ser configurado como crime, pode ensejar na destituição do poder familiar do pai biológico. Porém, a questão é mais complicada do que parece, pois a destituição familiar é uma medida muito extrema, e não pode ser deferida em juízo por apenas este motivo, pois atinge vários direitos imprescindíveis, como o direito de personalidade e os direitos sucessórios do herdeiro, ou seja, não é tão simples excluir o nome do genitor negligente dos documentos do infante (RIZZARDO, 2009).

Entretanto, em casos que o pai biológico seja ausente e existir um pai ou pais afetivos, como em casos de multiparentalidade, a genitora do menor poderá ingressar com ação judicial pleiteando a destituição do poder familiar do pai biológico e a adoção no tocante aos pais afetivos. E a partir daí, poderá ser retirado o nome do pai biológico e, conseqüentemente, o herdeiro estará se abdicando da herança que iria receber em nome deste, usufruindo deste direito apenas para os que estiverem nos documentos após a retificação (RIZZARDO, 2009).

Existindo provas robustas nos autos, e a devida participação do Ministério da Justiça caso envolva menor, o juiz poderá realizar a destituição do poder familiar e conceder ao pai afetivo a adoção do menor, que terá seu sobrenome, e será enquadrado como seu herdeiro legítimo.

Cumpra esclarecer que, atualmente é possível constar os nomes dos pais biológicos e pais afetivos, ao mesmo tempo, nos documentos registrares. Diante disso, em 2017, o Provimento nº 63 do Conselho Nacional da Magistratura, tratou sobre a paternidade afetiva e o novo modelo de certidão de nascimento, provendo a aplicação da paternidade socioafetiva no registro civil, sem que haja necessidade de requerer ao Poder Judiciário (PROVIMENTO Nº 63 de 14/11/2017).

Portanto, o Direito tem acompanhado, mesmo que de maneira lenta, a evolução da sociedade, procurando cada dia mais se modernizar para se adequar a vida dos cidadãos, ainda mais quando o assunto envolve o Direito de Família.

8. Como os tribunais superiores vêm apreciando a respeito da herança na multiparentalidade

É cediço que a possibilidade de adquirir a herança da parte legítima e testamentária é um tema controverso na multiparentalidade, pois envolve a afetividade e esta afetividade necessita ser provada, em um nível que o juiz aprove que aquela relação multiparental é digna do direito hereditário, este que afeta o direito de possíveis herdeiros. Desse modo, há os que sustentam que a herança sempre deverá ser compartilhada com herdeiros da relação socioafetiva, e os que defendem uma maior proteção dos herdeiros com relação sanguínea.

Nesse diapasão, é possível citar algumas decisões jurisprudenciais acerca do tema apresentado até agora. O Agravo de Instrumento a seguir descreve a posição adotada em 2017, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina TJ-SC, segue a decisão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÕES E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE POST MORTEM C/C PETIÇÃO DE HERANÇA. - LIMINAR DEFERIDA NA ORIGEM. RECURSO DA MÃE BIOLÓGICA. VÍNCULO SOCIOAFETIVO. POSSIBILIDADE. MULTIPARENTALIDADE. PRECEDENTE DO STF. TUTELA DE URGÊNCIA. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. RESERVA DE QUINHÃO. CABIMENTO. - "Havendo fortes indícios da paternidade, impõe-se o deferimento de tutela de urgência para assegurar ao autor a reserva de parte dos bens deixados por seu indigitado genitor, na proporção do quinhão a que eventualmente terá direito". (TJ-SC - AI: 40164911520168240000 Joinville 4016491-15.2016.8.24.0000, Relator: Henry Petry Junior, Data de Julgamento: 30/05/2017, Quinta Câmara de Direito Civil)

Malgrado, segue uma apelação cível em que, com bastante relevância para o estudo do tema, nega provimento a herança advinda de uma relação baseada na multiparentalidade:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POST MORTEM C/C PETIÇÃO DE HERANÇA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA GENÉTICA. AUSÊNCIA DE PROVAS ROBUSTAS E FIRMES ACERCA DA VONTADE DE RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SÓCIOAFETIVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO MANTIDA. I- Não há que se falar em reconhecimento de paternidade biológica quando a parte autora não se desincumbir do ônus processual que a ela recai, nos termos do art. 373, I, do CPC, já que ausente qualquer documentação que prova, minimamente, a relação entre sua genitora biológica e o investigado. Além disso, ao renunciar ao exame de DNA ante os elevados custos da exumação do cadáver, o autor/apelante não demonstrou ter buscado a alternativa de realizar a perícia genética com algum outro parente de primeiro grau do de cujus, uma vez que não deixou filhos conhecidos. II - A doutrina, com fundamento no CC 1.593, abriu as portas de nosso ordenamento jurídico para o chamado parentesco socioafetivo, fundado na posse do estado de filho, que, nas palavras de Luiz Edson Fachin, "se revela tanto na sua manifestação perante o grupo social, como, especialmente, na esfera psicológica e afetiva dos sujeitos." III- Em relação ao reconhecimento post mortem do ascendente socioafetivo, muito embora a lei permita tal possibilidade, por se tratar de questão que demanda prova substancial da intenção das partes, de cunho subjetivo, tais casos exigem cautela redobrada, pois não se pode olvidar que o acolhimento da pretensão afetará diretamente a esfera dos direitos de personalidade do de cujus e ainda trará repercussões aos demais membros da família, notadamente aos herdeiros. IV- No presente caso, não há um conjunto probatório robusto e firme apto a demonstrar que o reconhecimento espontâneo da relação de filiação só não ocorreu por razões alheias à vontade do suposto pai, ao contrário, sua omissão em não beneficiar o suposto único filho em seu testamento, deixando todos seus bens para os sobrinhos, demonstra com clareza solar, que este não tinha a vontade/intenção de reconhecer a paternidade em relação ao requerente. V- Ausentes os requisitos para a configuração da paternidade socioafetiva, visando salvaguardar os direitos da personalidade, a improcedência do pedido é medida que deve ser mantida. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E DESPROVIDO. (STJ - AREsp: 1832852 GO

2021/0045034-3, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO,
Data de Publicação: DJ 24/06/2021)

Porém, ao contrário do desprovemento ocorrido no recurso acima, é interessante observar como os detalhes da seguinte apelação são favoráveis ao recebimento da herança, por parte do herdeiro socioafetivo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA POST MORTEM CUMULADA COM ANULAÇÃO DE ASSENTAMENTO DE REGISTRO CIVIL E PETIÇÃO DE HERANÇA. MANTIDA A SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. O reconhecimento da parentalidade socioafetiva, salvo situações excepcionais, deve valer, de regra, para o efeito de preservar uma filiação juridicamente já constituída voluntariamente, pelo registro (que define, no plano jurídico, a existência do laço, consoante o disposto no art. 1.603 do Código Civil), não se prestando para o fito de constituí-la de modo forçado; 2. O caso dos autos, porém, diante da eloquência da provas produzidas, configura exceção, possibilitando o reconhecimento da parentalidade socioafetiva post mortem. Isso porque a certidão de batismo e o convite de casamento da recorrida, nos quais os recorrentes constaram como pais, em conjunto com a prova oral colhida, demonstram a configuração da inequívoca posse do estado de filho; 3. Uma vez reconhecido e estabelecido o vínculo jurídico entre pai/mãe e filha, com a declaração do estado de filiação, incidem todos os efeitos que advém de tal relação, de forma retroativa (ex tunc). Portanto, por via de consequência, consoante constou na sentença, deve ser formalizada a averbação no registro civil da filiação, ainda que isso importe em situação de multiparentalidade - conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal no RE 898060/SC - bem como reconhecido o direito da apelada à herança.\nNEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (TJ-RS - AC: 50001092420138210062 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 08/04/2021, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: 09/04/2021)

Em vista disso, restam nítidas as hipóteses em que a possibilidade de adquirir a herança da parte legítima e testamentária na multiparentalidade é admitida, observando sob a ótica da jurisprudência, vê-se lastro de legalidade no recebimento deste direito tão imprescindível, desde que seja realizada todas as provas de laços afetivos, devendo ser comprovado de diversas maneiras.

Logo, percebe-se que não se deve realizar a petição da herança sem que haja provas suficientes para tal. Já que é um direito extremamente sensível, que afeta não só ao herdeiro socioafetivo, mas também todos os outros que estão em volta da partilha do inventário.

Desse modo, é possível perceber que tanto a doutrina quanto a jurisprudência, discutem o recebimento da herança em casos como o da multiparentalidade, seguindo como base para sua existência a afetividade e a presença de um laço familiar concreto, podendo ser relativo quanto a possibilidade do recebimento do quinhão hereditário.

Destarte, com tais conclusões e fundamentos, se fazem necessários elucidar, finda-se a compreensão da suma importância quando o tema é herança, pois esta é regida por diversos princípios e garantias constitucionais inerentes à pessoa humana.

Conclusão

Em suma, a necessidade indagada por este trabalho se dá pelas mudanças no instituto familiar, que se modernizou e, por isso, passou por diversas mudanças. Vale ressaltar que hoje, a composição da família é composta principalmente pelo lado afetivo, que é gerada por uma convivência harmoniosa, baseada no respeito e na união.

Em consideração a isso, existem vários posicionamentos referentes à concessão de direitos de herança, advindos de vínculos biológicos ou socioemocionais a indivíduos com mais de dois pais ou duas mães. Diante desta pesquisa, resta concluso que o herdeiro em uma relação multiparental tem direito as duas heranças. Tendo em vista a análise doutrinária e jurisprudencial, verifica-se que a possibilidade de aplicação de todas as regras do direito das sucessões na relação multiparental é reconhecida no ordenamento jurídico nacional.

Nessa seara, se a paternidade múltipla for reconhecida, todos os seus efeitos jurídicos devem ser ampliados, incluindo os direitos de herança aos herdeiros. Portanto, o direito de um indivíduo à herança é garantido com base no número de pais ou mães que ele ou ela tem, e o judiciário só deve estar vigilante contra reivindicações feitas exclusivamente para fins de herança e determiná-las examinando cada caso concreto.

Destarte, resta cabível que é necessário que a lei acompanhe as mudanças nos comportamentos sociais e seus reflexos nas relações familiares, e o judiciário não pode ignorar os obstáculos no reconhecimento das relações familiares. Estas que são relações baseadas no sentimento e no compromisso mútuo, apresentando todas as características estabelecidas pela Constituição Federal de 1988.

Referências

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª edição, 2016, Revista dos Tribunais. São Paulo.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5: direito de família. 29. ed.- São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. Grupo GEN, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992996/>. Acesso em: 09 abr 2021.

MENDES, Stela Maris Vieira. **Manual de Direito de Família e Sucessões**. 2ª ed. Campo Grande: Contemplar, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso extraordinário 898.060**. Rel. Min. Luiz Fux, Brasília, 21 set. 2016. Íntegra do voto do relator. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: Efeitos Jurídicos**. 3. ed. Atlas, 2017.

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] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266. Acesso em: 16 dez. 2018.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. Vade Mecum Legislação selecionada para OAB e Concursos. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 7 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

Superior Tribunal de Federal. **Recurso Extraordinário n. 898060/SC**. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 21/09/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622>. Acesso em: 26 de abr. de 2020.

PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. **Multiparentalidade: A possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 7 ed. Rio de Janeiro: Foronse, 2009.

JUSBRASIL. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina TJ-SC - Agravo de Instrumento: AI 4016491-15.2016.8.24.0000 Joinville 4016491-15.2016.8.24.0000**. 2017. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/471920247/agravo-de-instrumento-ai-40164911520168240000-joinville-4016491-1520168240000>. Acesso em: 23 out. 2021.

JUSBRASIL. **Superior Tribunal de Justiça STJ - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AREsp 1832852 GO 2021/0045034-3 - Decisão Monocrática**. 2021. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1236990515/agravo-em-recurso-especial-arep-1832852-go-2021-0045034-3/decisao-monocratica-1236990524>. Acesso em: 23 out. 2021.

JUSBRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS - Apelação Cível: AC 50001092420138210062 RS**. 2021. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1194340727/apelacao-civel-ac-50001092420138210062-rs>. Acesso em: 23 out. 2021.

A PSICOPATIA À LUZ DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

NICOLAS RICARDO LASCANO ZANELATO:

Bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário São Lucas Ji-Paraná – UniSL.

CLAUDENIR DA SILVA RABELO⁹⁵

(orientador)

RESUMO: Tendo em vista que o nosso sistema judiciário e legislativo esqueceu dos psicopatas, não formulando nenhuma lei específica e usando apenas de jurisprudência fixa, pesquisa-se sobre a psicopatia a luz do direito penal brasileiro, a fim de tentar entender um pouco esses indivíduos e demonstrar no momento como o direito penal funciona perante um psicopata. Para tanto, é necessário o estudo de o que é um psicopata, conceituar perante o direito penal e demonstrar a culpabilidade do indivíduo e analisando a psicologia dentro do direito. Realiza-se, então, uma pesquisa de metodologia exploratória, diante disso verifica-se que o psicopata é imputável a um crime, o esquecimento do indivíduo no direito penal e a falta de estudos com a psicologia, o que impõem a constatação de nenhuma preocupação com o psicopata, assim fazendo com que uma sociedade sofra na mão desses indivíduos.

PALAVRAS-CHAVE: Psicopatia; Culpabilidade, Direito Penal;

ABSTRACT: Considering that our judicial and legislative system has forgotten about psychopaths, having no specific law and using only fixed jurisprudence, research is carried out on psychopathy in the light of Brazilian criminal law, in order to try to understand a little about these individuals and demonstrate at the moment how criminal law works for a psychopath. Therefore, it is necessary to study what a psychopath is, to conceptualize before the criminal law and demonstrate the individual's culpability and analyzing psychology within the law. Then, an exploratory methodology research is carried out, in view of this, it appears that the psychopath is attributable to a crime, the individual's forgetfulness in criminal law and the lack of studies in psychology, which imposes the finding of no concern with the psychopath, thus causing a society to suffer at the hand of these individuals.

KEY-WORDS: Psychopathy; Culpability, Criminal Law;

Sumário: 1.Introdução. 2. Psicopatia. 2.1 Definição. 2.2 Teorias E Diagnósticos. 2.3 Direito Comparado. 3. Direito Penal Brasileiro E Culpabilidade. 3.1 Aspectos Legais. 3.2

⁹⁵ Orientador Prof.º. Esp. Claudenir da Silva Rabelo. Docente do curso de Direito do Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná.

Culpabilidade. 3.3 Cumprimento De Pena Pelos Psicopatas. 4. A Psicologia À Luz Do Direito Penal Brasileiro. 4.1 Casos De Psicopatia No Brasil. 4.2 Exame Criminológico. 4.3 Possíveis Soluções. 5. Considerações Finais. 6. Referência.

1. INTRODUÇÃO

A criminalidade no Brasil atinge níveis bem altos a cada ano que passa. Nesse sentido, há uma porcentagem dessa taxa que corresponde a delitos cometidos por pessoas com psicopatologias, tais como o distúrbio de personalidade antissocial ou sociopata.

Esse distúrbio, também chamado de *psicopatia*, se condiciona pela anomalia do sistema límbico do sujeito, incapacitando-o de ter uma consciência afetiva e emocional.

Desse modo, ele pode vir a cometer atos de crueldade indiscriminadamente, sem sentir qualquer empatia ou remorso - ou mesmo vir a aprender com seus atos, uma vez que há grande distorção ou até ausência de valores humanos.

Com essa pesquisa, buscar-se-á compreender quais os impactos que o indivíduo patologicamente acometido por psicopatia tem sobre a sociedade em si e, sobretudo, a respeito dos direitos dispensados a este no que concerne à imputabilidade de seus crimes, objetivando compreender as ferramentas disponíveis na lei e doutrina jurídica brasileira.

Pretende-se, com esse artigo, analisar as circunstâncias reais de um psicopata e como sua conduta pode atingir diretamente a sociedade, gerando problemáticas que envolvem, além das preocupações sociais, o âmbito criminalístico e jurisdicional.

A quantidade de pena se vale pelo tipo de crime. Psicopatas e sociopatas, em geral, procuram humilhar suas vítimas, como: abusar até chegar ao estupro; subjugar até causar dor (tortura). Além da violência, pode-se ter os crimes de estelionato e fraude. Tudo isso varia do grau de psicopatia em que se encontra o indivíduo, sendo impulsivo, mas nunca passional.

Nesse sentido, cabe avaliar se esses indivíduos podem ser considerados imputáveis por lei ou não, uma vez desprovidos de julgamentos morais e com ausência de quaisquer sinais de psicoses ou alucinações condicionadas pelo transtorno.

Assim, ressalta-se a importância do tema proposto e a necessidade de um estudo mais minucioso, pois são indivíduos que precisam ser encontrados e reabilitados para se tornarem aptos ao convívio em sociedade, ou receber o devido julgamento dentro dos parâmetros legais atualizados.

Sendo assim, pretende-se também reconhecer no ordenamento jurídico quais os recursos utilizados no julgamento de réus acometidos por esse transtorno de

personalidade. Vale ressaltar que tais parâmetros encontram-se obsoletos, devendo ser revisados para a formulação legislativa de novos recursos no direito penal brasileiro, para uma eficiente condução dos casos futuros.

Para tanto, será utilizado como fonte de pesquisa análise doutrinária, estudo de caso e revisão de publicações e bibliografias que tratam sobre o assunto no âmbito jurisdicional.

O artigo tem como propósito contemplar a disciplina Trabalho de Conclusão de Curso 2 – TCC 2, em Direito, no qual pretende-se identificar quais outros meios de condenação um psicopata pode acatar, sendo que o magistrado pode se valer do fato de haver um laudo psicopatológico e ceder lugar em casa de reabilitação adequada ou manicômio - quando em casos severos -, em detrimento do sistema prisional comum brasileiro. Também se busca enfatizar o meio processual utilizado pelos magistrados, para fundamentação das sentenças e os riscos que essas sentenças podem causar.

2. PSICOPATIA

2.1 Definição

Quando se fala em psicopatia, claramente o que vem à mente é um indivíduo que possui um grande déficit de habilidades sociais, o que o torna incapacitado para viver em sociedade, tendo que passar toda sua vida solitária. Nem todos estão inclinados a matar, entretanto, às vezes agem usando a manipulação, a trapaça e os comportamentos dissimulados.

A par da conduta psicopata, menciona a psiquiatra Ana Beatriz Barbosa Silva, em seu livro *Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado*,

É importante ter em mente que todos os psicopatas são perigosos, uma vez que eles apresentam graus diversos de insensibilidade e desprezo pela vida humana. Porém, existe uma fração minoritária de psicopatas que mostra uma insensibilidade tamanha que suas condutas criminosas podem atingir perversidades inimagináveis. Por esse motivo eu costumo denominá-los de psicopatas severos ou perigosos demais. Eles são os criminosos que mais desafiam a nossa capacidade de entendimento, aceitação e adoção de ações preventivas contra as suas transgressões. Seus crimes não apresentam motivações aparentes e nem guardam relação direta com situações pessoais ou sociais adversas (SILVA, 2008, p. 129).

Com toda essa anomalia cerebral, o psicopata/sociopata é considerado muito inteligente pela própria "arrogância", pois o que ocorre é que o cérebro do sociopata funciona de uma forma diferente dos outros, a partir da manifestação puramente racional,

isenta de qualquer emotividade ou consciência sobre os valores humanos, podendo assim não haver um mediador que o bloqueie na concepção de seus objetivos mais perversos.

“Etimologicamente, a palavra *psicopatia* vem do grego *psyché*, alma, e *pathos*, enfermidade” (DUARTE, 2018, p. 11). Ainda segundo Duarte (2018), o conceito de psicopatia não é consenso entre todos os estudiosos, pois não se encaixa na visão de uma doença mental - na qual apresentam qualquer tipo de desorientação, delírios e alucinações, ou ainda, intenso sofrimento mental.

Segundo a Organização Mundial de Saúde (1948), OMS, emprega-se o termo Transtorno de Personalidade Dissocial - registrado na Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (1993), CID-10, sob o código F60.2, acolhido definitivamente pelo Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (1994), DMS-IV - como um “transtorno de personalidade caracterizado por um desprezo das obrigações sociais, falta de empatia para com os outros.”

Concluindo com toda a análise chegamos a um ser humano como todos, sem nenhum defeito fisiológico, apenas com um transtorno de personalidade, essa “anomalia” pode estar presente em qualquer pessoa, pode viver uma vida toda sem saber que era um potencial psicopata, os traços sempre são característicos, um total desinteresse na socialização, uma frieza fora do normal e nenhuma compreensão do estado emocional de outra pessoa.

2.2 Teorias e Diagnósticos

Os portadores desse distúrbio são pessoas com anomalias cerebrais no sistema límbico - que seria a área do cérebro responsável por processar emoções e comportamento sociais, também do aprendizado e da memória -, com isso, incide essa falta de empatia e afetividade com as outras pessoas, tornando alguém como um simples objeto, até mesmo sem afetividade parental, como muitos casos mostram de assassinos que começam com os próprios familiares.

Ana Prado (2011) em seu artigo *Entenda melhor como funciona o cérebro de um psicopata* para a revista Super Interessante disse,

Basicamente, os psicopatas têm menos conexões entre o córtex pré-frontal ventromedial (ou vmPFC, uma parte do cérebro responsável por sentimentos como empatia e culpa) e a amígdala, relacionada ao medo e ansiedade.

Dois tipos de imagens cerebrais foram coletados. Imagens com tensor de difusão (ou DTI, um tipo de ressonância magnética que obtém imagens de tecidos biológicos a partir da difusão da água

entre as células) mostraram uma redução da integridade estrutural das fibras de substância branca que ligam o vmPFC e a amígdala. Imagens feitas com ressonância magnética funcional (fMRI), por sua vez, mostraram menos atividade coordenada entre os dois. (PRADO, 2011)

Essa anomalia pode acontecer devido a alguma alteração como já dito no sistema límbico, algum fator genético que possa causar a anomalia no cérebro do indivíduo e no pior caso um abuso emocional/sexual que a pessoa passou e que tenha causado traumas severos.

Para chegar à conclusão de que o indivíduo tem o transtorno de personalidade, se faz um teste de avaliação de psicopatia de Hare ou também chamado de PCL-R, em que são avaliadas as características do comportamento da pessoa, onde se encontram vinte itens, assim sendo possível verificar a personalidade do ser.

Para Rodolfo Augusto Matteo (2006) em sua resenha para a livraria online Scielo Brasil narra sobre a escala PCL-R,

O PCL - R, que é o primeiro exame padronizado exclusivo para o uso no sistema penal do Brasil, pretende avaliar a personalidade do preso e prever a reincidência criminal, buscando separar os bandidos comuns dos psicopatas. A autora defende em sua tese que não é o tipo de crime que define a probabilidade de reincidência, e sim a personalidade de quem o comete. Assim, os estudos visando à adaptação e validação desse instrumento para a população forense brasileira, bem como sua comercialização para os profissionais da área, há muito urgiam ser viabilizados no Brasil. A questão da psicopatia ainda é um tanto controversa, já que há tempos existe a discussão se tal patologia, enquanto perturbação da personalidade, deve ser considerada como uma categoria diagnóstica nas classificações internacionais ou se os transtornos de personalidade já catalogados dão conta de identificar os sujeitos que apresentam tais distúrbios de conduta. Atualmente, é usada a denominação transtorno antissocial da personalidade, mas estudos recentes, inclusive da própria autora, mostraram a necessidade de se diferenciar dois subtipos dentro dessa classificação, a saber, transtorno parcial da personalidade, menos grave e que geralmente caracteriza os ditos criminosos comuns, e transtorno global da personalidade, que se aproxima do conceito de psicopatia de Hare. A psicopatia é entendida atualmente no meio forense como um grupo de traços ou alterações de conduta em sujeitos com tendência

ativa do comportamento, tais como avidez por estímulos, delinquência juvenil, descontroles comportamentais, reincidência criminal, entre outros. É considerada como a mais grave alteração de personalidade, uma vez que os indivíduos caracterizados por essa patologia são responsáveis pela maioria dos crimes violentos, cometem vários tipos de crime com maior frequência do que os não- psicopatas e, ainda, têm os maiores índices de reincidência apresentados. Assim, o que o PCL - R pretende diferenciar são os psicopatas dos não-psicopatas, segundo a proposta de Hare. Um dos principais objetivos da escala é identificar os sujeitos com maior probabilidade de reincidência criminal, sendo assim, além de um instrumento diagnóstico importante para tomada de decisão acerca do trâmite do condenado no sistema penal, uma ferramenta para separar os que apresentam tal condição daqueles que não a apresentam, com vistas a não prejudicar a reabilitação dos chamados criminosos comuns. (MATTEO, 2006)

No artigo de doutorado chamado *Teoria e avaliação da personalidade psicopática: construção e evidências de validade de um instrumento de autorrelato para uso na população geral* feito por Nelson Hauck (2013), na tentativa de explicar as características da psicopatia, foi apresentado dois modelos que buscam adentrar em várias áreas do conhecimento, são a Hipótese da ausência do Medo e a hipótese da modulação, na hipótese da ausência de medo significa de a pessoa não ter o medo propriamente dito, a sensação de desprezar a algo (ou alguém). Lykken em 1957 em sua pesquisa chamada *A study of anxiety in the sociopathic personality*, mostrou que prisioneiros com alto índice de psicopatia eram menos aptos a resolver tarefas que incidiam em evitar apertar botões que podiam dar choques elétricos.

A Hipótese da modulação se encaixa juntamente com a hipótese de ausência do medo, mas poderia dizer de uma forma mais "forte" e no mesmo tempo só ocorrem em determinada situação (Wallace & Newman, 2008), o psicopata teria uma capacidade de processar sentimentos ou estímulos fora de seu foco no momento mais devagar.

Attention Moderates the Fearlessness of Psychopathic Offenders um grande estudo por Newman et al., (2010) usando a resposta a um som alto entre prisioneiros, os que tinham um baixo score em psicopatia apresentavam uma alta resposta ao som alto em três tarefas que requisitavam o foco, já os que tinha traços de psicopatia somente apresentaram alguma reação quando foram instruídos a diferenciar quando sentiam alguma ameaça ou não.

Nadja Heym (2008), Professora sênior de psicologia na universidade de Nottingham Trent narra em seu artigo,

Embora os psicopatas mostrem uma falta específica de emoções, como ansiedade, medo e tristeza, eles podem sentir emoções como felicidade, alegria, surpresa e nojo. Assim, enquanto tendem a sofrer para reconhecer rostos amedrontados ou tristes, são menos sensíveis às ameaças e punições. Eles podem identificar rostos felizes e respondem positivamente quando são grandemente recompensados. Eles também podem sentir raiva, especialmente em resposta à provocação, ou ficar frustrados quando seus objetivos não são alcançados. Sendo assim, você é plenamente capaz de ferir os sentimentos de um psicopata, mas provavelmente não pelos motivos que levaria uma pessoa “comum” a ficar magoada. (HEYM, 2008)

Demonstrando assim, a frieza e a baixa ansiedade envolvida na pessoa com o transtorno de psicopatia, o problema sempre será na sua falta de empatia, tanto que todo mundo pode ser um pouco psicopata em situações específicas sem ter o transtorno, um grande exemplo é a sedução para conseguir algo e a não demonstração de culpa.

2.3 Direito Comparado

Não só no Brasil temos que pensar nos psicopatas, mas no mundo todo, pois não há uma diferença entre eles, exceto algo mais cultural que vai de país para país, mas vemos que em alguns lugares o estudo é maior e mais minucioso, pois há o medo de que esses indivíduos possam fazer em uma sociedade completa, principalmente fechados dentro de uma cadeia com outras pessoas propícias a acatar ideias de um indivíduo com o transtorno.

Em pesquisas como a de Priscyla Oliveira (2015) ela narra que nos países Estados Unidos e Inglaterra com seus estudos sobre o transtorno avançados, perceberam que o indivíduo psicopata pode trazer grandes problemas assim vindo uma grande necessidade de conter desde cedo, e analisando desde pequenos os traços.

Há países como Estados Unidos, Dinamarca, Alemanha que entendem que não há como essas pessoas compreenderem a gravidade de seus crimes, nem que mudem sua ideia assim colocam em prática medidas radicais como a castração química, medida tomada para aqueles crimes de teor sexual como estupro, pedofilia, atentado ao pudor que comumente acontecem em série/seqüência.

Há ideias, que seriam realmente úteis no Brasil, como da Inglaterra, onde existe o *Dangerous and Severe Personality Disorder* (2001) – DSPD (Programa para Pessoas Perigosas com Transtornos Graves da Personalidade) – que é uma iniciativa conjunta entre os Ministérios da Justiça e da Saúde e o sistema prisional britânico, em que os presos considerados perigosos, estejam eles soltos ou perto do fim da sentença, são acompanhados de perto por funcionários do governo para que não reincidam nos crimes.

No Brasil já foi apresentado um projeto de lei 6858/2010 com o teor,

Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal, para criar comissão técnica independente da administração prisional e a execução da pena do condenado psicopata, estabelecendo a realização de exame criminológico do condenado a pena privativa de liberdade, nas hipóteses que especifica.

Mas foi arquivada, onde vemos um grande problema por quando um ente político tenta ajudar ou solucionar, não foi atendido, e seria de bom uso na rede prisional.

Há grande diferença que vemos no direito comparado sobre o indivíduo psicopata e que fora existe a condenação certa para cada caso, um exemplo disso é a condenação perpétua com uma cela de isolamento, entendendo que o indivíduo não consegue de qualquer jeito viver em sociedade, claro que para os casos mais absurdos do distúrbio, serial killers e abusadores sexuais, no Brasil uma prisão perpétua seria algo distante a se pensar, com uma doutrina mais consolidada e também com o pouco caso a população carcerária, não teria local e nem saneamento.

3. DIREITO PENAL BRASILEIRO E CULPABILIDADE

3.1 Aspectos Legais

Na área criminal, o objeto de crime envolve o criminoso e a vítima. Com esse estudo explora-se a psicopatia dentro da criminologia, como uma psicologia criminal e psiquiatria criminal, sendo diferente uma da outra.

Por Sérgio S. Shecaira, que da sua ideia sobre criminologia,

Criminologia é um nome genérico designado a um grupo de temas estreitamente ligados: o estudo e a explicação da infração legal; os meios formais e informais de que a sociedade se utiliza para lidar com o crime e com atos desviantes; a natureza das posturas com que as vítimas desses crimes serão atendidas pela sociedade; e, por derradeiro, o enfoque sobre o autor desses fatos desviantes (SHECAIRA, 2004, p. 31).

A definição de criminologia, como qualquer entendimento se tem variações de ideia, Edwin H. Sutherland traz outra definição,

Criminologia é o conjunto de estudos sobre o crime como um fenômeno social. Inclui em seu escopo os processos de elaboração de leis, de quebra de leis e de reagir à quebra de leis. Certos atos

considerados indesejáveis são definidos pela sociedade política como crimes (SUTHERLAND, 1947, p.1).

Não há uma legislação específica para a psicopatia no Brasil, assim, constata-se que a justiça brasileira se esqueceu dos indivíduos acometidos pelo transtorno.

Os crimes mais propensos que um indivíduo com o transtorno de personalidade seriam o homicídio qualificado, quando tem a intenção de matar, o psicopata pode ter todos os problemas mentais possíveis, mas quando ele tem a intenção de matar, nada tira essa ideia dele, o crime previsto no art. 121 do Código penal, Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. (BRASIL, 1940, Art. 121).

Com a grande frieza e esperteza podemos dizer do indivíduo com o transtorno, se torna uma pessoa que consegue fácil manipular os outros, sendo sempre benéfico a ele, pois tenta alcançar seus objetivos, caindo assim no art. 171 do Código Penal,

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis. (Vide Lei nº 7.209, de 1984) (...)

(BRASIL, 1940, Art. 171)

Nas decisões judiciais no Brasil os indivíduos, são tidos como imputáveis, sofrendo a aplicação da pena privativa de liberdade, mas há a ideia de semi-imputabilidade pois o que vemos em jurisprudência e o pedido, mas nunca a aprovação do juízo a quo, por entender que o psicopata sabe do que se trata, sabe que é um crime o fato cometido, apenas não sente remorso.

Contradizendo assim o artigo 26 do Código Penal Brasileiro de 7 de dezembro de 1940,

Isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado era, no tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar de acordo com esse entendimento (BRASIL, 1940, Art. 26).

Antes se faz toda a análise para saber se o indivíduo é mesmo psicopata, após vem a análise criminal, e as sanções aplicadas (quando o sujeito cometer o crime previsto em lei).

Após as alterações da Lei de Anticrime (Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019) de acordo com o artigo 75 não poderá ultrapassar 40 anos de prisão, mas nenhuma prisão fará com que ajude um psicopata a se ressocializar, sendo assim um meio improvável.

As medidas de segurança, que seria uma sanção penal aplicada aos indivíduos doentes mentais ou com desenvolvimento mental afetado, buscando sempre a reintegração do indivíduo, sem o privar dentro de celas, mas sim o ajudando com tratamentos psiquiátricos ou a sujeição a tratamento ambulatorial, conforme art. 96 do Código Penal,

Art. 96. As medidas de segurança são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - Sujeição a tratamento ambulatorial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) Imposição da medida de segurança para inimizável (BRASIL, 1940, Art. 96).

Assim, conforme o art. 777 do código processual penal,

Em qualquer tempo, ainda durante o prazo mínimo de duração da medida de segurança, poderá o tribunal, câmara ou turma, a requerimento do Ministério Público ou do interessado, seu defensor ou curador, ordenar o exame, para a verificação da cessação da periculosidade. (BRASIL, 1941, Art.777)

Assim buscando analisar o nível de periculosidade que o carcerário possui, o objetivo em si e demonstrar as informações, é o análise ficar para o juiz responsável pelo processo, o transtorno como demonstrado não tem um tratamento consequentemente não curando em estadias de anos em um hospital psiquiátrico, com a tecnologia farmacêutica hoje em dia mais desenvolvida pode aparecer medicamento que retarda um pouco essa motivação de ser um psicopata brutal, que não consiga controlar sua ambição em importunar ou matar, isso e algo na cabeça do indivíduo não tem culpa de ter tamanha vontade de planejar um homicídio.

3.2 Culpabilidade

Com relação à culpabilidade, o texto de Cezar Roberto Bitencourt disserta,

Hodiernamente, a culpabilidade é vista como possibilidade de reprovar o autor de um fato punível porque, de acordo com os fatos, podia e devia agir de modo diferente. Sem culpabilidade não pode haver pena e sem dolo ou culpa não pode existir crime. Pelo exposto, a responsabilidade objetiva é insustentável no sistema penal brasileiro, que, certamente, encapou as ideias da responsabilidade penal subjetiva (BITENCOURT, 2011, p. 125).

Desse modo é necessário entender que o direito penal se coloca como protetor, porque no final o direito tem que ter a resposta a um crime cometido. A lei tem que prever, organizar e principalmente controlar, mas perante os psicopatas a justiça brasileira tarda em sua providência.

A classificação de semi-imputabilidade do indivíduo psicopata perante as leis se vê impossível, pelo simples fato do indivíduo saber o que está fazendo e também saber que o acometimento é um crime se for o caso (casos de homicídio, furto, ameaças etc.).

O psicopata, no direito penal brasileiro, se torna mais um criminoso comum em nossa sociedade, pois além de ser pouco compreendido, os critérios de prisão e reeducação são mal manejados.

3.3 Cumprimento De Pena Pelos Psicopatas

O homicídio praticado por psicopatas é julgado pelo Conselho de Sentença, órgão integrante do Tribunal do Júri, com isso a sentença sairá em conformidade com o conjunto probatório apresentado.

Após a prisão de um indivíduo psicopata cabe ao juiz da sentença a fixação do regime inicial da execução da pena aplicada, seguindo os seguintes critérios legais: quantidade da pena aplicada, natureza e reincidência (conforme art. 33, caput, do CP/40, combinado com o seu § 2º e alíneas).

Pela Justiça Brasileira, a sentença pode ocorrer de diferentes maneiras, se o juiz reconhecer que o indivíduo é imputável, sendo aquele que tem plena consciência de seus atos, assim punido como qualquer outro criminoso comum, ou semi-imputável, caso quase impossível de ocorrer, pelo pouco estudo doutrinário como base.

APELAÇÃO CRIMINAL AMEAÇA E VIAS DE FATO VIOLÊNCIA DOMÉSTICA ABSOLVIÇÃO - INVIÁVEL PROVAS SEGURAS PALAVRA DE VÍTIMAS E DE INFORMANTES PRETENDIDA EXCLUSÃO DA APLICAÇÃO DO ART. 98, DO CÓDIGO PENAL - IMPOSSIBILIDADE

INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL COM PRODUÇÃO DE LAUDO PSQUIÁTRICO, CORROBORADO POR LAUDO PSICODIAGNÓSTICO PARA FINS JUDICIAIS - CONCLUSÕES PERICIAIS QUE INDICAM ANOMALIA PSÍQUICA E RECOMENDAM AFASTAMENTO DO CONVÍVIO FAMILIAR, POR REPRESENTAR RISCO AOS FAMILIARES - REDUTORA DA SEMI-IMPUTABILIDADE DO ART. 26, PARÁGRAFO ÚNICO RECONHECIDA - MEDIDA DE SEGURANÇA ADEQUADAMENTE IMPOSTA - PEITO DE RECONHECIMENTO DE DETRAÇÃO PENAL E DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE INVIÁVEL MEDIDA DE SEGURANÇA QUE NÃO SE CONFUNDE COM PENA - INAPLICÁVEL A DETRAÇÃO PENAL 1. Provada a autoria e materialidade delitiva, inadmissível a absolvição. 2. O juízo acertadamente aplicou o redutor imposto pelo artigo 26, parágrafo único do CP, na dosimetria da pena do apelante. 2. Se os laudos periciais produzidos em incidente de insanidade mental atestam que o semi-imputável requer afastamento do convívio de familiares em seu tratamento psiquiátrico, porque apresenta risco à segurança deles, o juiz poderá converter a pena em medida de segurança de internação (CP, art. 98). 4. Medida de segurança é distinta de pena e como tal não se lhe aplica a detração penal nem é possível ocorrer a extinção da punibilidade considerando tal fato. [...]

(STJ - HC: 462893 MS 2018/0197852-1, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Publicação: DJ 21/11/2018)

O psicopata, mesmo com vários anos de prisão, não produz nenhum avanço no tratamento, já que é incapaz de aprender e internalizar valores e princípios, ou mesmo de se culpabilizar pelos próprios atos que o levaram à condenação.

Dizia o filósofo Michael Foucault em sua obra Vigiar e Punir,

Habitualmente se acredita que a prisão era uma espécie de depósitos de criminosos, depósitos cujos inconvenientes se teriam constatado por seu funcionamento, de tal forma que se teria dito ser necessário reformar as prisões, fazer delas um instrumento de transformação dos indivíduos. [...] . Desde 1820 se constata que a prisão, longe de transformar os criminosos em gente honesta, serve apenas para fabricar novos criminosos ou para afundá-los ainda mais na criminalidade. (FOUCAULT, 1979, p.131-132).

Tanto um indivíduo normal quanto o psicopata, após a sua prisão têm todos os efeitos de progressão de regime da pena ou de concessão de livramento condicional,

indulto e comutação de penas. Pensando assim, é claro que qualquer pessoa gostaria de terminar o cumprimento de pena no menor tempo possível, passando-se por um detento exemplar.

Para Alexandra Carvalho Lopes de Oliveira, quanto ao tratamento que é dispensado, conforme a legislação penal brasileira aos criminosos psicopatas,

Não serve como forma de punição aos psicopatas [...] uma vez que apresenta inteira indiferença aos institutos penalizadores diante da sua carência afetiva. E sem o adequado acompanhamento "brincarão" com o sistema carcerário, tendo em vista que poderão manipular a realidade apresentando bom comportamento para serem beneficiados com a progressão de regime, por exemplo, voltando mais rápido à convivência com a população (Oliveira, 2012, p. 2).

Para o Promotor de Justiça Marcellus Ugiette,

Um psicopata não tem a capacidade de arrependimento, ele não entende o que é errado e certo, sendo assim, ainda que este acabe cumprindo sua punição, não se demonstrará arrependimento do que fez. Deste modo, no momento em que for solto, o psicopata provavelmente voltará a realizar os mesmos crimes que o levou a ser preso (apud PASSOS, 2008, p. 6).

Para a Ministra Maria Thereza de Assis Moura a doutrina se encontra consolidada sobre a culpabilidade do psicopata,

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO E HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. ALEGAÇÃO DE VEREDICTO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. NÃO RECONHECIMENTO DA SEMI-IMPUTABILIDADE PELOS JURADOS. RÉU DIAGNOSTICADO COMO PSICOPATA. IRRELEVÂNCIA. EXISTÊNCIA DE LAUDO PSIQUIÁTRICO INDICANDO QUE O RÉU TINHA CAPACIDADES COGNITIVA E VOLITIVA PRESERVADAS. VEREDICTO DOS JURADOS AMPARADO EM PROVA CONSTANTE DOS AUTOS. VEREDICTO MANTIDO.

1. A doutrina da psiquiatria forense é uníssona no sentido de que, a despeito de padecer de um transtorno de personalidade, o psicopata é inteiramente capaz de entender o caráter ilícito de sua conduta (capacidade cognitiva).

2. Amparados em laudo psiquiátrico atestando que o réu possuía, ao tempo da infração, a capacidade de entendimento (capacidade cognitiva) e a capacidade de autodeterminar-se diante da situação (capacidade volitiva) preservadas, os jurados refutaram a tese de semi-imputabilidade, reconhecendo que o réu era imputável.

3. Não merece qualquer censura a sentença proferida pelo presidente do Tribunal do Júri que deixou de reduzir a reprimenda pela causa prevista no art. 26, parágrafo único, do Código Penal, se o soberano conselho de sentença não afastou a tese da semi-inimputabilidade do réu. Precedentes do TJDF.

4. Existindo duas teses contrárias e havendo plausibilidade na escolha de uma delas pelo Tribunal do Júri, não pode a Corte Estadual cassar a decisão do conselho de sentença para dizer que esta ou aquela é a melhor solução, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, CF).

(Documento: 73969483 - Despacho / Decisão Pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura - DJe: 28/06/2017, Superior Tribunal de Justiça)

Assim a discussão de inimputabilidade ou semi-imputabilidade já sabemos que não é válida com o estudo jurisdicional, mas também é algo certo de que o psicopata dentro de uma prisão se torna uma bomba relógio implantada pelo sistema judiciário, a solução teria que vir primeiramente com o reconhecimento do perigo dos psicopatas dentro das penitenciárias e depois o estudo de como poderiam ajudar o indivíduo com transtorno de personalidade.

4. A PSICOLOGIA À LUZ DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

4.1 Casos de Psicopatia no Brasil

Um dos casos mais famosos, conhecidos no Brasil, é o de João Acácio Pereira da Costa, o bandido da luz vermelha - foi assaltante, esturpador e um assassino em série, preso aos 24 anos de idade e condenado em 88 processos, sendo 77 roubos e 04 homicídios, conforme a reportagem *Há 20 anos, Bandido da Luz Vermelha era assassinado em SC* por Luiz Carlos Ferreira (2018).

Tinha a peculiaridade de entrar nas casas, descalço e com uma lanterna vermelha, para iluminar. Pela legislação do Brasil na época o prazo máximo da pena é de 30 anos de reclusão, logo foi solto ao cumpri-la, mas foi morto quatro meses depois por um homem que se defendeu numa tentativa de homicídio de João Acácio.

Outro caso, foi o de Febrônio Índio do Brasil, se denominava Filho de Luz e era conhecido por estuprar, matar e tatuar suas vítimas como um ritual de purificação, antes de se tornar um serial killer praticava crimes de personalidade psicopática como o suborno ou fraude, pelo fato de ser um indivíduo frio, uma grande personalidade presente nessas pessoas.

Na época que foi preso, em 1926, o psicopata foi internado por um certo tempo, mas depois solto pelo fato de não ter dinheiro para custear o transtorno, no próximo ano em 1927 foi preso novamente em uma prisão convencional, nesse momento de prisão abusou de companheiros de cela e foi solto por falta de provas.

Podemos ver que o psicopata não parava de comparecer nas delegacias, eles não sabiam o 'que fazer com o indivíduo, sempre entrava e saía de presídios, por último o judiciário o colocou em um Manicômio Judiciário do Rio de Janeiro, onde permaneceu até seu último dia de vida, mas o mal já tinha sido feito pelo psicopata, pessoas mortas por um problema que desde o começo podia ter sido acompanhado, pois as barbaridades que o indivíduo cometia era nas suas saídas da cadeia, e cada vez piorava os casos.

Na época o estudo dos psicopatas era mais precário que nos dias de hoje, ainda não temos muitas soluções para o problema, a não ser manicômios ou a prisão do indivíduo, por não ter nenhuma possibilidade de conviver em sociedade.

4.2 Exame Criminológico

A psicologia criminal fala da personalidade da pessoa, a forma de ser e tudo o que pode influenciar para a prática do crime, um estudo mais aprofundado, o que tem que ser visto muito cuidadosamente. Já, na psiquiatria criminal, seria o entendimento dos transtornos anormais, envolvendo doenças mentais, retardos mentais e esquizofrenias de ídolo psicóticas.

Conforme Odon Ramos Maranhão, há patente carência de psicose de qualquer tipo nesses indivíduos, bem como de manifestações neuróticas na conduta psicopata,

Não apresentam sinais de psicose de qualquer tipo. Seu pensamento é lógico e convincente. [...]. Expressam serenidade e bem-estar físico. Não se observam indícios de angústia ou ansiedade, fenômenos histéricos ou atos obsessivo compulsivos. Comunicam impressão de absoluta tranquilidade (MARANHÃO, 2008, p. 87).

Assim, nas penitenciárias com o psicopata já dentro dela, entra o exame criminológico, que é nada mais que uma perícia, onde busca descobrir como está a adaptação do preso ao seu regime para o cumprimento de pena, analisando se existe alguma probabilidade de voltar a fazer um crime e o bom comportamento.

Hewdy Lobo em seu artigo chamado *O que é Exame Criminológico* narra,

A Lei de Execução Penal – LEP (Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1.984) dispõem da seguinte maneira em seu Artigo 5º: Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal. Esta classificação é feita pela Comissão Técnica de Classificação, de acordo com o Artigo 6º da LEP : Art 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação (CTC), que elaborará o programa individualizador e acompanhará a execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, devendo propor, à autoridade competente, as progressões e regressões dos regimes, bem como as conversões. Para elaborar o projeto terapêutico individualizado, a CTC utiliza os resultados do exame criminológico, tendo em vista a reinserção social do condenado. Esta individualização da pena tem como princípio uma concepção humanista, para que o período carcerário não seja apenas punitivo e segregante.

Para Rodrigo Murad do Prado, em seu artigo para o portal jurídico Ciências Criminais,

O Superior Tribunal de Justiça sumulou o entendimento jurisprudencial acerca da admissão ou não do exame criminológico, rezando que tal será realizado por meio de decisão motivada e segundo as peculiaridades do caso. Vejamos a Súmula 439: *Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.* Conclui-se que para a determinação do exame criminológico, basta que o magistrado profira sua decisão fundamentadamente de acordo com a necessidade do caso e atendendo às peculiaridades do condenado sem perder de vista, o cunho psicossocial que tal exame será utilizado para, por fim, reinserir o examinado no seio social.

No psicopata o exame irá analisar amplamente se tem alguma capacidade para convivência social, quando feito antes da soltura ou progressão de regime sua análise deve ser minuciosa pois o judiciário vem pecando em algumas decisões por não entender muito bem o perigo desses indivíduos na sociedade.

Na associação dos magistrados Mineiros os delegados da Polícia Federal Hellan Wesley Soares e Marcos Teixeira (2009) debateram sobre o assunto, aonde narram o acontecimento do benefício dado ao apenado Admar de Jesus, assassinou seis jovens em quanto cumpria pena de pedofilia, apresentou bom comportamento carcerário, assim o

juiz decidiu pela sua soltura por ter o exame criminológico favorável, mas teria sido pedido pela promotoria um segundo exame criminológico, assim se revela o descaso do estado em não acompanhar bem seus presos, principalmente os acometidos com o transtorno de personalidade.

4.3 Possíveis Soluções

O principal seria o entendimento do judiciário em ver que os psicopatas podem ser um grande problema para a sociedade, assim entra a ampliação dos debates no meio legislativo acerca da psicopatia, para fins de obtenção de soluções eficazes e formulação de novas leis que vigoram diante da correta punição de réus psicopatas.

A busca de encontrar potenciais psicopatas desde cedo, como quando crianças apresentando características, ou a pessoa entender por ela mesmo que acha possível ter o transtorno de personalidade, assim procurando o estado para que haja o devido acompanhamento com profissionais especializados na área de psicopatia, onde a união faria a capacitação desses psicólogos, com cursos, utilizando de uma das modalidades da licitação, exemplo o concurso ou a concorrência.

A construção de estabelecimentos apropriados no Brasil para receber réus acometidos de psicopatia ou distúrbios mentais, que cometeram crimes de homicídio ou propensos a cometê-los, com base em apuradas investigações, pois sabemos que o psicopata vai ser preso de qualquer jeito em uma penitenciária no Brasil, por que não fazer uma própria? Nós temos os recursos possíveis para isso acontecer.

Caso não seja a escolha de uma penitenciária própria à disposição de uma penitenciária com alas separadas dos demais detentos seria uma ideia a se analisar, rigorosamente segura, a fim de evitar rebeliões e facilitar a gestão adequada desses detentos especiais. No entanto, pela realidade da superlotação que há nos presídios brasileiros atualmente, essa é uma ideia praticamente inconcebível.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Presente artigo demonstra um pouco sobre a psicopatia perante o direito penal brasileiro, demonstrou que a psicopatia não consiste em nenhuma doença mental, assim a imputabilidade do psicopata ao crime é certa, indivíduo sabe do crime que está cometendo, só não consegue controlar seus atos, mas o fato de sentenciar e punir deveria ser diverso, pois o indivíduo dentro de uma penitenciária se torna um grande problema.

O legislativo e judiciário se esqueceram do psicopata, o fazendo responder como um criminoso comum, os casos estão começando a aparecer mais e mais, e deviam seguir uma ideia externa como nos estados unidos, onde já existe um amplo estudo e precaução,

por enquanto nada é feito no Brasil, jogados dentro de um sistema prisional inflado e “péssimo”.

Ainda não se sabe o rumo que se deve tomar com os psicopatas, mas ao mostrar estudos e casos vemos que é sim um problema para a sociedade brasileira, um indivíduo com total descontrole perante seus atos não deve passar ileso pela nossa legislação e judiciário.

A ideia de cuidarmos desde cedo de um potencial psicopata para poder fazer a socialização é algo capaz de ser feito pelo estado, é para os psicopatas criminosos, celas separadas ou a criação de um penitenciária especializada em indivíduos com o transtorno de personalidade, concluindo que ainda falta muito para termos a ideia de segurança, isso faz refletir o que pode vir, se não impulsionarmos ideias e soluções e deixarmos esses indivíduos sem as devidas precauções e conseqüentemente mais pessoas sofrendo na mão deles.

6. REFERÊNCIAS

AMBIEL, Rodolfo Augusto Matteo. **Diagnóstico de psicopatia: a avaliação psicológica no âmbito judicial**. Psico-USF, [S.L.], v. 11, n. 2, p. 265-266, dez. 2006. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s1413-82712006000200015>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psuf/a/QH4kR3WwFssndQ7wT7qqBNy/?lang=pt>. Acesso em: 09 out. 2021.

Associação Americana de Psiquiatria. **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais: DSM-IV-TR. Consultoria e coordenação de Miguel R. Jorge**. 4. ed. Porto Alegre: Editora Aritmed, 2008. p. 656-658. Disponível em: http://www.clinicajorgejaber.com.br/2015/estudo_supervisionado/dsm.pdf. Acesso em: 28 out. 2021.

BANHA, Nathalia. **A resposta do Estado aos crimes cometidos por psicopatas**. 2008. 33 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Campus João Paulo do Valle Mendes, Belem. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5321. Acesso em: 25 out. 2021.

BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir? Teoria Geral da Pena**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/35042990/Tatiana_Viggiani_Bicudo_Por_Que_Punir_teorias_gerais_da_pena. Acesso em: 30 out. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 125 e 781 – 782. Disponível em:

<https://biblioteca.isced.ac.mz/bitstream/123456789/756/1/Tratado%20de%20Direito%20Penal%20%20Parte%20geral%20%20%20Cezar%20Roberto%20Bitencourt.pdf>. Acesso em: 25 out. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei 2848/40 Institui o Código Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 17 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática nº 1.533.802 - TO (2015/0123231-4). RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS. RECORRENTE: DIEGO MARADONA DOS SANTOS SILVA. Relator: RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Brasília, DF, 22 de junho de 2017. **Superior Tribunal de Justiça Stj - Recurso Especial: Resp 5004417-64.2012.8.27.0000 To 2015/0123231-4 - Decisão Monocrática**. Brasília: Jusbrasil. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/473179740/recurso-especial-resp-1533802-to-2015-0123231-4/decisao-monocratica-473179756>. Acesso em: 15 out. 2021.

DUARTE, Tatiane Borges. **Psicopatia Versus o Sistema Penal Brasileiro: Como Enfrentá-la?**. 2018. 53 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018.

EMILIO, Caroline Souza. **Psicopatas Homicidas e as Sanções Penais a Eles Aplicadas na Atual Justiça Brasileira**. 2018. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/caroline_emilio.pdf. Acesso em: 02 out. 2021.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e Punir: O Nascimento da Prisão**. Tradução Raquel Ramalheite 35ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2008. Disponível em: <http://revistacientifica.pm.mt.gov.br/ojs/index.php/semanal/article/view/262>. Acesso em: 15 out. 2021.

HAUCK FILHO, Nelson. **Teoria e avaliação da personalidade psicopática: construção e evidências de validade de um instrumento de autorrelato para uso na população geral**. 2013. 150 f. Tese (Doutorado) - Curso de Psicologia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/122290/000895738.pdf;sequence=1>. Acesso em: 27 out. 2021.

HEYM, Nadja. **Five things you didn't know about psychopaths**. The Conversation, [S.L.], v. 1, n. 1, p. 1-1, out. 2018. Disponível em: <https://theconversation.com/five-things-you-didnt-know-about-psychopaths-103865>. Acesso em: 10 out. 2021.

LOBO, Hewdy. **O que é Exame Criminológico?** Jusbrasil, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 1-1, nov. 2017. Disponível em: <https://lobo.jusbrasil.com.br/artigos/532767774/o-que-e-exame-criminologico>. Acesso em: 10 out. 2021.

LYKKEN, D. T. **A study of anxiety in the sociopathic personality.** 1957. The Journal of Abnormal and Social Psychology, 55(1), 6–10. Disponível em: <https://doi.org/10.1037/h0047232>. Acesso em: 26 out. 2021.

MALVA, Pamela. TATUADOR E ASSASSINO EM SÉRIE: O INSANO CASO DE FEBRÔNIO ÍNDIO DO BRASIL. **Aventuras na História**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 1-1, 14 jan. 2021. Disponível em: <https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/tatuador-e-assassino-em-serie-o-insano-caso-de-febronio-indio-do-brasil.phtml>. Acesso em: 18 out. 2021.

MARANHÃO, Odon Ramos. **Psicologia do Crime**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87.

MINAS GERAIS. ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS MINEIROS. **Exame criminológico pode ser obrigatório para presos com sinais de psicopatia.** Jusbrasil, [S.L.], v. 1, n. 1, p. 1-1, nov. 2009. Disponível em: <https://amagis.jusbrasil.com.br/noticias/2156020/exame-criminologico-pode-ser-obrigatorio-para-presos-com-sinais-de-psicopatia>. Acesso em: 27 out. 2021.

NOVAES, Iago Vinicius Russi. Falando Sobre a Criminologia. **Jusbrasil**, Dois Vizinhos, v. 1, n. 1, p. 1-1, nov. 2019. Semanal. Disponível em: <https://iago010.jusbrasil.com.br/artigos/636189106/falando-sobre-a-criminologia>. Acesso em: 13 out. 2021.

OLIVEIRA, Priscyla. **Direito comparado e a punibilidade do psicopata homicida.** 2015. 15 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Estadual do Maranhão, [S.L.], 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44929/direito-comparado-e-a-punibilidade-do-psicopata-homicida>. Acesso em: 27 out. 2021.

Organização Mundial da Saúde. **Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10: Descrições Clínicas e Diretrizes Diagnósticos.** Tradução de Dorgival Caetano. Porto Alegre: Editora Aritmed, 1993. p. 199-200.

PASSOS, Beatriz Fernandes. A figura do psicopata no ordenamento judiciário brasileiro. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 11 jun 2019. p. 6. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53038/a-figura-do-psicopata-no-ordenamento-judiciario-brasileiro>. Acesso em: 15 out. 2021.

PRADO, Ana Carolina. Entenda melhor como funciona o cérebro de um psicopata. Super Interessante, [S.L.], v. 1, n. 1, p. 1-1, 21 dez. 2016. Disponível em:

<https://super.abril.com.br/blog/como-pessoas-funcionam/entenda-melhor-como-funciona-o-cerebro-de-um-psicopata/>. Acesso em: 27 out. 2021.

RABELO, Ingrid Freire Ferraz. **Atraso brasileiro no julgamento dos criminosos psicopatas diante de outros países**. 2020. 1 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Educação Superior da Paraíba, Cabedelo, 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/82200/atraso-brasileiro-no-julgamento-dos-criminosos-psicopatas-diante-de-outros-paises>. Acesso em: 19 out. 2021.

RAMIREZ, Gonzalo. **Psicopatia: o que é e como identificar um psicopata**. Tua Saúde, [S.L.], v. 1, n. 1, p. 1-1, set. 2021. Disponível em: <https://www.tuasaude.com/como-reconhecer-um-psicopata/>. Acesso em: 18 out. 2021.

SAMOSA, Aline. O Psicopata Homicida perante o Direito Penal. 5. **Jusbrasil**, Rio Branco, v. 1, n. 1, p. 1-1, set. 2021. Disponível em: <https://linesamosa9041.jusbrasil.com.br/artigos/1256962825/o-psicopata-homicida-perante-o-direito-penal>. Acesso em: 15 out. 2021.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p. 129.

SZKLARZ, Eduardo. **E se...fosse possível prever os crimes dos psicopatas?** **SUPERINTERESSANTE**: Mentes psicopatas, São Paulo, n.º 267, p. 21, 2009.

SZKLARZ, Eduardo. O psicopata na justiça brasileira. Super Interessante, [S.L.], v. 1, n. 1, p. 1-1, out. 2016. Disponível em: <https://super.abril.com.br/comportamento/o-psicopata-na-justica-brasileira/>. Acesso em: 27 out. 2021.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E CONTRA A MULHER: EFEITOS E PERSPECTIVAS DAS LEIS DIANTE DA PANDEMIA DE *COVID-19*

JÉSSICA DA SILVA IWATA:
Bacharelada em Direito pelo
Centro Universitário FAMETRO.

RESUMO: O enfrentamento à violência doméstica e contra a mulher sob a ótica das legislações é um assunto de interesse público. Dessa forma, acerca das considerações sobre o tema "Violência Doméstica e Contra a Mulher: Efeitos e perspectivas das leis diante da pandemia de *covid-19*, o presente artigo tem como objetivo geral, analisar as legislações de apoio a violência contra a mulher e sua efetividade em um cenário de pandemia de *covid-19*. Dessa forma, através da metodologia de revisão da literatura, o desenvolvimento está dividido em três seções que foram extraídas a partir dos objetivos específicos, que citam: Apresentar as legislações de enfrentamento da violência contra a mulher; Mostrar o cenário de violência contra a mulher no Brasil, e Avaliar os efeitos e perspectivas das leis no enfrentamento a violência contra a mulher. Para tal desenvolvimento, utilizou-se como referências para o emaranhado de teorias sobre o assunto, a seleção de leis tais como: Lei 11.340/2006, Constituição de 1988 e a Lei 14.022/20, assim como autores. Contudo, tal desenvolvimento mostrou que as legislações são relevantes para o período de pandemia, uma vez que se detectou aumento da violência doméstica. Portanto, percebe-se que é de grande importância a manutenção das leis e o acesso a denúncias para o cumprimento das medidas legais.

PALAVRAS-CHAVE: Alimentos. Pandemia. Prisão. Regime Fechado. Leis.

ABSTRACT: Combating domestic and violence against women from the perspective of legislation is a matter of public interest. Thus, on the considerations on the topic "Domestic Violence and Against Women: Effects and perspectives of laws on the covid-19 pandemic, this article aims to analyze the legislation in support of violence against women and their effectiveness in a covid-19 pandemic scenario. Thus, through the literature review methodology, the development is divided into three sections that were extracted from the specific objectives, which mention: Presenting the legislation to combat violence against women; Show the scenario of violence against women in Brazil, and Evaluate the effects and perspectives of laws in confronting violence against women. For such development, it was used as references for the tangle of theories on the subject, the selection of laws such as: Law 11.340/2006, Constitution of 1988 and Law 14.022/20, as well as authors. However, this development showed that the legislation is relevant for the pandemic period, since an increase in domestic violence was detected. Therefore, it is of great importance to maintain the laws and access to complaints in order to comply with legal measures.

KEYWORDS: Food. Pandemic. Prison. Closed Regime. Laws

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 LEIS DE ENFRENTAMENTO DA VIOLENCIA DOMÉSTICA E A MULHER. 1.1 O USO DE MEDIDAS JUDICIAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA DE COVID-19. 2 A VIOLENCIA DOMÉSTICA E CONTRA A MULHER NO BRASIL. 2.1 MAPA DA VIOLENCIA CONTRA A MULHER NA PANDEMIA DE COVID-19. 3 EFEITOS DAS LEGISLAÇÕES ATUAIS NO ENFRENTAMENTO A VIOLENCIA CONTRA A MULHER NA PANDEMIA DE COVID-19. 3.1 CANAIS DE COMUNICAÇÕES DE APOIO AO COMBATE A VIOLENCIA. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como propósito apresentar algumas considerações acerca da temática Violência doméstica e contra a mulher: Efeitos e perspectivas das leis diante da pandemia de *covid-19*. Para tanto, o objetivo geral está embasado em analisar as legislações de apoio a violência contra a mulher e sua efetividade em um cenário de pandemia de *covid-19*, tendo como princípio um emaranhado de teorias argumentadas entre dispositivos legais e autores com obras sobre a temática objeto deste estudo, que buscam além de analisar as leis, tem-se também a intenção de compreender os desafios e impactos das mudanças legais decorrente da pandemia de *covid-19* na vida das pessoas como um todo.

O interesse em se pesquisar sobre o tema, objeto desta pesquisa, fundamentou-se em perceber a vulnerabilidade da mulher no ambiente doméstico em relação a violência praticadas nestes ambientes. Dessa forma, inúmeros desafios que se colocam sobre as legislações de enfrentamento contra a violência doméstica e a mulher. Justifica-se então o interesse em se pesquisar a relação das legislações de enfrentamento a violência desta natureza, tomando como referência, primeiramente, a compreensão das leis desenvolvidas para esta ferida social, assim como buscar conhecer a violência contra a mulher e assim refletir sobre os efeitos legais em um cenário de pandemia de *covid-19*. Dessa forma, ao compreender essa relação de lei e violência, buscou-se identificar quais os principais acessos de comunicação para de fato, efetivar o cumprimento das atribuições legais diante de um cenário de isolamento social.

Através do isolamento social, e de todo o contexto de incertezas econômicas, os casos de violência dessa natureza tenderam a aumentar. Para tanto, se torna relevante entender que a atualização e adequação das leis e medidas da justiça devem estar em sintonia com os anseios sociais. Dessa forma, as leis vigentes para serem aplicadas, devem haver a viabilidade de denúncias pelas vítimas, e no contexto de pandemia de *covid-19*, onde muitos serviços públicos foram reduzidos, estimou-se que casos de violência sofrida por vítimas em ambiente doméstico, fossem aumentar e sem haver punições. Então, buscou problematizar e buscar responder a seguinte questão: **Como as leis e medidas judiciais podem contribuir para a resolução e punições de violência contra a mulher na pandemia de *covid-19*?**

A presente pesquisa é de natureza bibliográfica cuja trajetória metodológica a ser desenvolvida, baseia-se nas leituras exploratórias seletiva do material de pesquisa, criando um corpo de literatura compreensível para o tema objeto da pesquisa. Considerando o teor recente do tema e sua reduzida abordagem, constata-se que o distanciamento social contribuiu para o agravamento de um problema social já existente na sociedade brasileira. Utilizando-se a classificação de Marconi e Lakatos (2003) tem-se que o método de abordagem a ser adotado será o dedutivo, que tem como definição clássica ser aquele que parte do geral para alcançar o particular, ou seja, extrai o conhecimento. Para tal alcance, o levantamento foi realizado através de artigos, livros, teses e pesquisas em fontes digitais, sustentada nos objetivos e também da hipótese, que demonstram a evolução temporais das leis da violência doméstica e contra a mulher, assim como, estabelecer um conceito compreensivo acerca dos efeitos legais durante a pandemia de *covid-19*.

O desenvolvimento desta pesquisa será dividido em três seções, que estão diretamente relacionados aos objetivos específicos, sendo a primeira referente a Apresentar as legislações de enfrentamento da violência contra a mulher; a segunda centralizada em Mostrar o cenário de violência contra a mulher no Brasil; e a última será Avaliar os efeitos e perspectivas das leis no enfrentamento a violência contra a mulher.

1 LEIS DE ENFRENTAMENTO DA VIOLENCIA DOMÉSTICA E A MULHER

Ao contextualizar um breve panorama histórico sobre assuntos legais relacionados à mulher. Barsted (2012) cita brevemente, o primeiro código civil do Brasil de 1916, que vigorou a partir de 1917, que apontava para um modelo de um direito maior para os homens e menor às mulheres. Essa concepção durou muito tempo e influenciou de forma relevante a cultura comportamental nessas relações e estabeleceu limitações, colocando a figura da mulher de submissa aos homens.

Com a Constituição 1988, no art. 226, a concepção de direitos entre homens e mulheres começou a ser equilibrado, onde o Estado deve propor a garantia de assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para evitar a violência (BRASIL, 1988). Passando por influências dadas pelo primeiro código civil de 1917, a constituição federal de 88 trouxe o lema de direitos iguais a todos.

Conforme reforça Couto (2016), no resalto sobre a busca de melhores direitos, onde após a constituição de 88, frisa-se a lei nº 9.099/95, estabelecendo crimes de natureza de violência contra a mulher e também a criação das delegacias de defesa da mulher. Nesta mesma linha temporal, posteriormente surgiu a Lei nº 10455/02, responsável por criar a previsão de afastamento do companheiro agressor. Assim como também, a Lei nº 10714/03, que criou um disque-denúncia. A Lei nº 10778/03, prevendo a

obrigatoriedade de notificação, pelos serviços de saúde públicos e privados. A Lei nº 10886/04, que criou o parágrafo relativo à violência doméstica no art. 129 do CP.

Contudo, estas legislações possuíam espaços para melhorias legais, que só puderam de fato, se tornarem relevantes, após lutas por políticas públicas. Nesse sentido, Barsted (2012) explica que, em prol das lutas pelos direitos de proteção à mulher, a Lei nº 11.340/2006, conhecida como a Lei Maria da Penha, sendo o maior destaque no âmbito legal, que teve forte mobilização, incentivada também pelo crescimento da violência contra as mulheres.

No Brasil, os anos 2000, foram marcados por inúmeros debates sobre esse tema. Ainda de acordo com Basterd (2012), com a criação da Lei nº 11.340/2006, o propósito central da lei está balizado sobre a prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher, assim como uso de medidas para coibir através de um texto mais duro, com intuito de garantir a efetivação da lei, utilizando-se novas estratégias para o enfrentamento da violência desta natureza.

A violência tratada na **Lei nº 11.340-06** é a classificada como “doméstica e familiar”, conforme explicitado no incisos I a III do Art. 5º:

Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação (BRASIL, 2006).

Couto (2016) em referência a mesma lei, reforça que, no art. 3º, é enfatizado sobre o dever governamental de dar condições para que as mulheres tenham acesso a seus direitos: “à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária”. Garantindo também, a elas, condições indispensáveis para a exercer tais direitos.

Para tanto, é possível compreender que a característica da Lei Maria da Penha, trata de mulheres em situação de violência, com teor punitivos, protetivos e de assistência,

favorecendo a criação de outras leis de apoio. Como exemplo, a Lei do Minuto Seguinte, que dispõe acerca da assistência obrigatória e completa de situação de caráter sexual. A lei nº 12.845/2013, conhecida como a lei do Minuto seguinte, destaca no Art. 3º e incisos o seguinte:

O atendimento imediato, obrigatório em todos os hospitais integrantes da rede do SUS, compreende os seguintes serviços: I - diagnóstico e tratamento das lesões físicas no aparelho genital e nas demais áreas afetadas; II - amparo médico, psicológico e social imediatos; III - facilitação do registro da ocorrência e encaminhamento ao órgão de medicina legal e às delegacias especializadas com informações que possam ser úteis à identificação do agressor e à comprovação da violência sexual; IV - profilaxia da gravidez; V - profilaxia das Doenças Sexualmente Transmissíveis - DST; VI - coleta de material para realização do exame de HIV para posterior acompanhamento e terapia; VII - fornecimento de informações às vítimas sobre os direitos legais e sobre todos os serviços sanitários disponíveis (BRASIL, 2013).

A lei do minuto seguinte tem como base, oferecer assistência às vítimas de violência sexual, através de atendimento imediato e integral. Desse modo, Rosa (2019), explica que esta lei tem o objetivo de tornar obrigatório e completo de atendimento no âmbito: médico, psicológico, exames e informações sobre direitos e garantias legais.

É importante destacar que, antes da Lei do Minuto Seguinte ser aprovada, Rosa (2019) cita que o número de pessoas vítimas de violência sexual já era alarmante. CNJ (2020), reforça que após a lei, no ano de 2015, haviam 67.215 processos no judiciário com ação de estupro. Já em 2016, o haviam em torno de 71.297 e, em 2017, haviam 83.827, revelando aumento crescente na curva de dados dessa violência.

Continuando, destaca-se também a Lei Joana Maranhão nº 12.650/2012 que alterou os prazos de prescrição de crimes sobre abusos sexuais de crianças e adolescentes, conforme explícito no Art. 1º e incisos:

O art. 111 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso V: nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal." (NR) (BRASIL, 2012).

Pode se entender que a referida lei atende as diretrizes estabelecidas pela constituição federal de 1988, através do art. 227, §4º, da Constituição Federal de 1988, estabelece que a lei punirá com seriedade casos de abuso, de violência e de quaisquer crimes sexuais da criança e do adolescente (BRASIL, 2012).

Por fim, ao trilhar sobre o panorama das leis de proteção de violência doméstica, se alcança a lei do feminicídio, representada pela lei nº 13.104/15, que muda o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848-1940 do CP, estabelecendo o feminicídio como conjuntura qualificadora de homicídio, conforme demonstrado no art. 1º da Lei nº 8.072-90, que inclui em crimes desta natureza, a categoria de crimes hediondos (BRASIL, 2015).

Diante das legislações trazidas, a justiça brasileira se ampara nelas para as medidas jurídicas. Sobretudo, a partir da criação da Lei Maria da Penha, a luta contra a violência à mulher ganhou relevância social e necessária diante do mapa de violência no Brasil que se caracterizava como preocupante. Para tanto, com a pandemia de *Covid-19*, mediante ao isolamento social esse mapa de violência se agravou com o aumento dos casos, e com as restrições de inúmeros serviços, a justiça determinou o adotamento de medidas que permitem o andamento dos casos, levando ao Estado a desenvolver medidas de apoio, sem quaisquer interrupções.

1.1 O USO DE MEDIDAS JUDICIAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA DE COVID-19

Segundo CNJ (2021), em 2020 foi um ano de grandes transtornos sociais, e para as mulheres, houve aumento da violência doméstica, tornando-as ainda mais vulneráveis. Em meio aos transtornos, os poderes governamentais desenvolveram durante a pandemia, medidas alternativas de apoio, tais como: criação de leis, medidas, mantendo serviços e criação de canais de atendimento. Esse conjunto de medidas tem o intuito de potencializar a efetividade das denúncias, fazer cumprir as leis vigentes e dar operacionalidade aos órgãos, para assim, apoiar as vítimas. No que tange a violência doméstica no contexto de pandemia no Brasil, o governo brasileiro registrou aumento de registros na comparação de 2019 com 2020.

O intuito destas medidas é dar prosseguimento no registros mesmo na pandemia. De acordo com Barbosa e Valverde (2021), estas medidas tem como necessidade, dar forte operação aos órgãos e serviços públicos com a finalidade de não paralisar as atividades de auxílio às vítimas de violência durante a pandemia, onde Estado criou diversos serviços e intensificou o uso do disque 100 e 180 como apoio. Assim como, intensificação de campanhas, criações de aplicativos e acesso a portais para denúncias de violência, com intuito de fortalecer a vítima de violência a denunciar.

Ao se falar destes auxílios citados anteriormente, o Ministério da Mulher (2021), destaca que com isolamento social, a vítima estaria mais tempo com o agressor, inclusive

tendo dificuldade de fazer denúncias. Contudo, neste cenário, quando o isolamento social iniciava em 2020, o canal 180, recebeu cerca de 40% a mais de denúncias de violência contra a mulher antes do início da pandemia.

Contudo, o CNJ (2021) reforça esse cenário apresentando dados mais recentes sobre processos de violência doméstica e de feminicídio no Brasil, demonstrando que a Justiça não parou suas atividades. O número de casos novos envolvendo assassinato de mulheres em 2020 foi de 39% maior que em 2019, e os processos se mantiveram contínuos, sem paralização.

Como um reforço no combate a violência contra a mulher na pandemia, foi sancionada a Lei nº 14.022/20, onde através do Art. 1º, dispõe do seguinte texto:

Dispõe sobre medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher e de enfrentamento à violência contra crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência durante a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019". (BRASIL, 2020).

Um ponto relevante da criação da lei adequada para o período de pandemia, é que ela obriga a agilidade ao atendimento, principalmente naquelas demandas de maior risco a violência, em caráter de urgência, conforme descrito no Art. 5º e incisos I e II:

Enquanto perdurar o estado de emergência de saúde internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019: I - os prazos processuais, a apreciação de matérias, o atendimento às partes e a concessão de medidas protetivas que tenham relação com atos de violência doméstica e familiar cometidos contra mulheres, crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência serão mantidos, sem suspensão; II - o registro da ocorrência de violência doméstica e familiar contra a mulher e de crimes cometidos contra criança, adolescente, pessoa idosa ou pessoa com deficiência poderá ser realizado por meio eletrônico ou por meio de número de telefone de emergência designado para tal fim pelos órgãos de segurança pública (BRASIL, 2020)

Para Andrade e Souza (2021), um ponto importante centralizado no âmbito desta lei promulgada na pandemia, é que ela dar a agilidade ao atendimento, à mulheres vulneráveis, criando uma série de prioridades, fortalecendo inclusive, indiretamente,

criação de campanhas. No entanto, permitiu o fortalecimento de canais de comunicação facilitados para atendimento, seja por telefones ou meios tecnológicos. Ou seja, as medidas protetivas de urgência poderão ser solicitadas por meio destes atendimentos, levando ao andamento das medidas protetivas legais.

As medidas judiciais são conduzidas pelas diretrizes legais vigentes. Conforme explicam Andrade e Souza (2021), enfatizando como exemplo, a Lei Maria da Penha. Entretanto, embora a Lei tenha trazido muitos avanços sobre aspectos de violência doméstica, e com isolamento social decorrente da pandemia do covid-19, fez aumentar os registros de casos de violência, e como um reforço legal, foi sancionada a Lei 14.022/2020, que gerou um auxílio a vítima e fortalece o conjunto de medidas legais.

Ressalta-se então que, que através da nova lei 14.022/2020, criada para o cenário de pandemia, tendo como propósito de dar agilidade ao atendimento, dando apoio as vítimas em situação de vulnerabilidade, permitindo ao Estado, oferecer condições de apoio imediato, promovendo medidas que envolve órgãos e mecanismos legais. Onde essas medidas se amparam pelas Leis: 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), 13.104/15 (Lei do Feminicídio), Lei nº 12.650/2012, (Lei Joanna Maranhão) e quaisquer medidas legais vigentes adequados para os casos de crimes de natureza doméstica e a mulher.

2 A VIOLENCIA DOMÉSTICA E CONTRA A MULHER NO BRASIL

É importante destacar que violência contra a mulher, violência de gênero e violência doméstica possuem aspectos diferentes. De acordo com Couto (2016), esses aspectos as seguintes distinções, onde primeiramente a violência contra a mulher contempla todo tipo de agressão contra pessoas do sexo feminino. Já a violência de gênero, se refere à violência sofrida pelo motivo de ser mulher. No caso de violência doméstica, se caracteriza quando a violência é sofrida em um ambiente doméstico.

Contudo, o presente artigo tem como embasamento central, abordar a violência doméstica e contra a mulher, excluindo o caráter de gênero. Dessa forma, Madeira, Furtado e Dill (2021, p.17), revela que:

no Brasil, cerca de um terço (29%) das vítimas de violência nunca denunciam seus agressores, enquanto menos de um terço (24%) só faz a denúncia após a terceira agressão. Só um pouco mais de um terço (36%) das mulheres vítimas denunciam na primeira agressão. As vítimas da violência tendem a sair de casa após as denúncias (67). No entanto, das vítimas que ficam (32%), 18% continuam a ser agredidas, muitas raramente (40%) e algumas diariamente (20%).

De acordo com Guimaraes e Pedrosa (2015) *apud* Waiselfisz, (2012), em relação ao número de homicídios femininos, o Brasil se coloca na 7º posição, em uma relação de 84 países. Os autores se baseiam em uma das principais pesquisas sobre o tema, que foi desenvolvida pela Fundação Perseu Abramo, que utilizou parâmetro entre os anos de 1980 e 2010, demonstrando que houve um aumento 47,5% em assassinatos em comparação com a década de 2000. No entanto, a pesquisa também mostrou que cerca de 68,8% desses homicídios ocorreram em ambiente doméstico.

Sobre outro parâmetro, Barbosa e Valverde (2020) relatam que, ao se basear pela Fundação Perseu Abramo, que em 2001, foi mostrado que 43% já haviam sido acometida por algum tipo de violência, sendo em 70% por parceiros. Já Madeira, Furtado e Dill (2021), relatam que entre 2007 a 2017, o cenário foi grave, onde o número de homicídios de mulheres cresceu na década de 2000, resultando, em 2017, num aumento de 30,7% em comparação com o ano de 2007.

Guimaraes e Pedroza (2015), contribuem ao dizer que, no Brasil, segundo as pesquisas citadas anteriormente, revelam a gravidade das violências sofridas pelas mulheres, onde 43% delas sofreram com algum tipo de violência sexista, e pior, cerca de 70% atureza conjugal, dessa forma é possível alertar que a cada 15 segundos uma mulher é acometida com algum tipo de violência no Brasil.

Os tipos de agressões sofridas pela mulher no âmbito doméstico, são diversas, mas guardam entre si semelhanças, que estão atreladas a modalidade física, psicológica e, ou sexual, ocorrendo, assim, o a privação de sua autonomia, através de atos que gerem desumanização, tornando-a objeto do qual o violentador usa para demonstrar superioridade (COUTO, 2016).

Ao tentar demonstrar esse contexto novamente em números, Barsted (2012) revela que no Brasil, em 2009, do total de pessoas agredidas na própria residência 43,1% eram mulheres, e cerca de 25,9% foram agredidas por parceiros, e 11,3% por parentes próximos. Especificamente em relação à ocorrência de homicídios, cerca de 24,8% desses eventos ocorreram em ambiente domésticos. Esse cenário, dão visibilidade à existência de um padrão da violência contra as mulheres, deixando clara a importância de medidas severas e leis como a Maria da Penha.

Não se pretende aqui, se estender sobre o dados históricos da violência doméstica contra a mulher, mas sim fazer um recorte de dados estatísticos que demonstrem um contexto compreensivo sobre este tipo de violência no Brasil, tendo como foco principal, contribuir para o fortalecimento de uma ótica dos direitos das mulheres e sua proteção.

2.1 MAPA DA VIOLENCIA CONTRA A MULHER NA PANDEMIA DE *COVID-19*

Diante dos alarmantes dados sobre violência doméstica e contra a mulher apresentados, o isolamento social provocado pela pandemia de *covid-19* parece ter aumentado os casos que já eram graves. Nesse sentido Mendes e Silva (2020) explicam que em contexto de confinamento, são crescentes as o stress ocasionado pelo isolamento social, onde a irritabilidade estresses, causam comportamento de medos e preocupações, assim como as dificuldades econômicas que geram comportamentos agressivos em alguns casos.

Relatório divulgado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo avaliou o número de prisão por descumprimento de medida protetiva. Logo, verificou-se o crescimento de 51,4%, dada a hipótese que esse crescimento se deu por conta da pandemia de *covid-19*. No entanto, em ação a este cenário, houveram campanhas de apoio. Nesse sentido, ao considerar um período específico da pandemia, considerando entre 1º e 18 de abril de 2020, houve um crescimento de 161,71% de denúncias em comparação com o ano anterior que não teve pandemia (FBSP, 2020).

Diante destas perspectivas de rotina e comportamento, percebe-se aumento de casos de violência doméstica. De acordo com G1 (2021), através do monitor de violência, é informado que a cada hora, 45 medidas protetivas foram solicitadas em 2021. Números revelam que pedidos ocasionados decorrentes de violência doméstica caíram no início da pandemia, mas voltaram muito mais depois. As vítimas relatam que maior tempo na residência com os agressores potencializam os casos a aumentarem.

Em situação de normalidade, esse panorama já revela a seriedade. Com a pandemia, tem-se apontado aumento nos casos de violência dessa natureza. Dentro deste panorama, Madeira, Furtado e Dill (2021) *apud* Antunes *et al*, (2020) relatam que, diante dos dados do governo através do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, indicam que as denúncias feitas ao Ligue 180 aumentaram 14%, no início da pandemia e 37,6% apenas alguns meses depois.

De acordo com do FBSP (2020), na pandemia de *COVID-19*, houve um crescimento no número de feminicídios, apontando que nos 12 estados analisados o aumento foi de 22,2% de 2019 em comparação com março/abril de 2020. No Acre o aumento alcançou 300%. No Maranhão o aumento foi de 166,7%. No Mato Grosso, foi de 150%. Todas as comparações se dão no ano de 2019 com março e abril de 2020..

De acordo com G1 (2021), no primeiro semestre de 2021, este portal de notícias revelou que no período da segunda onda da pandemia, cerca de 152 mil medidas protetivas foram registradas. Ou seja, aproximadamente uma medida protetiva a cada dois minutos no Brasil, e no primeiro semestre do mesmo ano, o aumento aconteceu em 19 estados.

Por fim, considera-se o mapa da violência doméstica e a mulher no Brasil apresenta números altos, e com o isolamento social, esses números aumentaram ainda mais. Para tanto, as medidas legais com o passar do tempo, vão se aprimorando, viabilizando a recebimento de denúncias, assim como o incentivo em fazer as próprias denúncias. Contudo, o Estado percebeu a gravidade do mapa da violência, principalmente durante a pandemia, demonstrando que é de grande relevância haver medidas e leis, uma vez que através de levantamentos e pesquisas, este é um cenário que necessita de forte atenção, uma vez que a mulher necessita de apoio quanto ao afastamento do agressor, assim como fazer denúncias efetivas, conforme serão melhor analisadas na seção seguinte.

3 EFEITOS DAS LEGISLAÇÕES ATUAIS NO ENFRENTAMENTO A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NA PANDEMIA DE *COVID-19*.

Ao se tratar sobre os efeitos legais, é importante frisar que as legislações de apoio são praticamente as mesmas antes da pandemia. O que se mostra neste discurso é tornar efetivo as medidas diante de um cenário que restringiu serviços e potencializou o isolamento social. Neste contexto, com maior tempo com agressores, a violência sofrida pelas mulheres aumentou no caráter físico, psicológico, sexual.

Nesse sentido, como efeito legal, com a pandemia, foi criado especificamente a Lei 14.022/2020, permitindo durante crise sanitária, que prazos processuais, a apreciação de matérias, o atendimento, medidas de proteção, e quaisquer assuntos relacionados a violência contra a mulher deverão ser mantidos sem paralização (DIREITOS NA PANDEMIA, 2020). A lei viabiliza as medidas de forma célere, sem interrupção e com total apoio ao combate a violência doméstica.

O enfrentamento da violência doméstica é urgente, em especial em tempos de pandemia. De acordo com FSPB (2020), a elaboração de leis que visam a ampliação dos meios para que a vítima busque proteção é relevante. No ano de 2020 já com o início da pandemia, através de dados coletados pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, verificou-se aumento de prisão, medidas protetivas, decorrente de violência doméstica, com a hipótese do isolamento social.

Com os cuidados sanitários ocasionando o isolamento social, gerada pela pandemia, gerou um cenário facilitado para uma grande variedade de violações e ameaças aos direitos humanos. Segundo Direitos na Pandemia (2020, p.13);

Para fazer frente a essa situação foi publicada no mês de julho de 2020 a Lei 14.022/2020, que dispõe sobre medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher e de enfrentamento à violência contra crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência durante a emergência de saúde pública em razão do

coronavirus.

Baggenstoss, Li e Bordon (2020), ao se referir em dados divulgados pelo Ministério da Mulher, verificou que houve um aumento de 9% no número de denúncias no início da pandemia, que ocasionou em medidas em séries, onde entre elas, as recomendações dos centros de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres situada em nas cidades brasileiras, com a mobilização de campanhas de incentivo à denúncia, criação de plataformas e canais de comunicação.

A referida lei, não atacou o problema da violência contra a mulher, em sua raiz. Mas, procurou ampliar os meios de denunciar e dar andamento a recebimento de denúncias e andamento de processos, com o apoio integral dos órgãos policiais, da judiciário entre outros (FBSP, 2020). Com as denúncias, disparam a manifestação das medidas legais de retrições e punições, sem quaisquer tipo de paralização.

Diante das medidas judiciais cumpridas em tempos de pandemia, é sabido que através de canais de denúncias, que os casos de violência doméstica aumentaram. No entanto, preliminarmente, as leis não inibem os casos de violência, mas efetivam as aplicações legais sobre os acusados, sejam com restrições, punições, medidas protetivas, entre outras. Os efeitos das leis estabelece em suas diretrizes, dissuadir o agressor e puni-lo de modo mais rápido. Dessa forma, garantir que as leis vigentes possam ser aplicadas efetivamente, proporcionando maior viabilidade na denúncia, assegurando a efetivação das leis sobre as garantias e direitos da mulher.

3.1 CANAIS DE COMUNICAÇÕES DE APOIO AO COMBATE A VIOLÊNCIA

Como as leis não tem a capacidade de instantaneamente diminuir os casos de violência, e com a pandemia foi possível perceber que os casos aumentaram. Os canais de comunicação têm como propósito, facilitar o recebimento de denúncias, amparada pelas medidas estabelecidas pela Lei 14.022/2020, que em suma, destaca a relevância de urgência no atendimento as vítimas, fazendo com que os processos não parem (DIREITOS NA PANDEMIA, 2020)

Para tanto, o canal 180 foi uma das medidas de meio eficiência para este contexto, onde esta central de atendimento tem o objetivo de receber denúncias de violência contra a mulher, além de fornecer orientação às mulheres, todas as informações sobre seus direitos e sobre a rede de atendimento (FBSP, 2020).

Baggenstoss, Li e Bordon (2020, p.16), "no início de março de 2020 está havendo intensa publicidade de campanhas divulgadas por estados e municípios dos serviços de denúncia, algo que não ocorreu em 2019, sendo possível também que esse aumento indique um avanço na procura por canais".

Um vez que a lei estabeleceu a criação de medidas de apoio, gerando assim, os canais de comunicação com interação simultânea, permitindo o compartilhamento de dados e provas que facilitam o andamento das operações policiais. Também tem o objetivo de minorar o sofrimento das vítimas, permitindo ao poder público a aplicação de medidas. Do mesmo modo, os mecanismos de prevenção e repressão à violência doméstica contra mulheres deverão ser organizados (DIREITOS NA PANDEMIA, 2020).

Diante disso, é crucial que os serviços de atendimento às mulheres sejam considerados essenciais para que não sejam atingidos pelas medidas de distanciamento e isolamento social, uma vez que na pandemia, verificou-se o aumento no número de casos e estes serviços precisam funcionar integralmente.

De acordo com Baggenstoss, Li e Bordon (2020), é preciso compreender na verificação dos números que aumentaram desde o início da pandemia em 2020. Conseqüentemente ver-se campanhas divulgadas por estados e municípios dos serviços de denúncia, algo que não ocorreu em 2019, sendo possível também que esse aumento indique um avanço na procura por esses canais.

Nesse contexto, ressalte-se que, os efeitos legais da violência doméstica contra a mulher na pandemia, se dá pela intensificação dos canais de denúncia, possibilitando a plena efetivação das leis sobre a proteção das mulheres em situação de vulnerabilidade à violência doméstica, adotando assim, o apoio das políticas específicas para as mulheres, onde com os canais, a vítima de violência doméstica poderá solicitar medidas protetivas de urgência à autoridade competente e tê-las deferidas, tudo de modo virtual. Na sequência, após a concessão da medida, o procedimento para a apuração de eventual crime será instaurado, obedecendo as leis vigentes, como a lei maria da penha.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo propôs como principal objetivo, reunir um conjunto de elementos voltados para análise das leis, medidas e efeitos legais da violência doméstica e contra a mulher na pandemia. No intuito de atender aos interesses do tema objeto da pesquisa, buscou-se estabelecer dentro desse conjunto, um levantamento bibliográfico que contribuiu-se para ampliar a compreensão acerca do panorama que rege sobre violência doméstica e contra a mulher, sendo possível compreender através do tema proposto, que diante do aumento de número de casos de violência dessa natureza, principalmente na pandemia de *covid-19*, dada a hipótese, foi ocasionada por diversos fatores, tais como: isolamento social, crise econômica, incertezas, onde sociedade passou a se adaptar neste cenário de crise sanitária. Dessa forma, diante do tema objeto central do artigo, possibilitou através do levantamento das leis, compreender as medidas da justiça diante de tal cenário.

Dentro do artigo, foi possível enxergar que as leis voltadas para o enfrentamento a violência doméstica e contra a mulher desempenham um papel relevante para a sociedade. Como problemática, observa-se como as leis e medidas judiciais podem contribuir no apoio a violência contra a mulher na pandemia de *covid-19*. Ou seja, mediante a redução de serviços públicos, os órgãos de apoio a violência contra a mulher não foram alterados, inclusive, através da lei, foi incentivado campanhas, canais de comunicações, e serviços sendo operacionalizados de forma célere e adequada, visto a importância do mapa de violência no período de isolamento social.

No entanto, diversos pontos jurídicos embarcaram nessa temática, pois a violência contra a mulher vem apresentando crescimento ao longo do tempo, e com a pandemia, esses úmeros cresceram ainda mais. Dessa forma, para que as leis fossem devidamente aplicadas, deveriam haver as denúncias. E diante de serviços reduzidos e maior tempo com o agressor, o Estado, não poderia deixar a mulher ainda mais vulnerável em ambiente doméstico. Para tanto, tem-se promovido em atender de forma geral, a lei que atendeu a mulher vulnerável, demonstrando que mesmo com as medidas de isolamento social, o estado estendeu por meio de telefones e aplicativos, o recebimento de denúncias, onde os órgãos não paralisaram essa função.

Diante dos resultados encontrados, foi possível concluir dentro da abordagem qualitativa, o qual usou-se a tipologia de pesquisa bibliográfica, baseado no emaranhado de teorias embasado por legislações e autores voltados para a temática, trazendo ao leitor uma reflexão sobre a situação dos efeitos legais sobre a vulnerabilidade da mulher quanto a violência doméstica, no sentido de dar ao leitor a capacidade de compreender o cenário de pandemia, as leis e as medidas adotadas de apoio a mulher. Ou seja, com a denúncia recebida, o Estado tende a promover o recebimento, andamento para devidas providências, assim como qualquer tipo de apoio necessário.

Dessa forma, para esmiuçar o alcance deste objetivo, o artigo selecionou os objetivos específicos, que representam as três seções do desenvolvimento, onde primeiramente foi verificar as leis voltados para a violência doméstica, permitindo a compreensão do fortalecimento legal no intuito de inibir a violência. O segundo objetivo específico visou mostrar o mapa dessa violência, com intuito de ver a seriedade do assunto e principalmente diante da pandemia com o aumento dos casos. E o terceiro que retrata os efeitos legais na pandemia, que no desenvolvimento não demonstra exatamente uma solução pro problema, mas incentiva e facilita as denúncias, para que o estado possa agir legalmente com medidas sobre o agressor.

Portanto, a partir da definição das leis conquistadas pelas mulheres, que fortemente é justificada pelo mapa dessa violência no Brasil, a pandemia de covid-19 desestruturou a sociedade de forma geral, governo, pessoas, relações, rotinas, entre outras. No entanto, mesmo que exista as leis que são a base para medidas, se não houver apoio do estado no

fortalecimento das denúncias, estes casos nunca chegariam as autoridades. Portanto, para de fato acontecer o efeito das leis, é necessário haver a denúncia, conforme foi feito na pandemia de covid-19 no Brasil, que de premissa, busca inibir os casos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Aline. SOUZA, Talita. **O impacto da violência doméstica na vida da mulher que exerce o trabalho remoto em tempos de pandemia de covid-19**. Contagem: Faculdade UNA, 2021.

BAGGENSTOSS, Grazielly; LI, Letícia; BORDON, Lucely. **Violência contra Mulheres e a Pandemia do Covid-19: Insuficiência de Dados Oficiais e de Respostas do Estado Brasileiro**. Brasília: RDP, v.17, n.94, 2020.

BARBOSA, Thayna. VALVERDE, Thaianna. **O enfrentamento à violência doméstica contra mulher no contexto de pandemia**. Salvador: Universidade Católica de Salvador, 2021.

BARSTED, Leila Linhares. **O Avanço Legislativo Contra a Violência de Gênero: a Lei Maria da Penha**. Rio de Janeiro: Emrj v.15, n.17, 2012.

BRASIL, Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, - **Lei Maria da Penha**, Brasília, DF 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em. 25 set. 2021.

_____. Lei nº 12.650, de 17 de maio de 2012 – **Lei Joana Maranhão**. Brasília, DF 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12650.htm> Acesso em. 25 set. 2021.

_____. Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013. **Lei do Minuto Seguinte**. Brasília, DF 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12845.htm> Acesso em. 28 set. 2021

_____. Lei 13.104/15, de 9 de março de 2015. **Lei do Femicídio**. Brasília DF, 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm> Acesso em. 28 set. 2021

_____. Lei nº 14.022, de 7 de Julho de 2020. **Lei de enfrentamento a violência doméstica na pandemia**. Brasília, DF. 2020. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14022.htm> Acesso em. 28 set. 2021.

CNJ. **Violência contra a mulher: Judiciário garantiu acesso à Justiça na pandemia.** Brasília, 2021. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/violencia-contra-a-mulher-judiciario-garantiu-acesso-a-justica-na-pandemia/>>. Acesso em. 5 out. 2021.

COUTO, Maria Cláudia Giroto. **Lei Maria da Penha e Princípio da Subsidiariedade: Diálogo Entre Um Direito Penal Mínimo E As Demandas De Proteção Contra A Violência De Gênero No Brasil.** 2016. 152 f. Dissertação (Mestre em Medicina Forense e Criminologia), Universidade de São Paulo (2016).

DIREITOS NA PANDEMIA. **Mapeamento e Análise das Normas Jurídicas de Resposta À Covid-19 No Brasil.** São Paulo: Boletim 07, 2020.

FBSP. **Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19. Brasília.** Brasília: Nota Técnica, 2020.

G1. **Monitor da Violência.** 2021. Disponível em: < <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/08/07/a-emergencia-da-violencia-domestica-na-pandemia-1-medida-protetiva-de-urgencia-concedida-a-cada-2-minutos.ghtml>>. Acesso em. 5 out. 2021.

MADEIRA, Ligia. FURTADO, Bernardo. DILL, Alan. **Vida: simulando violência doméstica em tempos de quarentena.** Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada do IPEA, 2021.

LAKATOS, Eva; MARCONI, Marina. **Fundamentos da metodologia científica.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003

MINISTÉRIO DA MULHER. **Denúncias registradas pelo Ligue 180 aumentam nos quatro primeiros meses de 2020.** Brasília: Governo Federal, 2020. Disponível em: < <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/denuncias-registradas-pelo-ligue-180-aumentam-nos-quatro-primeiros-meses-de-2020/>>. Acesso em. 5 out. 2021.

PEDROZA, Regina. GUIMARÃES, Maísa. **Violência contra a mulher: problematizando definições teóricas, filosóficas e jurídicas.** Brasília, UnB, 2015.

ROSA, Lucilene. **A Lei do Minuto Seguinte, Lei da Profilaxia Da Gravidez Lei n.º 12.845/2013.** Juína: Faculdades do Vale do Juruena, 2019.

A DESIGUALDADE DE GÊNERO NO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, IGUALDADE E ESSENCIALIDADE

DENISE MOREIRA NEVES:
Graduanda do Curso de Direito da
Faculdade de Ciências Jurídicas de
Paraíso do Tocantins (FCJP)

VERA LÚCIA PONTES⁹⁶

RESUMO: O presente trabalho evidencia que os produtos essenciais para a vida da mulher possuem uma alta carga tributária, e, neste sentido, objetiva analisar a desigualdade de gênero no Sistema Tributário Brasileiro à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da essencialidade. Pondera a tributação pelo imposto de renda e de consumo e sua relação com o gênero. Demonstra as contribuições e reflexos do mercado de trabalho da mulher junto ao Sistema Tributário Nacional. A partir dos métodos dedutivo e dialético são realizados estudos de leis, doutrinas e artigos para a compreensão da temática. Os resultados obtidos elucidam existir uma distância entre a teoria e a realidade. Desse modo, revela a carência de políticas públicas que visem uma maior igualdade de gênero na tributação, sob aspectos econômicos, políticos e sociais, buscando uma maior inserção da mulher na sociedade, dando-a melhores oportunidades. Conclui-se pela necessidade de reparação dos conceitos de produtos essenciais na atualidade, e a valorização dos princípios quando da propositura de meios para sanar quaisquer desigualdades que descompassem o gênero feminino.

Palavras Chaves: Desigualdade; Gênero; Tributação; Princípios.

ABSTRAC: This present work shows that essential products for women's lives have a high tax burden, and, in this sense, it aims to analyse gender inequality in the Brazilian Tax System in light of the principles of human dignity, equality and essentiality. It weights taxation by income tax and consumption and its relationship to gender. It proves the contributions and reflexes of the women's labor market with the National Tax System. From the deductive and dialectical methods, studies of laws, doctrines and artilles are carried out to understand the theme. The results obtained elucidate that there is a distnce betwee theory and reality. Thereby, it reveals the lack of public policies aimed at greater gender equality in taxation, under economic, political and social aspects, seeking a greater insertion of women in society, giving them better opportunities. It is concluded that there is a need to repair the concepts of essential products at present time, and the appreciation of principles when proposing means to reedy any inequalities that mismatch the female gender.

⁹⁶ Mestra em Direito. Professora da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins(FCJP).

Key words: Inequality; Gender; Taxation; Principles.

INTRODUÇÃO

Nos primórdios dos tempos a sociedade brasileira foi desenvolvida sob forte preconceito contra a mulher, em que era considerada a única responsável pelas atividades domésticas e educação dos filhos.

Após diversos enfrentamentos sociais a mulher conquistou seu espaço na sociedade, sendo o direito ao voto, à educação e a ter uma profissão exercida fora do lar, exemplos de grandes conquistas. No entanto, ainda na atualidade, inúmeros outros desafios são considerados objetos de reivindicações.

Contudo, mesmo após as disposições expressas da Constituição Federal de 1988 quanto ao princípio da Igualdade, ainda é possível observar episódios que inferem neste princípio, como por exemplo, o fato de o homem ser mais bem remunerado no exercício da mesma função e carga horária que a mulher.

Os episódios de lutas da mulher seguem existindo em diversos setores da sociedade, inclusive, com referência ao sistema tributário aplicado no Brasil. Logo, diante das diferentes formas de incidência dos tributos, pode-se questionar se o gênero feminino paga mais tributos que o gênero masculino.

Assim sendo, o presente artigo pretende responder à seguinte indagação: na incidência dos tributos, o sistema tributário brasileiro respeita os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da essencialidade?

O tema se faz pertinente vez que, produtos essenciais para a vida da mulher, como por exemplo, absorventes, contraceptivos e fraldas, são considerados supérfluos e com grande carga tributária. Isto contribui com a desigualdade entre gêneros, visto que, produtos destinados somente ao uso da mulher possui valores diversos de produtos destinados aos homens.

Faz-se imprescindível compreender de que forma se dá a tributação no Estado Brasileiro e de qual maneira isso afeta a sociedade em termos de igualdade, enquanto direito constante da Carta Magna. É necessário observar se esse acontecimento contribui ainda mais para o distanciamento social entre homens e mulheres em termos econômicos, sociais, profissionais, e de caráter da vida de modo geral.

O objetivo geral é compreender a desigualdade de gênero na tributação brasileira, por meio da análise dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da essencialidade, este também do Código Tributário Nacional.

Desta forma, inicialmente será analisado o sistema tributário e suas intercorrências na desigualdade entre os gêneros que dispõe a cerca das diferenças da tributação em itens semelhantes destinados a homens e as mulheres, porém com certa diferença de tributação apenas por possuírem cor e design diferente, como também a cerca dos absorventes. Na sequência as contribuições e reflexos do mercado de trabalho da mulher junto ao sistema tributário nacional que trata acerca do gênero feminino no mercado de trabalho, bem como sobre o PIS e o Imposto de Renda.

E por fim, a relação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da essencialidade com a tributação de gênero que esclarece tais princípios e demonstra sua relação com as desigualdades existentes entre os gêneros, bem como o descuido e a negligência por parte do Estado com relação as mulheres.

Assim, como fundamento de tais questões tem-se como referência doutrinária o livro Manual de Direito Tributário de Alexandre Mazza, 7ª edição/2021 e Direito Constitucional Esquematizado, Pedro Lenza, 25ª edição/2021.

Para esse fim serão realizadas pesquisas bibliográficas e documentais, com aplicação dos métodos dedutivo e dialético.

2.0 SISTEMA TRIBUTÁRIO E SUAS INTERCORRÊNCIAS NA DESIGUALDADE ENTRE OS GÊNEROS

O termo gênero foi utilizado no decorrer da história como distinção dos grupos de pessoas, baseados nas distinções sexuais, nas diferenças existentes entre homens e mulheres. Dessa forma, até hoje baseia-se as sociedades nessas diferenças existentes entre os gêneros, nos papéis exercidos e da maneira simbólica sobre quais são tratados.

No meio político, acadêmico, familiar e social, ainda se fazem distinções dos gêneros, e, desta forma, o termo gênero encontra-se bastante presente nos discursos feministas que surgiram, na busca de enfatizar as distinções sociais baseadas no sexo, os mesmos direitos dados a um grupo da sociedade e não a um todo, a participação nas decisões sociais e variações dos papéis na sociedade.

Dessa forma, há alguns anos vem sendo difundido o movimento Pink Tax ou Taxa Rosa, que se referem, também, aos tributos incidentes nos produtos rosa. O movimento parte-se dos produtos destinados ao consumo feminino, quando os mesmos são ofertados por preços mais altos em comparação com produtos direcionados ao público masculino, o que pode gerar em longo prazo mais encargos à mulher.

No Brasil, o Pink Tax é conhecido como Taxa Rosa e ocorre quando produtos femininos são ofertados com preços mais elevados que produtos idênticos/similares aos masculinos, o que muitas vezes apenas apresentam diferença de cor e design diferente,

sendo produtos com as mesmas características e finalidades, apenas com públicos alvos diferentes.

Esses produtos são tributados, o que passa a representar uma prestação pecuniária compulsória e legal que muitas vezes são embutidos no valor do produto e assim possui a finalidade de arrecadar e intervir em situações sociais e econômicas. Portanto, comprar e vender são situações corriqueiras do nosso cotidiano, e por trás delas existem diversos encargos, como, por exemplo, os tributos que os consumidores finais arcam com eles.

Nesta compreensão, importante destacar, a guisa de reflexão, o inc. II, do art. 155, da Constituição Federal, o qual determina que durante as operações de circulação mercadorias e prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que nas operações e prestações que se iniciem no exterior, são considerados impostos estaduais. Ou seja, cada Estado tem a possibilidade para instituir impostos sobre as mercadorias em circulação.

Desta forma, é possível selecionar produtos que incidem uma carga tributária menor ou maior, como por exemplo, para os itens da cesta básica em que pode ser direcionada baixa tributação, enquanto para outros nem tanto. Para a autora Neris (2020, p.748),

[...] a tributação do ICMS em cima de produtos cosméticos chega à alíquota de 25%, enquanto o IPI está na faixa de 22 a 12%, a depender do bem em questão. São alíquotas altas para os padrões nacionais. Além disso, a justificativa é de que esses produtos cosméticos são supérfluos e, portanto, deveriam ser mais tributados pela técnica da seletividade. (NERIS, 2020, p.748)

Todavia, essa caracterização de produtos supérfluos, por ser considerado cosmético, em geral, de uso da mulher, não reflete a verdade social, o que acaba proporcionando uma alargue nas escalas de desigualdades entre o homem e a mulher.

Sobre outros aspectos, faz-se necessário destacar que no Brasil ainda existem deficiências na discussão das políticas públicas, carecendo a sociedade de maior atenção por parte do Estado. Nota-se que, parcela da população apresenta repúdio quando o assunto é o aborto. No entanto, pouco ou quase nada é discutido nas escolas sobre educação sexual, o que pode levar a mulher a vislumbrar cenários de violência, perseguição, feminicídios e abusos, sem perspectivas de soluções; inclusive, absorvendo responsabilidades que entende culturalmente ser de sua exclusiva responsabilidade.

Assim, pode-se destacar a questão dos anticoncepcionais que possuem expressiva carga tributária sobre eles. O que apenas evidencia que a mulher para se manter precisa

de muito, e às vezes não se alcança em virtude de suas baixas condições sociais. Desse modo a mesma acaba sendo responsável por se manter em um ambiente onde ainda há muita discriminação e desvalorização.

Segundo um estudo realizado pela prefeitura de Nova York (EUA) em parceria com o Departamento de Consumo de Nova York Consumer Affairs, as mulheres pagam, em média, 7% a mais nos produtos femininos em relação aos mesmos produtos destinados ao público masculino. Quando se trata de higiene pessoal chega a 12,3%. (BRITO, 2020).

Com a ampliação da discussão dessa temática, alguns Estados já buscam adotar medidas para minimizar a situação que aflige as mulheres, especialmente da classe mais necessitada. Como exemplo, o Estado do Ceará que editou o Decreto nº 34178, de 02 de agosto de 2021, isentando o ICMS nas operações internas para absorventes íntimos femininos, internos (tampões) e externos (pensos), inclusive coletores e discos menstruais, calcinhas absorventes e panos absorventes íntimos.

Sabe-se que o uso de absorventes pelas mulheres é algo intrínseco a sua natureza humana, e que ela precisa deles não por algo destinado a beleza e sim por questões de higiene. Contudo, apesar desse fato, a menstruação ainda é um tabu nos dias atuais, corroborando para a pobreza menstrual.

Para vislumbrar tal situação, a seguir tem-se parte de uma matéria publicada no site da UNICEF, por Costa (2021, p. 0-0),

No Dia Internacional da Dignidade Menstrual, celebrado nesta sexta-feira

(28), o Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA) e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) lançam o relatório “Pobreza Menstrual no Brasil: desigualdade e violações de direitos”, que traça um panorama da realidade menstrual vivida por meninas brasileiras. Os resultados demonstram negligência e falta de acesso a direitos. De acordo com o estudo, 713 mil meninas vivem sem acesso a banheiro ou chuveiro em seu domicílio e faltam a mais de 4 milhões itens mínimos de cuidados menstruais nas escolas.

Ainda segundo a matéria, consta que:

A menstruação é uma condição perfeitamente natural que deve ser mais seriamente encarada pelo poder público e as políticas de saúde. Quando não permitimos que uma menina possa passar por esse período de forma adequada, estamos violando sua dignidade. É urgente discutir meios de garantir a saúde menstrual, com a

construção de políticas públicas eficazes, com a distribuição gratuita de absorventes, com uma educação abrangente para que as meninas também conheçam seu corpo e o que acontece com ele durante o ciclo menstrual. É o básico a ser feito para que ninguém fique para trás”, observa a representante do Fundo de População da ONU no Brasil.

Portanto, em suma, o citado apenas reforça o que foi dito anteriormente, refletindo o atual cenário não apenas brasileiro, mas mundial, onde se vê necessidade de maior concentração das políticas públicas destinadas às mulheres e a igualdade de gênero.

3.CONTRIBUIÇÕES E REFLEXOS DO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER JUNTO AO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

O gravoso preconceito sofrido pelas mulheres nos primórdios dos tempos tem seus reflexos presentes até os dias atuais. Mesmo após a sociedade passar por grandes transformações ainda existem aqueles que defendem o modelo antigo da sociedade, época em que a mulher era responsável pelas atividades domésticas e criação dos filhos; em que as mulheres não podiam trabalhar e tinham de viver sob os sustentos do marido.

Muito se tem superado, porém, ainda existe forte preconceito sobre as atividades exercidas pelas mulheres, principalmente decorrente do fato de serem procriadoras, o que as fazem encontrar empregadores que pouco querem investir ou dar oportunidades às mulheres, por receio da aplicabilidade das garantias trabalhistas para as mulheres gestantes.

Neste prisma, existem diversos dispositivos que buscam a igualdade de gênero para que não recebam tratamento diferenciado, tal como o art. 373-A da Consolidação das Leis Trabalhistas. Este dispositivo legal contém expresso em vários subitens o respeito e igualdade, como por exemplo, é vedado considerar sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração (art.373-A, inc. III, CLT), ou até mesmo recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível (art.373-A, inc. II, CLT).

Porém mesmo com estes dispositivos, muitas empresas quando buscam profissionais para trabalhar acabam desqualificando mulheres com condições de gerar filhos.

Dessa forma, visando sanar essas possíveis situações o §6º, do art. 461, da CLT, dispõe que se for comprovada discriminação por motivo de sexo ou etnia, o juízo determinará, além do pagamento das diferenças salariais devidas, multa, em favor do

empregado discriminado, no valor de 50% (cinquenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Contudo, apesar de existir varias normas que buscam a igualdade de gênero e não a discriminação, vê-se no contexto social inúmeras situações que contradizem os diplomas legais, fazendo com que seja necessária maior participação do Estado, por meio de políticas públicas para estimular os cumprimentos das normas já existentes.

A intervenção do Estado para gerir o meio social é necessária para manter a ordem social, para que não se instale o caos e a sociedade possa viver em paz. Portanto, para chegar a tais finalidades foram criadas leis e dispositivos visando regulamentar o cenário político, econômico e social.

Dessa forma, visando compreender melhor o tema aqui exposto, em se tratando das diferenças salariais Barros (2020, p.0-0) descreve,

Os homens tiveram rendimento médio mensal 28,7% maior do que das mulheres em 2019, considerando os ganhos de todos os trabalhos. Enquanto eles receberam R\$ 2.555, acima da média nacional (R\$ 2.308), elas ganharam R\$ 1.985, segundo o módulo Rendimento de Todas as Fontes, da PNAD Contínua, divulgado hoje (6) pelo IBGE. No ano passado, havia no mercado de trabalho brasileiro 92,5 milhões de pessoas ocupadas com 14 anos ou mais, uma alta de 2,6% em relação a 2018. Mais da metade da população em idade de trabalhar era formada por mulheres (52,4%), no entanto, os homens representavam 56,8% da parcela da população que efetivamente trabalhava. Parte das mulheres não podem trabalhar porque não contam com creche para deixar os filhos.

Assim, observa-se, que há um número muito elevado de mulheres que fazem jus ao abono salarial, em decorrência dos baixos salários recebido. Os homens, por sua vez, receberam R\$ 2.555 (dois mil, quinhentos e cinquenta e cinco reais) por mês, no mesmo ano de 2019. Assim, sua média mensal superava em R\$ 559,00 (quinhentos e cinquenta e nove reais) o valor máximo previsto na Constituição Federal para recebimento do abono salarial.

Neste prisma, importa salientar que as mulheres correspondiam a 52,4% dos postos de trabalho no ano de 2019, mas que sua média salarial não atingia o correspondente a dois salários mínimos (R\$ 1.996,00), embora estivesse bastante próxima a esse valor (R\$ 1.985,00). Como consequência, um eventual aumento do salário das mulheres não apenas melhoraria sua situação, mas também reduziria os gastos estatais

para seu custeio, já que não seria preciso pagar o abono salarial àquelas que superassem o limite de dois salários mínimos.

Isto com observação ao crescimento significativo dos beneficiários do abono, que a cada dia exigem mais recursos estatais para financiá-lo.

Dessa forma, de acordo com informações anteriores, uma possível isenção parcial ou integral, do pagamento do PIS, se comprovada salários iguais entre homens e mulheres na mesma empresa, seria algo eficiente e que poderia influenciar de forma positiva, aqui, apenas como uma forma teórica e argumentativa. Isto porque, a mencionada exoneração tributária estaria em conformidade com a Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu art. 14, em que a eventual redução de arrecadação seria compensada pelos atuais gastos com o abono salarial.

Seguindo o raciocínio teórico em se tratando de arrecadação por parte do Estado, é importante destacar sobre o Imposto sobre a Renda (IR).

De acordo com o art. 153, inc. III, da Constituição Federal, compete a União instituir imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. Mazza (2021, p. 1147) explica que, "a função do imposto sobre a Renda é fiscal, ou seja, meramente arrecadatória, na medida em que sua finalidade consiste na pura obtenção de recursos para custeio dos gastos gerais do Estado."

Dessa forma, o Imposto de Renda (IR) possui sistema de alíquotas progressivas, isto é, devem ser graduadas harmoniosamente segundo a capacidade econômica do contribuinte.

"Assim, pode-se dizer, em síntese, que o fato gerador do IR é qualquer acréscimo patrimonial observado em determinado período de tempo." (MAZZA, 2021, p.1152).

Atualmente, pela Lei nº 13.149, de 21 de julho de 2015, a tabela progressiva do Imposto sobre a Renda para pessoas físicas contempla cinco faixas distintas de tributação: para base de cálculo mensal até 1.903,98, alíquota – 0%; de 1903,99 até 2.826,65 alíquota 7,5%; de 2.826,66 até 3.751,05 alíquota 15,0%; de 3.751,06 até 4.664,68 alíquota 22,5%; acima de 4.664,688 alíquota 27,5%.

Conforme disposto, ressalta-se que o imposto sobre a renda de pessoa físicas se dá de forma progressiva enquanto que nas pessoas jurídicas é proporcional.

Ademais, Neto e Feriato (2018, p.426) apontam que,

[...] as mulheres representam, ainda hoje, menos de um terço dos cargos gerenciais que figuram no topo da hierarquia empresarial ou

em algum nível de gestão. As dificuldades para o crescimento da mulher dentro da estrutura empresarial se mostram bastante evidente quando se verifica que a participação feminina se limita a apenas 5% dos cargos de CEO das empresas com capital aberto ao redor do globo.

Ou seja, visto que as mulheres representam uma porcentagem mais baixa em cargos de liderança, ou como pode-se dizer, cargos que possuem maiores valores de remuneração, enquanto os homens possuem uma maior participação em cargos de chefia, resta demonstrado que a porcentagem de homens que ganham mais que as mulheres possui um número altamente elevado.

Se tratando do imposto de renda de pessoas jurídicas, Sebrae (2019), demonstra que a conversão de empreendedores em donas de negócios é 40% mais baixa em relação aos homens, há uma desistência maior.

Para saber como está o desenvolvimento do País é necessário realizar estudos buscando dados sociais, econômicos e políticos, para tal fim existem sistemas de pesquisas que coletam esses dados. O PNAD- Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, busca informações para estudo sobre o desenvolvimento socioeconômico do País, enquanto o GEM- Global Entrepreneurship Monitor, dispendo de abrangência mundial, avalia o nível nacional da atividade empreendedora.

Dessa forma, GEM (2018 *apud* SEBRAE, 2019) e PNAD- IBGE (2018, *apud* SEBRAE, 2019) dispõe que 28 milhões de empreendedores homens 18,1 milhões se tornam donos de negócio, assim em cada 10 empreendedores 6,5 viram donos de negócios, enquanto que 24 milhões de mulheres empreendedoras, apenas 9,3 milhões se tornam donas de negócios, assim em cada 10 empreendedoras 3,9 viram donas de negócio.

Logo, com base na lei nº 9.249/95, que trata sobre a alíquota do imposto de renda para pessoas jurídicas e que dispõe de alíquotas baixas para os maiores faturadores, resta demonstrado que devido ao número de homens empreendedores ser bem maior que o das mulheres e por conseguinte a maioria dos donos de empresas, os homens são os contribuintes com maiores rendimentos e com as mais baixas alíquotas.

Desse modo, para o contribuinte mais rico tem-se menores impactos de alíquotas do imposto de renda. De acordo com Piscitelli, Castilhos, Camara e Castro (2020, p.6):

Assim, como consequência, os 10% mais ricos do Brasil apenas são impactados na sua renda no percentual de 21% com o pagamento de tributos, enquanto os 10% mais pobres são afetados em 32%,

conforme os dados do IPEA /2011, referenciado no próprio documento da Oxfam Brasil.

Para que seja compreensível a atual situação reforça entendimento de Piscitelli, *et al.* (2020, p.6-7):

Um rápido olhar para as propostas de reforma tributária em andamento no Congresso Nacional evidencia que elas apresentam um cenário preocupante: o centro do debate está voltado para a tributação do consumo, sem qualquer consideração relativa à redistribuição mais equânime da carga tributária. Ao contrário. A PEC nº 45/2019 reforça a regressividade do sistema atual pela eliminação absoluta de todo e qualquer incentivo fiscal, inclusive aqueles relacionados aos bens da cesta básica. O PL nº 3887/2020, ao aumentar a carga tributária sobre o setor de serviços, dificulta o acesso bens essenciais, como saúde e educação, reforçando também a regressividade do sistema. No que se refere à PEC nº 110/2019, suas disposições estão mais alinhadas com a mitigação da regressividade, ao menos na previsão da possibilidade de atribuição de benefícios fiscais a bens e serviços de primeira necessidade.

Dessa forma, uma tributação que seguisse os parâmetros do princípio da equidade, reconhecendo que a igualdade não é dar a todos as mesmas coisas, mas observar na medida da desigualdade medidas públicas e sociais para combater o preconceito e dar oportunidades ao gênero feminino, apenas estaria respeitando princípios constitucionais e tributários.

Ademais, mesmo que algumas garantias celetistas proporcionem melhor colocação das mulheres no mercado de trabalho, melhorando suas rendas, as políticas públicas, também, devem estar atentas as necessidades de produtos essenciais para o gênero, incluindo, assim, as decorrentes de incentivos junto ao sistema tributário.

4.A RELAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA IGUALDADE E DA ESSENCIALIDADE COM A TRIBUTAÇÃO DE GÊNEROS

A Constituição Federal de 1988 é a base de todas as leis e normas reguladoras da sociedade brasileira, dispõe em si princípios, direitos e garantias fundamentais do indivíduo, ou seja, a partir do momento em que se está ferindo algum desses, está ferindo toda uma sociedade e seus valores.

A desigualdade de gênero está principalmente denotada na concentração masculina sobre a feminina, estruturada na concepção de espaço, lugar, status social,

papéis exercidos pelo gênero masculino e feminino na sociedade, assim, cada vez que não cumpre seu papel acaba sendo marginalizada. É possível ver-se que com o crescente número de mulheres que vem alcançando altos níveis de estudos, empregos bem remunerados e altos padrões, também está crescendo o número de feminicídio e violência contra a mulher.

Dessa forma, faz-se necessário políticas públicas realmente efetivas para combater a desigualdade e discriminação, que não esteja baseada somente em leis e princípios, que ficam em abstrato, mas que também possam ser vistas na prática.

Desse modo, faz-se de suma importância compreender os princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana, bem como o princípio da essencialidade tributária, para que assim, seja possível chegar a meios para sanar as desigualdades de gênero e contribuir para um País que respeite e lute por aquilo que está expresso em sua Lei Maior.

Analisando os efeitos do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito tributário, Costa (2021, p.129-130) analisa que,

Portanto, embora, à primeira vista, tal princípio não pareça projetar seus efeitos no âmbito tributário, dada sua condição de *sobreprincípio*, volta-se a garantia de direitos fundamentais em geral e, assim, irradia sua eficácia, também, sobre a tributação. [...] Consequência de sua aplicação, por exemplo, é a observância da capacidade contributiva da pessoa física, quanto ao aspecto de vedação da tributação do mínimo vital.

Dessa forma, é importante a compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana, quando buscar-se meios para tributar de forma mais eficiente, considerando a capacidade de todos contribuintes e suas características intrínsecas a sua natureza humana, também.

A essencialidade tributária tratada aqui diz respeito ao princípio da seletividade aplicada ao âmbito tributário, essa dispõe que os produtos essenciais a sobrevivência humana possuam uma menor tributação ou incentivos fiscais, enquanto produtos considerados supérfluos possuam uma maior tributação.

“Pelo princípio da seletividade se atinge quem tem mais poder aquisitivo, na medida em que se pode tributar com mais carga produtos supérfluos, que não são essenciais à sobrevivência humana.” (BUENO, 2014, p.235).

O princípio da seletividade destaca-se nos art. 153, §3º que dispõe sobre o IPI e art. 155, §2º que trata sobre o ICMS, da Constituição Federal, portanto esses dois são seletivos por excelência.

Costa (2021, p.131) ressalta que,

O princípio da igualdade autoriza o estabelecimento de discriminações, por meio das quais se viabiliza seu atendimento, em busca da realização de justiça. Em sendo assim, tal diretriz impacta intensamente o âmbito tributário, porquanto o legislador e o aplicador da lei hão de atentar às diferenças entre os sujeitos, procedendo às necessárias discriminações na modulação das exigências fiscais.

Portanto, como já mencionado anteriormente o art. 5º, caput, da CF expressa que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, assim, deve-se buscar não somente uma igualdade formal, mas principalmente uma igualdade material, isso porque imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada em lei (LENZA, 2021).

A igualdade formal e material fica assim esclarecida pelas palavras de Mitidiero, Sarlert e Marinoni (2021, p.1496-1500):

A igualdade perante a lei, que corresponde à igualdade formal, habitualmente veiculada pela expressão “todos são iguais perante a lei”, é, de acordo com Pontes de Miranda, em primeira linha destinada ao legislador, estabelecendo uma proibição de tratamentos diferenciados, o que, todavia, embora sirva para coibir desigualdades no futuro, não é suficiente para “destruir as causas” da desigualdade numa sociedade. [...] A compreensão material da igualdade, por sua vez, na terceira fase que caracteriza a evolução do princípio no âmbito do constitucionalismo moderno, passou a ser referida a um dever de compensação das desigualdades sociais, econômicas e culturais, portanto, no sentido do que se convencionou chamar de uma igualdade social ou de fato, embora também tais termos nem sempre sejam compreendidos da mesma forma.

Em diversos artigos da Constituição Federal, como por exemplo, art.19, inc. III e art. 226, §5º, aprofunda-se a ideia da igualdade material, é perceptível que o legislador no momento em que escrevia tais normas teve o cuidado de tentar amparar certos grupos que ao seu entender necessitava de tratamento diferenciado, tendo em vista o histórico social de marginalização social, hipossuficiência, características ligadas a gêneros e outros aspectos.

Contudo, mesmo apesar de dispor sobre determinados tratamentos diferenciados restou-se muitas dúvidas quanto a outras necessidades. Todos os direitos

adquiridos pelas mulheres demandaram tempo, luta e viabilidade para então serem aceitos. A Lei n.11.340/2006 (Lei Maria da Penha), por exemplo, precisou-se de uma mulher ser quase morta para que então se olhasse para um cenário que já se existia a muito tempo.

Ocorre que faltam meios para constatar tais discriminações na prática, pois ainda hoje é visível as diferenças salariais existentes entre homens e mulheres no exercício das mesmas funções. Outrossim, é o fato de a desigualdade não estar presente apenas entre homens e mulheres, mas também nas diferentes classes do gênero feminino.

Sucedem que, nas classes sociais mais baixas os homens ao não conseguirem sustentar a casa sozinho, a mulher ingressa no ambiente de trabalho para ajudar no sustento familiar, muitas vezes com crianças menores; e, nesse sentido, exercem uma vida dupla, a qual tem de conciliar as atividades domésticas, o cuidado com os filhos e trabalho externo.

Desse modo, Chies (2010, p.510) afirma que:

[...] a mulher nos padrões de identidade feminina definidos pela estrutura social brasileira – filha, mãe, dona de casa – assume papéis de subordinação: na casa dos pais é subordinada ao pai e depois do casamento é subordinada ao marido. Quando trabalhadora assalariada, acumula duas jornadas de trabalho – em casa e no emprego, além disso, recebe um salário menor ao do homem para a realização das mesmas tarefas. Homens e mulheres podem ser subordinados no campo econômico pela exploração de sua força de trabalho, no entanto, a mulher é subordinada nas duas dimensões, tanto no “sistema de exploração” como no “sistema de dominação”.

Portanto, apesar das normas já existentes faz-se necessário maior proteção da mulher no mercado de trabalho, observando também as desigualdades já existentes no próprio meio. É importante a aceitação das mulheres na vida política, social e financeira, passo que colaboraria com o desenvolvimento econômico e social.

Nesse sentido as palavras de Treviso (2008, p.28) dá continuidade a explanação do assunto:

E, para que isso possa ocorrer, é necessário levar adiante um profundo debate político sobre as instituições que socializam os indivíduos, para despojar - lós dos estereótipos “masculino” e “feminino”, ainda presentes (principalmente, perante a família); precisamos aprofundar, ainda, o desenvolvimento do princípio da igualdade de oportunidades, que leva a cabo a correta distribuição dos bens materiais e imateriais necessários para a obtenção de uma

vida digna, em tempo de intervir sobre os méritos, regras e procedimentos que determinam a seleção de pessoas para funções de direção e liderança. Devemos desenvolver, ainda, a chamada “democracia paritária”, ou seja, buscar aciação de um modelo político que permita a representação igualitária e equitativa de todos aqueles que fazem parte da sociedade: os homens e as mulheres.

Desse modo, o povo deve cobrar do Estado novos espaços políticos e sociais, onde haja a participação de todos, sem qualquer distinção entre gênero, raça ou cor, onde possa ser promovidos políticos que contribuam com a redução da violência e promovam a democracia.

Nesse contexto de igualdade também prevalece o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que perpassa o tempo e espaço, simboliza valor que está impresso nas culturas e suas experiências. Assim, no sistema constitucional brasileiro esse princípio é uma base de todo o sistema, regendo todos os direitos fundamentais ao indivíduo.

Conforme dispõe Soares (2010, p.319), “a dignidade da pessoa humana figura-se como princípio ético-jurídico capaz de orientar o reconhecimento, a partir de uma interpretação teleológica da Carta Magna”, a mesma serve de parâmetro para entendimento dos direitos humanos previstos em tratados e convenções internacionais. Assim, esse princípio se desdobra em inúmeros outros e regras constitucionais, formando inúmeros valores e finalidades a serem realizadas pelo Estado e pela sociedade.

Enfim, o princípio da dignidade da pessoa humana é algo que está intrínseco a cada ser humano, seus valores e ao que esse entende que é fundamental a si, de certa forma, esse princípio se torna vago ao confrontar seus dois lados, pois dessa forma cada pessoa interpretaria o que é fundamental a si mesmo, e por muitas vezes apenas o princípio não delimita o que deve ser feito em determinadas situações e assim fica nas mãos, como por exemplo, de juízes decidirem por algumas questões.

Ao analisar a dignidade da pessoa humana é possível ver um valor que vai além do ser humano em si, engloba todos os direitos fundamentais, e dessa forma existem muitos indivíduos que vivem indignos na sociedade, os que passam fome, os que não possui uma oportunidade de trabalho, os que são marginalizados, e dessa forma a pobreza menstrual no Brasil também reflete essa situação.

Ao ser analisados os produtos essenciais ao ser humano, não deve ser levado em consideração apenas alimentos básicos, mas também os de higiene pessoal e aqueles decorrentes desses que viabilizam escolhas e cuidados íntimos com o próprio corpo, como

os absorventes, anticoncepcionais e aqueles destinados a manutenção da reprodução, como exemplo as fraldas.

Dessa forma, ao elencar preceitos básicos da dignidade tem-se que enxergar a realidade e não apenas algo em abstrato ou uma utopia, quais são as reais necessidades da sociedade, quais os grupos mais marginalizados, qual o gênero precisa mais de amparo e várias outras questões inerentes aos direitos fundamentais e o mínimo existencial.

Portanto, para que isso também ocorra de forma efetiva tem-se de considerar todos os tributos e de qual modo esses influenciam diretamente na vida das pessoas. Segundo Mazza (2021, p.64), "o sistema tributário deve permitir ao governo arrecadar a receita necessária e, ao mesmo tempo, atingir objetivos distributivos, com a menor perda possível de eficiência econômica."

No que permeia o sistema tributário o mesmo é regido por princípios que direcionam as normas estabelecidas nele. Nesse âmbito, consoante disposto no art.5º da CF, todos tem direito a um tratamento idêntico pela lei, observando cada um a medida da sua desigualdade, dessa forma, foi disposta no art. 150, II, da Constituição Federal, que é vedado a União, Estados e Municípios instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente.

Assim, esse princípio da igualdade perante a lei tributaria faz com que todos aqueles que estejam em situação equivalente sejam todos atingidos pelas normas e não apenas alguns contribuintes. Dessa forma, todos serão atingidos pelos tributos estabelecidos em lei de acordo com sua capacidade contributiva.

A capacidade contributiva está elencada no §1º do artigo 145, da Constituição Federal, essa foi uma forma que o legislador encontrou para limitar, adaptar a tributação a cada contribuinte, de tal forma que cada um possa contribuir de acordo com sua capacidade financeira. Desse jeito, poderá alcançar os que dispõe de maior patrimônio e não ser excessivas aos que menos tem.

Nesse sentido, a capacidade contributiva do indivíduo começaria a partir do momento que resguardado o mínimo existencial o mesmo pudesse colaborar para manutenção do Estado. Neste aspecto, ensina Rosane Beatriz Danilevicz:

Porém, é sabido que o princípio da capacidade contributiva melhor se aplica aos impostos diretos. Nos impostos indiretos, a capacidade contributiva nem sempre acontece, uma vez que a carga econômica do imposto não é suportada pelo produtor, industrial ou comerciante que realiza a operação, mas pelo consumidor final, cuja mensuração da capacidade econômica é difícil. Isso ocorre por não ser possível,

antecipadamente, conhecer quem será e quais as condições econômicas do destinatário final do produto, mercadoria ou serviço. (DANILEVICZ, 2009, p.237).

Nesse contexto, vale destacar o mínimo existencial, esse se refere aos direitos fundamentais básicos, como também interligado com o princípio da dignidade da pessoa humana que a própria Lei Maior elenca para que a pessoa possa ter uma vida digna, como saúde, alimentação, vestuário, educação, entre outras que atendam às necessidades básicas familiar e individual. Desse modo, ao se tratar da capacidade contributiva do contribuinte, entende-se que apenas a parcela extra excedente ao mínimo existencial teria de ser levada em conta para tributar.

Por isso, para que um indivíduo sendo livre possa alcançar a plenitude advinha da Carta Magna é indispensável a atenção aos requisitos que contribuam para isso, diante disso o mínimo existencial deve ser observado tanto na tributação dos impostos diretos e indiretos.

A fim de que possa se ter uma melhor compreensão a cerca dos impostos diretos e indiretos, Costa (2021, p. 252) explana:

Assim, imposto direto é aquele em que o contribuinte absorve o impacto econômico da exigência fiscal, como ocorre no Imposto sobre a Renda, por exemplo. Já no imposto indireto observa-se o fenômeno da repercussão tributária ou translação econômica do tributo, segundo o qual o contribuinte de direito não é aquele que absorve o impacto econômico da imposição tributária, pois o repassa ao contribuinte de fato, o consumidor final. Ilustram a hipótese o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI e o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços – ICMS.

Para que possa ser observada a graduação da incidência tributária nos impostos indiretos faz-se essencial o princípio da seletividade, esse princípio faz com que o legislador escalone a incidência tributária sobre os produtos, mercadorias ou serviços de acordo com sua essencialidade.

Os produtos considerados essenciais, por exemplo, recebem uma baixa tributação e aqueles considerados supérfluos, portanto, recebem uma alta tributação. Nesse sentido a essencialidade serve para manutenção do mínimo existencial e também da dignidade da pessoa humana. Essa diferenciação de essências e supérfluos serve para entender aquilo que é necessário ou não.

Entretanto, distinguir aquilo que é essencial ou não, não é uma tarefa muito fácil tendo em vista que a Constituição Federal não traz expressamente quais produtos, mercadorias ou serviços devem ser considerados essenciais. Porém, ao se fazer uma interpretação do dispositivo constitucional pode-se constatar que a saúde, alimentação, moradia, vestuário, trabalho, cultura, lazer, cuidados de higiene, energia elétrica e entre outros podem ser considerados de necessidade indispensáveis.

Dessa forma, ao muitas vezes elencar apenas os produtos da cesta básica como produtos essenciais faz com que não sejam atendidas todas as necessidades básicas da população. Desse modo, em se tratando dos impostos indiretos vale constatar que tanto os menos favorecidos quanto os mais favorecidos pagaram uma mesma tributação nos produtos, mercadorias e serviços considerados essenciais e com baixa ou nenhuma tributação, nessa mesma linha, tanto os indivíduos menos favorecidos quanto aqueles que dispõem de uma renda maior arcará com o mesmo ônus tributário incidente nos que são considerados supérfluos.

“A realidade revela que o imposto incidente sobre o consumo tem efeito regressivo, isto é, quem possui menor poder aquisitivo, proporcionalmente à sua renda, termina por pagar mais imposto do que aquele com maior poder aquisitivo.” (DANILEVICZ, 2009, p.242).

Desse modo, deve-se atentar-se em uma totalidade se os produtos que realmente se constituem indispensáveis as necessidades humanas estão recebendo o encargo tributário correto, tendo em visto que a essencialidade tem sido tratada restrita apenas aos bens e serviços de primeira necessidade, e no que muito se refere a um número bem restritivo de itens, portanto carece que seja ampliado tal conceito de modo que viabilize a sobrevivência com um mínimo de dignidade.

Para que isso ocorra a caracterização da essencialidade deve ser baseada juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, fazendo uma análise de todos direitos, garantias e princípios fundamentais elencados pela Carta Magna para que se faça jus ao verdadeiro significado de uma vida digna, algo que vai muito além de apenas a sobrevivência, tem-se também que a caracterização de produtos essenciais tem sua variação no tempo, o que é hoje pode não ser amanhã e vice versa, portanto de tempos em tempos deve-se ser feita uma análise da condição social para que possa trazer melhorias.

Nesse contexto, atualmente, produtos como absorventes, anticoncepcionais, produtos relacionados a maternidade de modo geral, produtos de higiene pessoal, considerados como cosméticos, materiais escolares, como também serviços de energia elétrica, combustíveis, entre outros, devem sofrer uma tributação mais equilibrada ou até mesmo nenhuma, em razão do seu elevado nível de essencialidade.

Atualmente, no dia 07 de outubro 2021 foi publicada a Lei 14.214, de 6 de outubro de 2021, que instituiu o Programa de Proteção e Promoção da Saúde Menstrual que determinou que as cestas básicas entregues no âmbito do Sistema Nacional de Segurança Alimentar deverão conter como item essencial o absorvente higiênico feminino, no entanto, o chefe do poder executivo vetou a previsão da distribuição gratuita desses as estudantes de baixa renda e mulheres em situação de rua, a qual era a principal medida determinada pelo programa.

Em face deste ato, vê-se que os direitos adquiridos pelas mulheres se constituem de pequenos e vagarosos passos, os quais devem, no cenário atual, de mudanças mais eficientes e fugaz.

Diante de todo o exposto, vale ressaltar as propostas de alteração a legislação tributária, de acordo com Piscitelli *et al* (2020, p.8-17),

Concessão de isenção de PIS/COFINS e IPI sobre absorventes íntimos femininos e assemelhados (calcinhas absorventes e coletores menstruais) e fraldas higiênicas infantil e adulto, além da inclusão, no Anexo I - Produtos Integrantes da Cesta Básica, do PL 3887/2020, concessão de isenção de

PIS/COFINS e IPI sobreanticoncepcionais, além da inclusão, no Anexo I - Produtos Integrantes da Cesta Básica, do PL 3887/2020, Manutenção da desoneração dos itens da cesta básica,Assegurar a isenção de PIS/COFINS e IPI sobre medicamentos utilizados em reposição hormonal por conta da menopausa, e na redesignação sexual, além da previsão de isenção no PL 3887/2020, que cria a CBS, contribuição sobre bens e serviços, de competência da União.

Portanto, com certas reformas no sistema tributário nacional e com políticas públicas adequadas, tendo por base o princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da essencialidade, as mulheres brasileiras poderão ter uma vida mais digna, tendo acesso aos itens de higiene básicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto no presente artigo, nota-se que os princípios são fundamentais para devida compreensão do que se está disposto na Constituição Federal, como também das outras normas norteadoras da sociedade. Esses possuem uma história interligada com as origens históricas e culturais da sociedade. Possuem valores intrínsecos ao indivíduo.

Desse modo, para que haja uma igualdade efetiva de gêneros é preciso que se faça por meio de princípios, mudanças na tributação com auxílio de políticas públicas eficientes,

visando estabelecer medidas de forma a combater a desigualdade de gênero no país, desde os itens de necessidade básica quanto a uma isonomia no âmbito do trabalho e de renda.

Como observado a atual tributação não coopera com os menos favorecidos ou aquelas que precisam de maior apoio por parte do Estado, essas de certa forma acabam por arcar com um maior ônus tributário.

Assim, se faz imprescindível que a tributação reflita sobre a real situação da sociedade brasileira, utilizando-se dos princípios da dignidade da pessoa humana através da essencialidade dos produtos indispensáveis, para disponibilizar uma vida digna a todos; bem como para amparar as mulheres, com a implantação de políticas públicas eficientes, maiores oportunidades de trabalho, renda igual ao gênero masculino, tudo com vista à igualdade de gênero.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07/10/2021.

BRASIL. **Decreto- Lei n.5.452, de 1º de maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 1943. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 07/10/2021

BRASIL. **Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995**. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9249.htm. Acesso em: 07/10/2021.

BRASIL. **Lei n.11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 07/10/2021.

BRASIL. **Lei n.13.149, de 21 de julho de 2015**. Dispõe sobre valores da mensal do IRPF. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13149.htm

BRITO, Maíra Konrad de. Tax women: a desigualdade de gênero na tributação.

JOTA. São Paulo, p. 0-0. 20 mar. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/women-in-tax-brazil/tax-women-a-desigualdade-de-genero-na-tributacao-20032020>. Acesso em: 14/10/2021.

BUENO, Júlio Anderson Alves. **Manual de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*.

COSTA, Elias. No Brasil, milhões de meninas carecem de infraestrutura e itens básicos para cuidados menstruais. **UNICEF**, Brasília, 2021. não paginado. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/no-brasil-milhoes-demeninas-carecem-de-infraestrutura-e-itens-basicos-para-cuidados-menstruais>. Acesso em: 14/10/2021.

COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. *E-book*.

DANILEVICZ, Rosane Beatriz J. O princípio da Essencialidade na Tributação. **Revista da FESDT**, Porto Alegre, n.3, p.229-245, jan./jun. 2009. Disponível em: <https://fesdt.org.br/docs/revistas/3/artigos/13.pdf>. Acesso em: 07/10/2021.

FALEIROS, Eva. Violência de gênero. **Violência**, Rio de Janeiro p. 61-62, 2007. ISBN 978-85-7511-107-9. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/3936438/violencia-genero.pdf>. Acesso em: 06/10/2021.

FEDERAL, Caixa Econômica. **Pis- Programa Integração Social**. 2020. não paginado. Disponível em: <https://www.caixa.gov.br/beneficiostrabalhador/pis/Paginas/default.aspx/DVWA>. Acesso em: 26/09/2021.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. *E-book*.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. *E-book*.

MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. *E-book*.

NERIS, Brenda Borba dos Santos. Políticas Fiscais e Desigualdade de Gênero: análise da tributação incidente nos absorventes femininos. **Revista Fides**, Natal, v.11, n.2,

ago./dez.2020. Disponível em:

<https://academic.microsoft.com/paper/3132579899/related>. Acesso em: 26/09/2021.

NETO, Orlando Fernandes Dias; FERIATO, Juliana Marteli Fais. A Tributação como Instrumento para Promoção da Igualdade de Gênero no Mercado de Trabalho.

Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE), vol.6, no. 2, 2018, p.

420-444. Disponível em: <file:///C:/Users/Denise/AppData/Local/Temp/504-1634-1-PB-1.pdf>. Acesso em: 14/10/2021

PISTELLI, Tathiane *et al.* Reforma Tributária e Desigualdade de Gênero. **Fundação Getúlio Vargas Direito**, São Paulo, nov. 2020. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/reforma_e_genero__sumario_e_xecutivo.pdf. Acesso em: 07/10/2021.

PUGLIESI, Fabio et al. Tributação e Igualdade de gênero: um olhar sobre os direitos humanos. **Revista Direito UFMS**, v. 2, n. 1, 2017. Disponível em: <https://desafioonline.ufms.br/index.php/revdir/issue/view/242>.

SEBRAE. **Empreendedorismo Feminino no Brasil**. Março. 2019. Disponível em: https://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/GO/Sebrae%20de%20A%20a%20Z/Empreendedorismo%20Feminino%20no%20Brasil%202019_v5.pdf. Acesso em: 14/10/2021

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2010. E-book.

TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia. A discriminação de gênero e a proteção à mulher. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 47, n. 77, p. 28-29, jun. 2008. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/27308>. Acesso em: 07/10/2021.

UNIÃO, Diário Oficial. **Lei n.14.214, de 6 de outubro de 2021**. Institui o Programa de Proteção e Promoção da Saúde Menstrual; e altera a Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006. Diário Oficial da União: Brasília, DF, edição: 191, seção: 1, página: 3, 6 outubro 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n14.214-de-6-de-outubro-de-2021-350926301>. Acesso em: 07/10/2021.

EUTANÁSIA E SUA RELAÇÃO COM DIREITOS HUMANOS

CEZAR PRAXEDES DE CARVALHO FILHO:
Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário
São Lucas Ji-Paraná.

EDUARDA SOFIA SILVA SANTOS⁹⁷

(coautora)

RESUMO: A eutanásia é um assunto bastante complicado de falar, cada um possui um posicionamento a seu respeito, aos religiosos sua doutrina já traçou a decisão quanto a sua permissão e aos que não seguem dogmas se permitem cogitar sua possibilidade. Aqueles que a almejam possuem suas convicções embasadas na dignidade de uma morte como livramento de um sofrimento, angústia, ou até mesmo de ser um peso a outros, alegam que seu direito humano de uma vida digna pode estar sendo violado ao negarem seu desejo. A Constituição Federal de 1988 não traz em seu corpo a abrangência de um direito à morte, pelo contrário, protege a vida, bem mais precioso e inviolável. A vida deve traçar seu rumo, seres humanos não são imortais, e por isso, quando há a comprovação de que aparelhos apenas insistem numa natureza contrária é hora de desliga-los, chamando isto de Ortotanásia, que diferente da eutanásia é permitida. O choque entre viver em angústia e morrer como livramento é recorrente, mas a tecnologia está sempre evoluindo e a qualquer momento pode achar a resposta.

Palavras-chave: Eutanásia. Vida. Dignidade. Direitos Humanos. Morte.

ABSTRACT: Euthanasia is a very complicated subject to talk about, each one has a position about it, to religious people their doctrine has already made the decision regarding their permission and to those who do not follow dogmas allow themselves to consider this possibility. Those who aspire to have their convictions based on the dignity of a death as a release from suffering, anguish, or even being a burden to others, claim that their human right to a dignified life may be being violated by denying their desire. The Federal Constitution of 1988 does not include in its body the right to death, on the contrary, it protects life, a more precious and inviolable asset. Life must set its course, human beings are not immortal, and therefore, when there is proof that devices only insist on a contrary nature, it is time to turn them off, calling this Orthothanasia, which, unlike euthanasia, is allowed. The shock between living in anguish and dying as a release is recurrent, but technology is always evolving and at any moment you can find the answer.

Keywords: Euthanasia. Life. Dignity. Human rights. Death.

⁹⁷ Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná.

1. INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana positivou-se na Constituição Brasileira como “Princípio da dignidade da pessoa humana”, sendo estes essencialmente para que se possa compreender como parte funcional dessa dignidade na Constituição. Esse princípio é citado por vários doutrinadores, devido a sua grande importância.

O grande e principal objetivo da dignidade da pessoa humana na jurisprudência é o de que as pessoas possam ter uma segurança de uma vida digna, tendo os direitos fundamentais positivados na Constituição, pois são esses os direitos que concretizam o princípio da dignidade da pessoa humana para que seja expresso ao legislador a proibição de que a vida seja extinta ou seja submetido a certos padrões que são inadmissíveis, da perspectiva que se tem do que é uma vida digna.

Sendo este princípio posto na Constituição como fundamental, deverá ser feita a sua aplicação imediata, automaticamente como uma exigência de realização. Havendo qualquer violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, ensejará a pessoa que teve a sua dignidade atingida fazer uma exigência ao Estado para que seja feita uma prestação positiva, mesma essa ocorrendo contra o próprio Estado, pois ao positivizar a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, o legislador irá atribuir a função de indicação de qual será o caminho a ser percorrido, sendo em última análise ao poder judiciário.

Com essa função de interpretar, faz-se presente no que relaciona aos princípios instrumentais de interpretação, sendo a carga valorativa e subjetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e possibilitado que se faça várias interpretações que poderão levar o ato ou a lei infraconstitucional a serem consideradas constitucionais.

Conceituado no ordenamento jurídico dos estados democráticos de direito, o princípio da dignidade da pessoa humana abrange todo o conjunto de direitos que pertencem à categoria daqueles inerentes ao homem, sua personalidade e sua dignidade. Tais direitos obtêm progressivamente dicção à proporção que se tem uma gradativa mobilidade de repersonalização dignifica o homem juntamente com sua dignidade, posicionando-o no ápice do ordenamento jurídico, como sujeito de amplos direitos.

O ordenamento jurídico existe com intuito de proteger o indivíduo e sua dignidade, isso significa que o homem é o centro da ordem jurídica, sendo todo direito criado para protegê-lo. É necessário que os direitos da personalidade sejam estudados na atualidade sob a ótica civil constitucional, seguindo as diretrizes ditadas pela principiologia da lei maior, em razão da cidadania, da dignidade da pessoa humana, como princípios constitucionais.

Os princípios da igualdade e da liberdade, são um dos principais da constituição, de maneira que sempre realce o indivíduo como ponto central da ordem jurídica brasileira.

Onde entra a morte por Eutanásia na dignidade da Pessoa Humana? Eutanásia é uma prática bem antiga, sendo um ato que induz o paciência à morte com o propósito de livrar de uma enfermidade crônica ou muito dolorosa, porém, recentemente tem ganhando seu espaço nos estudos. Eutanásia é um método aplicado onde se tem por resultado a morte onde não há dor, nem sofrimento para aqueles que se encontram enfermos em estado irreversível, buscando assim minorar a dor tanto do paciente quanto da família que vê o ente amado em tal situação, na maioria das vezes numa cama de hospital. O princípio da dignidade da Pessoa Humana entra na questão da eutanásia pelo simples fato de que para ela ser aplicada não se deve ferir a dignidade humana do paciente.

Várias ideias e discussões se apresentam para a comunidade científica sobre a Eutanásia, isso passa a ocorrer em diversas áreas da sociedade. Acerca dessas discussões existe os que concordam com a medida da Eutanásia e os que são contra a mesma.

Busca assim, analisar como o paciente se sente, onde pela angústia e sofrimento prefere buscar a morte do que a espera por um tratamento, correlacionando assim a dignidade humana do paciente com o direito.

1. EUTANÁSIA

A palavra eutanásia é originária do grego tendo como principal significado a boa morte, indolor e tranquila ou ato de ceifar a vida de pessoa que foi atingida por uma doença incurável. O direito à vida digna ou a morte digna é caracterizada por um querer do homem, tal direito deveria ser exercido de forma natural, não impedido por leis ou dogmas.

Quando se fala em eutanásia muitos já pensam em ter um dia certo para entregar sua vida, um dia no qual você quer ser morto para que assim possa acabar com o sofrimento e angustia do presente momento, porém, esse ideal é distorcido, não existe a possibilidade de escolher o dia em que se quer morrer no ordenamento jurídico brasileiro (salvo a exceção ortotanásia).

Por mais que seja uma pessoa doente em estado terminal, não se pode escolher quando morrer, mesmo querendo, e sofrendo de dores angustiantes que por si só já causam sentimentos terríveis onde o pouco de racionalidade que sobra no cérebro vê a morte como única saída, deve-se aguentar até o fim, vivo, e ser tratado.

O tratamento muitas vezes poderá não ter bom efeito, ser lento, incapaz de trazer o alívio que o sistema neural tanto quer, mas ainda assim se mostra a melhor possibilidade

para descanso da enfermidade que tanto causa sofrimento do que a busca por um fim à vida.

O médico deverá salvar o paciente, trazê-lo de volta à vida saudável e não encurtar seus últimos momentos. Tem de dar esperança ao paciente, fazer com que seus dias na terra possam se prolongar, cuidando-o através de medicamentos e buscando sempre achar uma nova chance para que o mesmo possa ser curado.

No Brasil a prática da eutanásia é crime. O médico que decidir prestar auxílio para a morte do paciente está indo contra uma lei, que está tipificada no código penal brasileiro, definindo assim.

Conforme pode-se observar no Art. 122 do Código Penal,

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

Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Parágrafo único - A pena é duplicada:

Aumento de pena

I - se o crime é praticado por motivo egoístico;

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

Além da eutanásia também encontramos outras divisões que se referem a esse tema, como a distanásia, que segundo o autor Genival Veloso a define como “[...] o tratamento insistente, desnecessário e prolongado de um paciente terminal, que não apenas é insalvável, mas também submetido a tratamento fútil.” (2017, p. 1103).

Como vemos na fala de Genival, a distanásia é um procedimento onde já há uma resposta clínica feita pelos médicos onde sabe-se que o tratamento é totalmente inviável, não conseguirá obter êxito algum, apenas prolongará os dias de sofrimento do paciente, acordado ou em coma. Trazendo sofrimento que abrange muito mais que apenas a vida e dores do paciente, mas de toda uma família que sofre dia a dia vendo um querido, em estado irreversível.

Encontramos também a ortotanásia, que é “[...] a suspensão de meios medicamentosos ou artificiais de vida de um paciente em coma irreversível e considerado

em 'morte encefálica', quando há grave comprometimento da coordenação da vida vegetativa e da vida de relação." (FRANÇA, 2017, p. 1103).

Um exemplo prático ocorre quando se desligam os respiradores de um paciente em coma irreversível (que se tem a certeza através de exames seguros) e que permanece com vida, diga-se, sinais cerebrais ativos, por causa que o aparelho fazia o corpo permanecer em estado de vida. Mais claro ainda ocorre quando o cérebro morre, mas o corpo permanece vivo por causa dos aparelhos, que é a morte encefálica. Genival ainda define que a eutanásia seria a supressão da vida por compaixão ao paciente.

Quando se diz que alguém possui alguma doença crônica que acarreta dores constantes, tem-se a primeiro momento o tanto que essa pessoa sofre, dias no qual mal aguenta sair da cama de tanta dor, dias em que irá chorar angustiada de dor, e que até o momento a mesma doença não tenha nenhum tratamento que traga cura, mas tenha tratamentos que amenizem seu estrago, esse será o procedimento correto a ser buscado. O paciente tem que ser tratado até a morte, por mais que ele sofra de dores constantes e a doença seja incurável até o momento.

Seguindo a mesma lógica, mas dessa vez imaginando que fosse permitido tal artifício, como ficaria o estado emocional do médico que se visse em tal situação? O mesmo ficaria com sentimento de culpa, carregaria em suas mãos a morte daquele paciente, um peso que somente aqueles que já passaram sabem como é. A maioria dos seres humanos possuem sentimentos de afeto por toda vida, não aceitam a morte de outros e médicos sentem isso mais ainda, pois quando se veem diante de um paciente em estado clínico de doença grave não querem ver a vida daquele ser humano perdida, são capazes de fazer o impossível para ver ele curado, mas entregar sob sua responsabilidade a capacidade de tirar a vida de seu paciente é algo extremamente deprimente para a maioria, alguns até que conseguiriam lidar, mas a maioria sofreria com o ato.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, Art. 1º Inciso III e caput do artigo 5º:

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. 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. (CÉSPEDES e ROCHA, 2018, p. 04)

Muitos pensam, invocando os artigos 1º inciso III e 5º da Constituição Federal de 1988, que pode ser considerado digna a prática de eutanásia, alegando que tais artigos por se referirem à dignidade à vida alcançam muito além, que pelo fato de uma pessoa sofrer de dores constantes a sua dignidade estaria sendo ferida, violando assim os direitos que essa possui, e desta forma podendo alegar que a prática de eutanásia faria jus ao direito, onde a dignidade não está intrinsecamente ligada à vida, mas sim ao bem estar, pois, no sofrimento não há viver, apenas sobreviver.

A dignidade citada por alguns não existe, pois, tal ato pode ser visto como suicídio, o que é ilegal em nosso ordenamento jurídico. E nesse contexto entendemos ainda mais que escolher quando morrer não pode ser levado para o lado do debate sobre dignidade humana de vida.

Não se pode fixar os olhos apenas ao fato de que a morte pode trazer, aparentemente, descanso ao sofrimento do paciente, deve-se ter olhos abertos para enxergar que por mais doloroso que seja ao indivíduo que sofre, praticar um ato de ceifar a vida de um ser humano com intuito de privá-lo do sofrimento não possui dignidade alguma.

Não importa a época, sempre existiu o pensamento de que devíamos sacrificar um doente se o mesmo não tivesse a chance de ser curado. Hoje esse pensamento está um pouco diferente, mas ele encontra suas raízes nessas ideias.

No pentateuco, que não possui fundamentação científica para o estudo, mas reflete grandemente no pensamento e no comportamento da sociedade é encontrado em diversas partes o relato de o que deveria ser feito à aqueles que se encontrassem em estado de lepra (hanseníase), eram removidos de seus clãs e colocados para fora da cidade para morrerem sozinhos, o desconhecimento do povo daquele tempo sobre o tratamento de enfermos era tão grande quanto o desconhecimento que possuímos hoje em dia para curar alguém de um câncer, sabemos como tratar mas ainda não chegamos perto da cura, e eles sabiam tratar e era colocando para longe da cidade, assinando praticamente o atestado de óbito desses enfermos, pois, uma vez fora das cidades estavam expostos à feras selvagens que os matariam na primeira oportunidade.

Analisando o atual desenvolvimento da humanidade, pode-se notar como a medicina evoluiu, uma doença que antes poderia matar vários, hoje é quase irrelevante. Na antiguidade ela era utilizada como rota de fuga para os que estavam próximos da morte e não queria sofrer com a desonra, pois para alguns, sofrer com dor era motivo de desonra.

Houve também os que faziam seu uso como forma de eliminar os “defeituosos”, como por exemplos bebês que nascessem com alguma doença já eram de cara

“descartados” pois iriam desonrar a família ou não serviriam para trabalhar nem para a guerra, como relata Maria, 2009, p. 23.

O diagnóstico da incurabilidade é duvidoso, é difícil um médico alegar que determinada doença é incurável, pois, nunca sabemos quando pode surgir a cura para uma doença, e com tantos avanços tecnológicos atuais nunca saberemos em que momento alguma pesquisa pode ter seus resultados publicados alegando a cura de uma determinada doença.

Por mais que todos digam que não tem cura, o avanço constante da medicina moderna pode e deve trazer esperança para os milhares de enfermos que se encontram em leitos de hospitais com suas perspectivas praticamente destruídas a respeito de poder sair daquele estado. Por isso nunca se deve pesar na eutanásia como uma saída, ela deve ser jogada de fora, colocando a busca pela cura como opção única e verdadeira, buscando todo tipo de tratamento novo.

E não há porque focar apenas na cura, uma forma de tratar é suficiente para trazer vida nova ao enfermo, e como exemplo vemos os atuais avanços da medicina em buscar a vacina para o COVID-19, ainda não se fala muito nos jornais sobre buscar a cura para esse vírus que tem causado morte e medo em toda a humanidade, mas se vê uma busca sem limites para uma forma de imunizar a população, uma vacina, que não irá curar mas sim proteger, diminuindo fortemente as chances de contágio. Há também uma busca intensa para o tratamento desse vírus, desde o início do surto diversos medicamentos foram apontados como eficientes, mas infelizmente não houve êxito durante os estudos que comprovam como eficientes, mas mesmo assim os pesquisadores não desistiram.

Algumas pessoas que são a favor da eutanásia costumam dizer que se trata do Direito Natural a vida, pois podemos escolher o que fazer de nossas vidas, no entanto esse pensamento é um tanto errado, por mais que em nossa constituição tenha lei versando sobre direito à vida não significa dizer que esse direito é de escolher o que bem entender com ela, pois uma vida afeta outras ao seu redor, a partir da vida é que o ser humano tem efetivo direito e deveres sobre ela.

2. DIREITOS HUMANOS

A Constituição Federal e o Código Penal Brasileiros asseguram a inviolabilidade do direito à vida e presumem as punições caso alguém viole tal direito. Conquanto ninguém poderá ser privado aleatoriamente ou casualmente de sua vida, pois causaria uma pena de responsabilização criminal. Porém, caso algum indivíduo queira tirar sua própria vida, o Código Penal não possui nenhuma penalidade quanto a esta.

Todos nascem com direitos e garantias, e o Estado não pode tratá-los como concessões, porque alguns desses direitos são criados pelo ordenamento jurídico, outros direitos são criados por meio de certa manifestação de vontade e outros direitos só são reconhecidos em cartas legislativas. Deve-se exigir que a sociedade respeite a dignidade de todas as pessoas e que garantam os meios para atender às suas necessidades básicas.

Direitos humanos são definidos como um conjunto de direitos e garantias institucionalizadas para o ser humano, cujo objetivo central é respeitar a sua dignidade, protegendo o poder do Estado e garantindo condições mínimas de vida e desenvolvimento.

Os seres humanos são o desenvolvimento integral da personalidade que visa garantir que os humanos respeitem a vida, a liberdade, a igualdade e a dignidade. Esta proteção deve ser ativamente reconhecida pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais.

Nesta perspectiva Piovesan enuncia que

“O valor da dignidade humana impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos e garantias fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico ao sistema jurídico brasileiro.”(2018 p. 499)

Os direitos fundamentais são direitos humanos garantidos por lei e sistema. Trata-se de direitos objetivamente efetivos em um determinado ordenamento jurídico, ou seja, são declarações constitucionais de natureza declarativa, e têm por objetivo reconhecer a existência de privilégios básicos dos cidadãos no plano jurídico. A liberdade de expressão (Inc. IX, art. 5º), a intimidade e a honra (Inc. X, art. 5º) e a proteção da propriedade e do consumidor são direitos fundamentais.

Os direitos humanos foram, há não muito tempo, conquistados através dos tratados internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em dezembro de 1948, um grande marco para a história do direito. Esse tratado mudou drasticamente o mundo, direitos antes inimagináveis agora foram alcançados.

Outro fator existente é sobre o artigo 3 que trouxe o direito à vida, tão tratado nesse tema de eutanásia, em seu corpo também o artigo 25, que assegura ao ser humano o direito a um padrão de vida capaz de lhe assegurar saúde, bem estar, alimentação, entre

outros, além da Carta Magna de 1988, que preceitua a vida como um bem jurídico e possui uma autonomia da vontade.

3. PANORAMA HISTÓRICO E RELIGIOSO DA EUTANÁSIA

O termo "Eutanásia" foi criado pelo filósofo Francis Bacon por volta do século XVII que era definida como a cura ideal para doenças incuráveis da época. Etimologicamente, o "eu" em grego significa "bem ou boa", e "THANASIA" significa morte. Portanto, de forma simples, é a interferência dos processos naturais da vida ao prever a boa morte. Ao longo da história, vários grupos sociais viram essa prática de maneiras diferentes.

Por exemplo, as civilizações antigas: Atenas e Esparta. Neste cenário, Genival Veloso de França, médico e bacharel em direito, em seu artigo "Eutanásia: direito de matar ou direito de morrer" (1999, p.1) trata-se sobre a eutanásia na capital da Grécia, Atenas. Onde autorizava o envenenamento para matar os idosos. Em Esparta, bebês recém-nascidos deformados eram jogados do alto do monte Taijeto. A premissa era que seus filhos se tornassem futuros lutadores. Embora essa possibilidade tenha sido eliminada, não há razão para mantê-los vivos.

Além disso, deve ser enfatizada a posição da religião, que é o comportamento que influencia o tema em discussão por meio de valores, crenças e costumes, que normalmente, condenam essa prática.

Observa-se que uma das principais religiões monoteístas, o Judaísmo, a vida são definidos como um fenômeno absoluto por esta religião. Não importa quanto sofrimento a humanidade tenha e quão miserável seja sua vida, não é permitido retirá-lo de acordo com a sagrada lei judaica, o Torá. Nesse sentido, os fiéis religiosos assentados têm o chamado "Dom da Vida" e não podem realizar intervenções que levem diretamente à morte.

O Islamismo enfatiza princípios semelhantes ao Judaísmo. A Declaração Islâmica dos Direitos Humanos de 1990, redigida com base nas opiniões e julgamentos do Alcorão, estabeleceu seus pontos de vista sobre isso ao condenar a eutanásia, como segue:

I – Direito à Vida

A vida humana é sagrada e inviolável e todo esforço deverá ser feito para protegê-la. Em especial, ninguém será exposto a danos ou à morte, a não ser sob a autoridade da Lei.

A Igreja Católica Apostólica Romana está obviamente na base da defesa do ideal sagrado e inviolável de vida dentro da soberania de Deus sobre todos os seres vivos, especialmente os seres humanos, e adota uma posição de rejeição por não permitir o

comportamento de morte antecipada, para tal, o único que tem permissão para acabar com uma vida é Deus.

4. EUTANÁSIA E OS DIREITOS HUMANOS

Pode-se dizer que os Direitos Humanos possuem uma lógica material, do qual é inspirado na dignidade da pessoa humana. De acordo com Flávia Piovesan,

“[...] a Declaração de 1948 vem a inovar ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana.” (2019 p. 61)

Entende-se então que dignidade é aliada em duas dimensões, sendo uma a biológica, em seu aspecto físico-corporal e também, a dimensão biográfica, sendo as crenças, opções e valores. Sendo assim, o direito não deve preocupar-se apenas com uma das questões, mas sim, buscar pelo ser humano em si.

Quando se trata de uma vida da qual está indisponível, é preciso ceder a autonomia a mesma, pois se encontra em fase terminal e, em meio a limitações, agonia e sofrimento.

Além de tudo, sabemos que não há como fugir da temida discussão a respeito de qual seria a verdadeira vontade do indivíduo e também, em tentar saber se uma pessoa que se encontra em uma situação grave e próxima da morte, conseguiria de alguma forma racionalmente autorizar ou não a própria morte. E também, se essa exigência dependesse de os familiares fornecer o consentimento, a situação ainda seria complicada, pois, quando se trata de interesses inconfessáveis que de alguma forma poderiam ter influência contra o paciente.

5. AMEAÇA AO DIREITO À VIDA

O título “Direitos e Garantias Básicas” pertencente à Constituição Federal estipula o direito à vida, que é o direito mais básico, pois todos os demais direitos derivam dele. Está vinculado ao princípio constitucional da inviolabilidade e não renúncia, ou seja, o direito à vida não pode ser respeitado por meio de penas criminais, nem os indivíduos podem renunciar a esse direito e objetivar a morte.

Art. 5º da CF: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros

residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]

O Estado tem a responsabilidade de garantir o direito à vida, que não é apenas sobreviver, mas também gozar de uma vida digna em termos de sobrevivência. De acordo com Moraes, 2021, p. 87: "O Estado deverá garantir esse *direito a um nível de vida adequado com a condição humana* respeitando os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;"

O estado garante o direito à vida, proibindo mortes provocativas como a eutanásia. Entretanto, a eutanásia mencionada no primeiro anteprojeto não deve ser vista como uma ameaça ao direito à vida, pois só se aplica às pessoas que estão prestes a morrer e inevitavelmente morrer conforme mencionado acima, ou seja, quando a pessoa sobrevive por meio de máquinas, o chamado vida vegetativa.

Quando uma pessoa não desfruta plenamente do direito à vida, uma pessoa não pode nem mesmo reivindicar uma vida digna porque está privada de liberdade e exerce muitos direitos, como o direito à vida será ameaçado pela eutanásia, e não pode desfrutar de um padrão de vida adequado, por exemplo Educação, cultura, lazer e até suas funções importantes são autônomas.

No âmbito constitucional, um indivíduo neste estado não tem mais vida, pois sua "vida" já foi involuntariamente tirada. Pelo entendimento, é óbvio que todos têm direito à vida, ou seja, direito à vida, não só isso, mas também o direito de desfrutar de uma vida plena e digna, respeitando seus valores e necessidades.

O direito à vida está vinculado ao princípio da dignidade humana, o que significa que o direito à vida não é apenas o direito à sobrevivência, mas também o direito a viver com dignidade. Portanto, sob o argumento de sofrer uma dor irreversível, uma dor irreversível e um tratamento degradante, alguém afirma estar protegendo o seu direito à vida, não seria torturado? O seu direito à integridade física e mental foi violado?

Nessas circunstâncias, deve-se observar o direito de viver com dignidade, a liberdade de todos e a autonomia para expressar sua vontade, o direito de escolher entre a vida e a morte. A Constituição estipula ainda: Além de garantir o respeito pela integridade pessoal e moral, também estipula que ninguém será submetido a tortura ou tratamento desumano ou degradante (Art. 5º, III).

Não basta a mera proteção do direito à vida, mas o ser humano deve ser respeitado em termos de sua integridade física, mental e moral, tendo em vista que existe uma relação entre esses direitos. A vida humana é uma questão perante a lei, pois só surge quando

existe um conflito entre as pessoas, o que requer a intervenção da lei, devendo o Estado respeitar a decisão de todos.

Não se pode dizer que a “Constituição da República” só protege o direito à vida no sentido biológico, mas a uma vida com dignidade, o que significa respeito pela escolha do estilo de vida e, portanto, a liberdade de morrer com dignidade.

6. RESOLUÇÃO DO CFM 1.805/2006, VIVER OU SOBREVIVER

Aprovado pelo Conselho Federal de Medicina, esta resolução permite ao médico suspender tratamentos que irão prolongar a vida em fase terminais que se aplicara a uma doença grave ou incurável, essa qual, pela resolução não se enquadra na eutanásia, mas sim como a ortotanásia.

Nesse cenário o paciente não é induzido à morte, o que ocorre é que não é mais induzido a sobreviver através de medicamentos, e equipamentos, mas sim seguindo o curso normal da vida, vida essa que tem de ser respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante.

A eutanásia não se limita apenas aos doentes terminais, como todos sempre lembram ao citar seu nome. Ela abrange também outras situações polêmicas, como as de recém-nascidos com anomalias congênitas, crianças que podem ter uma vida pela frente, mas por serem um pouco “fora dos padrões da sociedade” tem sua vida cessada, pessoas que se encontram em estados vegetativos irreversível também podem ter sua vida suspensa e pessoa inválidas sem a capacidade de cuidar de si mesmas.

Vale lembrar que as pessoas costumam ligar a ideia da morte como a falência do organismo como um todo e não de alguns órgãos, como o cérebro. Por exemplo, a pessoa pode estar em perfeitas condições corporais, com boa aparência, limpa, somente não fala, e mantém os olhos fechados, pois o encéfalo já parou de funcionar e a vida se encerrou.

Estar vivo não é somente ficar deitado sobre uma cama recebendo alimentos por sonda e remédios, estar vivo é mais que isso, estar vivo é respirar sem dificuldades, é conseguir fazer uma caminhada de manhã, é poder ir ao banheiro e não necessitar da ajuda de ninguém, para alguns, o que não for isso é classificado como sobreviver.

Em contrapartida a ortotanásia pode ser definida como uma “morte correta” decorrente de um processo natural. Neste caso o enfermo já está no processo natural da morte e recebe uma contribuição do médico para que esse estado siga seu curso, ao invés de prolongar o processo artificial de morte, deixa-se que se conclua naturalmente.

De forma clara nesse procedimento ao invés do médico forçar o paciente a permanecer vivo, ele desliga as máquinas e deixa o corpo do paciente agir por conta própria, seguindo seu curso natural.

7. CONCLUSÃO

Ante o exposto, pode-se concluir que o sistema jurídico brasileiro se orienta pelos princípios fundamentais, os quais são entendidos como valores expressados socialmente. Esses valores se tornam evidentemente mais notáveis quando envolvem bens jurídicos mais relevantes como, por exemplo, a vida. Diante disso, constata-se que a eutanásia sempre foi considerado ato ilícito no ordenamento brasileiro, sendo essa determinação coerente com os valores que estruturam as decisões legais em respeito à vida humana

Ademais, vale mencionar que o consentimento do paciente para a realização da eutanásia ou a motivação piedosa de quem a pratica não excluem a ilegalidade da ação nem exoneram de culpa quem a praticou.

Os preceitos legais intrínsecos à moral, enquanto fundados na razão, podem ser universalizados a todos os seres que seguem a racionalidade. O princípio que fundamenta a condenação da eutanásia equivale ao que condena o aborto provocado e a pena de morte: a dignidade da vida do ser humano. Assim, entende-se que o primeiro direito da pessoa humana é a sua vida e, mesmo que ela tenha outros bens preciosos, a vida, além de fundamental, é a condição de todos os outros. Portanto, esse bem deve ser protegido acima de qualquer outro.

Por fim, não se deve confundir eutanásia com a ortotanásia, haja vista que esta última é a omissão voluntária de meios não convencionais que, apesar de eficazes, alcançaram seus objetivos apenas temporariamente. Assim, o paciente logo retornará à condição anterior aos benefícios obtidos. O tratamento é considerado um tanto leviano quando apenas prolonga a morte, mas não pode efetivamente melhorar ou corrigir a doença.

8. REFERÊNCIAS

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <integrada.minhabiblioteca.com.br>. Acesso em 28 de outubro de 2021

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <integrada.minhabiblioteca.com.br>. Acesso em 28 de outubro de 2021

DODGE, Raquel Elias Ferreira. Eutanásia-Aspectos Jurídicos. Revista Bioética. Distrito Federal, V.7, n1. Disponível em: <revistabioetica.cfm.org.br>

WENDT, Emerson. Eutanásia. **Revista Jus Navigandi**. Rio Grande do Sul, 2021. Disponível em: <jus.com.br/artigos/1864/eutanasia> . Acesso em 03 de Julho de 2021.

BRASIL. CP - **Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940**. Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio. Disponível em <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em 6 de novembro de 2018.

CÉSPEDES, Livia e ROCHA, Fabiana Dias da (orgs.). Constituição Federal. **Vade mecum acadêmico de direito Saraiva**. 26.ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em <lelivros.love>. Acesso em 24 de agosto 2018.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 11.ed., Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2021. Disponível em <integrada.minhabiblioteca.com.br>. Acesso em 28 de outubro de 2021

LARAIA, Maria Ivone Fortunato. **A pessoa com deficiência e o direito ao trabalho**. 2009. 197 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. Disponível em <tede.pucsp.br>. Acesso em 28 de outubro de 2021.

ENSINO JURÍDICO 4.0: A FORMAÇÃO DO FUTURO OPERADOR DO DIREITO

THAIS DA SILVA ALVES: Bacharelanda em Direito pela Universidade de Gurupi – UnirG.

KADYAN DE PAULA GONZAGA E CASTRO⁹⁸

(orientadora)

RESUMO: A Indústria 4.0 é uma realidade cada vez mais presente no meio social atual. Adentra em todas as áreas de trabalho e mercado, incluindo o cenário jurídico. Nesse sentido, o mercado exige que haja profissionais habilitados com as novas ferramentas tecnológicas de modo a agilizar processos e demais atividades jurídicas. Nesse sentido, o respectivo estudo tem como finalidade analisar a necessidade de adequação do ensino do Direito num cenário onde a profissão jurídica encontra-se profundamente transformada pela tecnologia. A metodologia utilizada é a revisão bibliográfica, a partir de livros e periódicos, nacionais e internacionais, para melhor descrever, argumentar e delinear os objetivos da pesquisa. Nos resultados, ficou claro observar que diante da complexidade encontrada no tema relacionado à Indústria 4.0, há uma necessidade de inserção de novos conceitos e disciplinas na formação jurídica, tais como gestão, Marketing, TI, com possibilidades interdisciplinares, possibilitando desta forma a inserção no mercado de profissionais especializados nas novas áreas jurídicas, como advogados de startups, business lawyers, programadores jurídicos, especialistas em LGPD ou propriedade digital.

Palavras-chave: Ensino Jurídico 4.0. Operador do Direito. Tecnologia. Advocacia.

ABSTRACT: Industry 4.0 is an increasingly present reality in today's social environment. Enter into all areas of work and market, including the legal scene. In this sense, the market demands that there be professionals qualified with the new technological tools in order to streamline processes and other legal activities. In this sense, the respective study aims to analyze the need to adapt the teaching of Law in a scenario in which the legal profession is profoundly transformed by technology. The methodology used is the bibliographic review, based on national and international books and periodicals, to better describe, argue and outline the research objectives. In the results, it was clear to observe that given the complexity found in the topic related to Industry 4.0, there is a need to insert new concepts and disciplines in legal education, such as management, Marketing, IT, with interdisciplinary possibilities, thus enabling the insertion in the market for professionals specialized in new

⁹⁸ Advogada, Coordenadora e Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG, palestrante, conferencista e conciliadora/mediadora judicial, titulada pelo TJ-GO.

legal areas, such as startup lawyers, business lawyers, legal programmers, specialists in LGPD or digital property.

Keywords: Legal Education 4.0. Law Operator. Technology. Advocacy.

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Indústria 4.0: Aspectos gerais. 4. O operador do direito no cenário da Indústria 4.0. 4.1 Das ferramentas tecnológicas. 5. Do ensino jurídico relacionado à Indústria 4.0. 6. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Assuntos relacionados ao Direito Digital tem sido palco de inúmeras discussões, devido não apenas pelo avanço tecnológico, mas, porque as novas tecnologias estão sendo aplicadas no ramo jurídico definitivamente. O aparato tecnológico encontrado atualmente, e que a cada dia é renovado, faz com que os operadores do direito e demais atores pertencentes a esse grupo, tenham que entender essas mudanças, se adaptar e aplicá-las no seu trabalho.

Há muito se discute o real impacto do Direito Digital no meio jurídico. Essa nova roupagem é oriunda da Indústria 4.0. Leucotron(2018) define a indústria 4.0 como o resultado de constantes pesquisas e inovações que caracterizam a 4ª revolução industrial, marcada pelo avanço dos sistemas e processos produtivos.

A indústria 4.0 vai além da mera digitalização, implicando numa forma bem mais complexa de inovação tecnológica a partir da combinação de tecnologias múltiplas, que obrigam as empresas a repensarem o modo como gerenciam seus processos e negócios (COELHO, 2016).

Com a expansão dessa tecnologia, ao qual é encontrada em todos os setores de trabalho e mercado, ela tem sido encontrada no contexto jurídico. Desta feita, o que se verifica atualmente é a tecnologia a favor do Direito, seja pelo desenvolvimento de ferramentas de ponta que podem ser empregadas na prática profissional dos juristas ou novas situações e problemas jurídicos que emergem da entrada de novas tecnologias na sociedade.

De todo o modo, sendo a Indústria 4.0 uma realidade irreversível, é preciso que os operadores do direito tenham o conhecimento teórico e prático necessário para aplicar as novas ferramentas tecnológicas no seu exercício profissional. Para isso, é necessário que haja um incentivo na aplicação de ensino às novas tecnologias a esses profissionais.

Com isso, o presente estudo tem como escopo discorrer a respeito da educação jurídica no que concerne ao avanço tecnológico trazido pela Indústria 4.0. No decorrer da análise desse tema procura-se responder a seguinte indagação: de que forma o ensino jurídico pode auxiliar na formação do futuro operador do Direito diante da Indústria 4.0?

Portanto, discute-se com esse tema, como o ensino do Direito deve se adequar para preparar profissionais capazes de atuarem conforme o que lhes é exigido nessa nova realidade.

2. METODOLOGIA

A metodologia utilizada para a realização do presente estudo se pautou no método indutivo e qualitativo. Caracterizada como uma revisão de literatura, a pesquisa bibliográfica foi feita através de leituras das leis, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, de livros e artigos científicos relacionados ao tema proposto.

A presente pesquisa foi realizada mediante o levantamento de documentos. Assim, a coleta de dados é resultado de uma busca feita em bases de dados, tais como: Scielo; Google, dentre outros, entre os meses de agosto e setembro de 2021.

3. INDÚSTRIA 4.0: ASPECTOS GERAIS

Antes de se adentrar no tema central desse estudo, é necessário inicialmente discorrer em linhas gerais sobre a Indústria 4.0. A origem da indústria 4.0 está diretamente relacionada à evolução industrial e seus períodos que influenciaram o desenvolvimento presenciado atualmente. Segundo Deloitte (2014) a primeira revolução industrial deu-se em meados do século XVIII até o século XIX, marcada pela origem das máquinas a vapor, que mecanizou a produção que anteriormente era exclusivamente artesanal.

A segunda revolução industrial ocorreu a partir do século XIX até meados do século XX. Essa se caracterizou pela chegada da energia elétrica, a qual facilitou e aumentou as linhas de produção, explica McKinsey (2016). A terceira revolução industrial desenvolveu-se a partir da “segunda metade do século XX, através da implantação de elementos eletrônicos e tecnologia que possibilitaram a automação dos processos produtivos” (SCHWAB, 2016. p. 01).

A quarta revolução industrial, também chamada indústria 4.0, fábricas inteligentes ou manufatura avançada surgiu no início do século XXI, marcada pela digitalização da produção, que permitiu a personalização da produção em massa caracterizada pela globalização da internet móvel e de fácil alcance, sensores compactos e mais potentes e a inteligência artificial, grandes mudanças na forma de produção e consumo, promovendo

o desenvolvimento de novos modelos de negócios (AIRES et. al, 2017 apud DELOITTE, 2014).

Para melhor entendimento sobre esse processo, confere-se o Quadro 1:

QUADRO 1 – Processo histórico da Indústria 4.0

	REVOLUÇÃO	DESCRIÇÃO
1º	1780 – Revolução Industrial	Trouxe a máquina a vapor e o tear mecânico ao dia a dia da manufatura, levando os moradores do campo para o trabalho mecanizado nas fábricas.
2º	1880 – Revolução Industrial	O surgimento dos motores a combustão e a energia elétrica foram a tônica da 2ª Revolução Industrial, o que transformou completamente as metodologias de trabalho.
3º	1980 – Revolução Industrial	Foi a vez da microeletrônica e dos primeiros computadores começarem a substituir antigos processos manuais, como a criação de documentos por datilografia e comunicação por FAX. Posteriormente, esse fluxo levou a evolução e à 3ª revolução industrial, graças à popularização dos computadores modernos e da internet, especialmente no mundo corporativo.
4º	2013 – Indústria 4.0	É o resultado de constantes pesquisas e inovações que caracterizam a 4ª revolução industrial, marcada pelo avanço dos sistemas e processos produtivos, que ganhou maior impulso a partir de 2013, graças aos modelos alemães que integravam a tecnologia aos meios de produção. E isso tende a se expandir ainda mais nos próximos anos.

Fonte: Leucotron (2019)

A empresa de telecomunicação Leucotron(2018, p. 12) define a indústria 4.0 como o “resultado de constantes pesquisas e inovações que caracterizam a 4ª revolução industrial, marcada pelo avanço dos sistemas e processos produtivos, que ganhou maior impulso a partir de 2013, graças aos modelos alemães que integravam a tecnologia aos meios de produção”.

Castro (2019) ao explicitar sobre a indústria 4.0 aduz que ela se refere a uma rápida digitalização na manufatura no cenário atual. Não é uma tecnologia em si, nem um modelo de negócio. É sim, uma abordagem que busca resultados industriais que não eram vistos ou possível a pelo menos 15 anos atrás.

O supracitado autor ainda acrescenta que se trata de uma combinação de inovações e tecnologias digitais (avanços como robótica e inteligência artificial, sensores sofisticados, etc.), capazes de revolucionar a produção industrial (CASTRO, 2019).

Coelho (2016) afirma que o impacto da indústria 4.0 vai além da mera digitalização, implicando numa forma bem mais complexa de inovação tecnológica a partir da combinação de tecnologias múltiplas, que obrigam as empresas a repensarem o modo como gerenciam seus processos e negócios, o seu posicionamento na cadeia de valor, o desenvolvimento de novos produtos e a sua introdução no mercado, bem como o ajuste das ações de marketing e de distribuição.

Segundo Almeida (2020, p. 03) é a “introdução de tecnologia e dispositivos inteligentes para realmente automatizar boa parte dos processos operacionais e mesmo estratégicos”.

O objetivo da Indústria 4.0 é simples: agilizar o nível e a qualidade produtiva, de forma que a indústria se alinhe à demanda de um mundo cada vez mais populoso e exigente. Na prática, isso se traduz num maior potencial competitivo para as empresas, que vão reduzir custos e potencializar a produção de maneira padronizada do chão de fábrica (ALMEIDA, 2019).

A respeito dos seus princípios, cabe citá-los:

Capacidade de operação em tempo real: Consiste na aquisição e tratamento de dados de forma praticamente instantânea, permitindo a tomada de decisões em tempo real.

Virtualização: Simulações já são utilizadas atualmente, assim como sistemas supervisórios. No entanto, a Indústria 4.0 propõe a existência de uma cópia virtual das fabricas inteligentes, permitindo a rastreabilidade e monitoramento remoto de todos os processos por meio dos inúmeros sensores espalhados ao longo da planta.

Descentralização: A tomada de decisões poderá ser feita pelo sistema *cyber-físico* de acordo com as necessidades da produção em tempo real. Além disso, as máquinas não apenas receberão comandos, mas poderão fornecer informações sobre seu ciclo de trabalho. Logo, os módulos da fábrica inteligente trabalharão de forma descentralizada a fim de aprimorar os processos de produção.

Orientação a serviços: Utilização de arquiteturas de software orientadas a serviços aliado ao conceito de *Internet of Services*.

Modularidade: Produção de acordo com a demanda, acoplamento e desacoplamento de módulos na produção, o que oferece flexibilidade para alterar as tarefas das máquinas facilmente.

(SILVEIRA, 2018, p. 01)

Conforme exposto acima, a Indústria 4.0 propõe a ser a mais rápida possível, caminhando com o avanço tecnológico visto atualmente. Por exemplo, a virtualização permite que exista uma cópia virtual das fábricas, onde é possível elas serem rastreáveis e monitoradas em todos os seus processos, minuto a minuto (SILVEIRA, 2018).

Schwab (2016, p. 39) afirma que “são quatro alterações esperadas na indústria em geral: (i) Alterações nas expectativas dos clientes; (ii) Produtos mais inteligentes e mais produtivos; (iii) Novas formas de colaboração e (iv) A transformação do modelo operacional e conversão em modelo digital”.

Segundo Coelho (2016) os clientes estão em busca de cada vez mais experiências, que vão da compra, recebimento até o uso efetivo do produto, ademais, trata-se de uma evolução para customização em massa mudando a ideia preexistente no *trade off* entre custo e diferenciação através da digitalização e aplicação de materiais e plataformas de produção entre si.

Conforme a Confederação Nacional da Indústria (2016), a tecnologia de digitalização ainda é pouco divulgada no Brasil, o que implica no entrave da sua utilização no país. Numa pesquisa realizada com todas as indústrias brasileiras, 48% afirmaram utilizar pelo menos uma tecnologia, correspondente a 63% entre grandes empresas e 25% entre pequenas empresas.

Em setembro de 2015 o *World Economic Fórum* (2015) elaborou um relatório chamado “*Deep Shift Technology Tipping Points and Societal Impact*” que consultou cerca de 800 executivos e especialistas do setor de tecnologias da informação e comunicação, pedindo que se localizassem no tempo segundo a sua percepção, 21 pontos críticos de mudança.

Por meio desse relatório foram identificadas seis tendências embasadas na tecnologia que irá modificar a sociedade criando oportunidades e possíveis riscos:

(a) Pessoas e a internet: redes sociais, a forma como as pessoas interagem umas com as outras.

(b) Computadores, comunicações e armazenamento: A rápida redução de custo, o tamanho dos computadores e tecnologias de comunicação.

(c) Internet das coisas: sensores cada vez mais pequenos e baratos estão a ser introduzidos em casas, acessórios, cidades, transportes e processos produtivos.

(d) Inteligência Artificial e Big-Data: Crescimento exponencial da digitalização, da informação acerca de tudo e de todos associados a software com algoritmos cada vez mais sofisticados e capazes de aprender e evoluir sozinhos, começam a ocupar lugares até agora reservados ao homem, inclusive lugares de decisão.

(e) Economia partilhada e confiança distribuída: As redes sociais, a partilha de recursos em vez da sua aquisição, as bitcoins e a *blockchain* estão a criar novos modelos de negócio e a reformular os existentes, alterando a forma como nos relacionamos e a percepção de confiança entre parceiros.

(f) Digitalização da matéria: A impressão em 3D de objetos físicos recorrendo à produção aditiva e usando materiais cada vez mais evoluídos e inteligentes está a transformar a era Industrial, no que diz respeito a prototipagem, *batch size 1*, logística de distribuição e a criar um conjunto de oportunidades para o ambiente Industrial, mercado doméstico e saúde.

Muitas dessas tendências já fazem parte do cotidiano de muitas pessoas, e também já existem diversas maneiras de melhorias que estão sendo pensadas e integralizadas no meio empresarial, visando o aumento da eficiência dos seus métodos.

4 O OPERADOR DO DIREITO NO CENÁRIO DA INDÚSTRIA 4.0

De acordo com Fonseca (2019) o impacto da tecnologia no Direito pode ser dividido em duas grandes vertentes transformacionais: a primeira, pelo surgimento de tecnologias aplicáveis especialmente à atuação profissional de juristas; a segunda, pelas transformações sociais que ocorrem diante do desenvolvimento tecnológico que afeta

como o ser humano se relaciona entre si e com “entidades” muitas vezes não personificadas, como, por exemplo, robôs, algoritmos, códigos e redes sociais.

O fato é que a tecnologia tange o Direito de uma maneira muito mais profunda do que simplesmente reorganizando a sociedade. Os efeitos da inovação são sentidos por juristas seja pela necessidade crescente do conhecimento e domínio de ferramentas tecnológicas desenvolvidas especificamente para a profissão jurídica, ou até mesmo pela demanda de uma capacidade de resolução de questões envolvendo sistemas que criam e/ou alteram situações cotidianas e sociais (FONSECA, 2019).

Nesse cenário, alguns doutrinadores já sintetizam a chamada Revolução Jurídica Tecnológica 4.0. Ao explicar esse termo, Benevides (2019) cita que é uma revolução que “agrupa inúmeros desenvolvimentos tecnológicos, especialmente ligados ao aumento do poder da computação, como, por exemplo, o processamento de grandes bases de dados, o sensoriamento, entre outros”.

Esses avanços estão presentes no momento atual e se direcionam especificamente para o cenário jurídico, afetando diretamente como o advogado ou os atores pertencentes a esse meio atuam.

Nesse contexto, surge o profissional qualificado que utiliza as ferramentas tecnológicas no seu trabalho: que no caso presente é denominado Advogado 4.0. Esse profissional utiliza as ferramentas tecnológicas disponíveis no mercado como aliada ao seu trabalho, com a finalidade de otimizar sua atuação (BENEVIDES, 2019).

Importante deixar claro que, em que pese os benefícios da Revolução Jurídica 4.0, todos os instrumentos tecnológicos não darão fim ao trabalho do advogado, ao contrário. Como bem esclarece Pinheiro (2020, p. 33) “os avanços tecnológicos da Revolução Jurídica 4.0 permitirá que processos rotineiros sejam substituídos pelos algoritmos, o que acarretará uma sobra de tempo para o advogado se dedicar a outras questões mais urgentes”.

Pêcego (2020) ressalta que um escritório de advocacia, por exemplo, deve atuar como uma empresa, para qual se deve investir em tecnologia, inovação, pesquisa e desenvolvimento, além de sempre estar se atualizando, acompanhando os acontecimentos ou de preferência estar um passo à frente, ou seja, ser bastante pró-ativo.

Para explicar o uso da tecnologia especificamente por advogados, cabe citar:

Haverá dois usos principais para a tecnologia por advogados. O primeiro é o uso complementar de ferramentas tecnológicas para a própria prática jurídica. O segundo diz respeito a aplicações com

clientes para os quais parte ou totalidade dos serviços jurídicos é prestada pela tecnologia (LEGG, 2018, p. 03).

Ao discorrer sobre essa temática, Azevedo (2019) acentua que antes de se adaptar aos novos mecanismos tecnológicos trazidos pela Indústria 4.0, o advogado deve mudar a maneira como pensa. Segundo esse autor, “para se chegar a resultados positivos e inovadores numa era que está em constante mudança, o advogado deve, antes de tudo, mudar a forma de pensar” (AZEVEDO, 2019, p. 01).

Em concordância com o autor acima, Graciotti (2019) afirma que o advogado deve desenvolver 3 (três) mentalidades fundamentais; a saber:

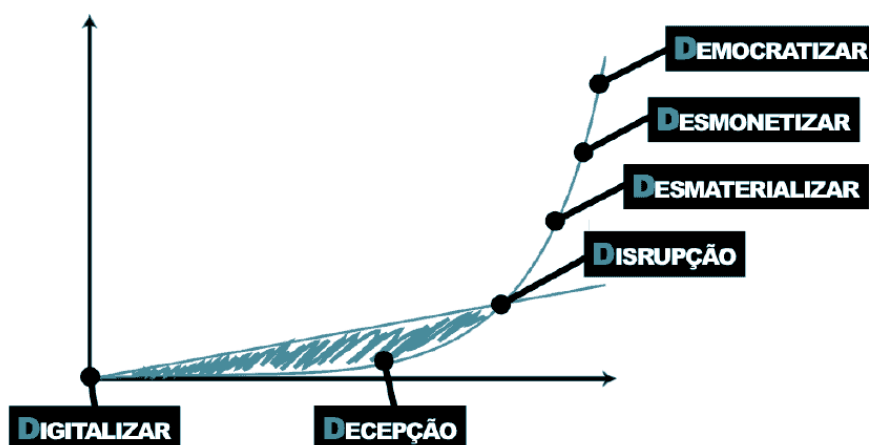
QUADRO 2 – Mentalidades fundamentais para o Advogado 4.0

MENTALIDADE	DESCRIÇÃO
Compreender o crescimento exponencial	O profissional deve ter a compreensão de que a tecnologia é bastante volátil. Por essa razão, deve-se ter o conhecimento de várias tecnologias exponenciais (como inteligência artificial e <i>blockchain</i>) à sua disposição. Ou seja, o advogado 4.0 precisa ter a noção que as ferramentas tecnológicas podem tanto auxiliar na otimização do seu trabalho quanto criar novas oportunidades de negócios.
Aproveitar a sabedoria da multidão	Ideais, <i>designs</i> , <i>softwares</i> estão ao alcance de um clique. Existem muitos indivíduos inteligentes e com tempo livre para auxiliar o advogado a construir produtos, serviços, além de estimular a inovação. Em resumo, não se deve subestimar a sabedoria da multidão.
Enxergar o mundo como algo abundante	Advogados que desejam ser bem sucedidos devem compreender que a tecnologia é uma força com potencial de transformar a escassez em abundância. Embora haja notícias negativas todos os dias, o mundo está se tornando melhor em diversos segmentos. O advogado 4.0 deve compreender esse cenário e enxergar o mundo como algo abundante (e não escasso).

Fonte: Graciotti (2019).

Ainda dentro dessa seara, Felgelson; Becker; Ravagnani (2019) citam como forma de aprimoramento do trabalho do advogado 4.0 o modelo 6 D's, desenvolvido por Peter Diamandis (2012) que demonstra o potencial das tecnologias exponenciais para transformar produtos e serviços em indústrias revolucionárias. São eles:

FIGURA 1 – Modelo 6 D's de Peter Diamandis (2012)



Fonte:Diamandis (2012).

Com base na Figura 1 o primeiro "D" é a digitalização. Aqui, refere-se ao fato de que presentemente qualquer coisa pode ser digitalizada, incluindo os processos judiciais. O segundo "D" é a decepção que significa dizer que "logo que um produto ou serviço é digitalizado, seu crescimento exponencial não é inicialmente percebido" (FELGELSON; BECKER; RAVAGNANI, 2019, p. 40).

O terceiro "D" é a disrupção, ao qual aduz que após alcançar o "1", o crescimento exponencial é notado. No quarto "D" – a desmaterialização – a tecnologia transforma o que antes era palpável em aplicativos digitais, como, por exemplo, o GPS, que antes era um dispositivo físico e atualmente se encontra em todo smartphone (FELGELSON; BECKER; RAVAGNANI, 2019).

No quinto "D", o de desmonetização, a tecnologia consegue tornar um produto/serviço em algo substancialmente barato (ou mesmo gratuito). E por fim, o sexto "D" sendo a democratização, que traz a ideia de que uma vez que os produtos e serviços são digitais, eles se tornam globais e onipresentes (FELGELSON; BECKER; RAVAGNANI, 2019).

Compreendendo os 6 D's, o advogado certamente entenderá o crescimento exponencial, o que lhe trará inúmeros benefícios, como, por exemplo, uma vantagem

competitiva em relação aos demais profissionais. Essas ferramentas irão aprimorar os serviços que já são ofertados no escritório e ainda irá trazer maior segurança para a expansão do empreendimento (MALDONADO; FELGELSON, 2019).

Estabelecido o entendimento de que o advogado 4.0 é o novo perfil do profissional da área no presente e no futuro, é importante delimitar quais as principais ferramentas disponíveis no mercado que condicionam esse profissional a melhor se adequar ao contexto da Indústria 4.0. Para isso, apresentam-se essas ferramentas no tópico seguinte.

4.1 DAS FERRAMENTAS TECNOLÓGICAS

Certas tecnologias jurídicas já é realidade no Brasil há alguns anos. Pode-se citar brevemente a aceitação jurídica de assinaturas eletrônicas, regulada pela Medida Provisória 62 n. 2.200-2/01, de 24 de agosto de 2001; além disso, a Lei n. 11.419/06 cria no Brasil o processo eletrônico, já utilizado em todas as justiças dos Estados e da União. Não são inovações voltadas especificamente à profissão jurídica em si, mas mostram um processo de clara flexibilização e aceitação de novas tecnologias no Direito e em sua prática (FONSECA, 2019).

De acordo com Michelle DeStefano (2018, p. 46), a tecnologia se torna cada vez mais ponto de “atenção dos profissionais por se tratar de uma das crescentes demandas de clientes de advogados por uma resolução de problemas jurídicos e não-jurídicos que normalmente envolvem ineficiências e burocracias”.

Além das citadas anteriormente, o mercado jurídico voltado para a Indústria 4.0 apresenta algumas ferramentas digitais que podem ser bastantes úteis aos operadores do Direito. O primeiro exemplo é o E-Cloud.

Schwab (2018, p. 20) explica que o E-Cloud é “uma tecnologia que usa a conectividade e a grande escala da Internet para hospedar os mais diversos recursos, programas e informações”. Com isso, a computação em nuvem concede ao usuário o acesso a qualquer documento através de qualquer ferramenta, tais como o computador, o tablet ou até mesmo um telefone celular.

A utilização do E-Cloud num escritório de advocacia tem como funcionalidade o arquivamento de documentos (processos digitais, documentos e peças processuais, etc.) o que eliminaria atividades simples e rotineiras, que como efeito, traria maior confiança e segurança nesse modelo de sistema de arquivos através de um escritório digitalizado (AZEVEDO, 2019).

Outro exemplo bastante utilizado é o uso da Jurimetria. Esse termo corresponde a um agrupamento de softwares jurídicos “num modelo de tentar prever resultados e oferecer probabilidades e valores envolvidos nestas análises” (SCHWAB, 2018, p. 21).

Conforme a Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ), a jurimetria é a “disciplina resultante da aplicação de modelos estatísticos na compreensão dos processos e fatos jurídicos” (apud PINHEIRO, 2020, p. 30).

Numa melhor compreensão sobre o uso da Jurimetria cabe citar a seguinte explicação:

A metodologia aplicada na jurimetria proporciona condições de análises descritivas e diagnósticas mais profundas. Além disso, consegue evidenciar dinâmicas sobre a causa raiz de situações identificadas como relevantes. Algumas plataformas permitem que você obtenha o detalhamento da tendência de um tribunal quanto à decisão de um Agravo de Instrumento, por exemplo. Dessa maneira, permite que o advogado tenha uma visão maior do seu processo e possa tomar uma decisão, considerando os interesses do cliente, de forma mais consciente e estratégica. Sendo assim, permite que invista em determinadas ações, na medida em que, ao ver a tendência jurídica, consiga extrair uma conclusão acerca do cenário do mercado (ALBINI; BATISTA; PACHECO, 2019, p. 50).

Pelo uso da jurimetria, “o advogado consegue montar teses mais estratégicas, considerando o interesse do seu cliente. Da mesma forma, ele consegue prestar todo o suporte, sem que para isso precise perder horas no atendimento” (PÊCEGO, 2020, p. 44).

Com os exemplos citados, verifica-se que o advogado 4.0 na busca por realizar um trabalho de qualidade não apenas pode como deve se valer das ferramentas digitais disponíveis na Indústria 4.0 para melhorar o serviço prestado. Apesar de relevante essas ferramentas, é preciso que esse profissional tenha um amparo teórico, o que pode ser encontrado, por exemplo, nas instituições de ensino superior. A respeito dessa temática, tem-se a sua análise a seguir.

5. DO ENSINO JURÍDICO RELACIONADO À INDÚSTRIA 4.0

Conforme analisado nos tópicos anteriores, a Indústria 4.0 impactou não apenas a sociedade e o mercado, mas também a área do Direito. O profissional dessa área deve estar atento às mudanças e inovações que essa Indústria traz a cada período para que assim possa otimizar o seu serviço.

Com isso, deve-se ter a adequação no ensino do Direito a este novo panorama, dado que emerge a necessidade de um preparo individual para o enfrentamento de situações totalmente novas decorrentes da tecnologia, na própria profissão jurídica ou mesmo na sociedade da informação.

Nesse sentido:

É o caso de incluir uma maior compreensão do potencial transformativo da tecnologia da informação neste tema – percepção social e comercial. Não é suficiente garantir que estagiários ou futuros estagiários entendam como a tecnologia é usada para facilitar suas tarefas sem ajudá-los a perceberem como esse pode se transformar radicalmente, e está mudando, seus modelos de negócio e como clientes podem acessar e utilizar informações jurídicas (LETR, 2013, p. 134).

Paul Maharg (2015, p. 25) é taxativo ao considerar “impensável a educação jurídica da atualidade fora de um contexto que envolve conhecimentos e habilidades tecnológicas”. Para esse autor, a profundidade e amplitude das transformações observadas na tecnologia devem ser objeto obrigatório na esfera do ensino do Direito. E acrescenta:

A tecnologia digital não é mais uma opção para a educação jurídica, pois se mostra incorporada em repertórios existentes de atividades socioculturais em telecomunicações, casas, carros, viagens, finanças, direito, assistência médica e muito mais – se usada em tais ambientes de aprendizagem informais, por que não usá-la na educação formal? O que importa é como formamos nosso relacionamento com ela, com aqueles que a usam, com quem a possui e com quem a regula (MAHARG, 2015, p. 25).

Ao discorrer sobre o assunto, Almeida (2019) ressalta que, ainda que haja desafios, a quarta revolução industrial trará aos docentes e instituições de ensino superior um maior destaque, haja vista que serão eles quem irão apresentar as inovações aos demais, num espaço propício a isso.

Por desempenharem um papel de troca de conhecimento e fomentadores de novas metodologias de aprendizagem, os professores de educação jurídica deverão apresentar quais as inovações encontradas no cenário atual e de que forma os futuros profissionais podem utilizá-la para otimizar o seu trabalho (ALMEIDA, 2019).

Nesse ponto, apresenta-se:

As instituições de ensino superior terão de incluir os seus acadêmicos com as habilidades requeridas pelo mercado. Nesse ponto, o docente desempenhará papel fundamental, uma vez que ele será o agente de aprendizagem e não um multiplicador ou narrador. Esses locais serão áreas de preparação daquelas pessoas que perderão espaço no

mercado de trabalho e precisarão se recolocarem. Para isso, o ensino da Advocacia 4.0 é de suma importância porque ajudará esse indivíduo a se colocar no mercado de trabalho conforme a realidade atual (ALBINI; BATISTA; PACHECO, 2019, p. 60).

Para haver essa troca e essa dinâmica é preciso que as instituições de ensino superior tenham em sua grade curricular, disciplinas relacionadas à Indústria 4.0, possibilitando assim a efetivação da discussão desse tema aos alunos.

Cabe lembrar, contudo, que historicamente os cursos de ensino jurídico brasileiro é pautado principalmente por um conservadorismo no que se refere às mudanças sociais. Seguindo essa afirmação, Rover (2015) diz que a prioridade da maioria das instituições de ensino jurídico “ainda é influenciada pelo seu passado de tradição colonial e patrimonialista dirigido para o plano da legalidade (formalismo positivista), como se esse fosse o único objeto da ciência jurídica”.

Com base nesse entendimento, fica o questionamento sobre até que ponto os cursos de Direito estão preparados suficientemente para ensinar aos seus acadêmicos a complexidade e importância da Indústria 4.0, na prática das diversas atividades jurídicas.

Ao explorar tal questão, Almeida (2019) acentua que o ensino jurídico moderno não pode continuar ancorado na filosofia científica, legalista dos séculos XVIII, XIX e XX. Deve-se ensinar os futuros operadores do Direito conforme a realidade apresentada atualmente e pensando no futuro.

Salem; Bertozzi; Pacheco (2019, p. 33) acrescentam que o “objetivo do ensino jurídico é de formar profissionais de alto nível, capazes de pensar nos problemas da sociedade brasileira e de formular soluções jurídicas”. Nesse sentido, acompanhar o desenvolvimento da Indústria 4.0 é de fundamental importância, posto que, as inovações tecnológicas auxiliam significativamente na melhoria dos serviços prestados.

Sendo assim, o acadêmico do curso de Direito ao sair da instituição de ensino deve estar apto não apenas para exercer a sua atividade jurídica, mas ter domínio sobre as tecnologias que de certo modo, agregam agilidade e eficiência ao seu trabalho.

É consabido que o papel do profissional do Direito é regular as relações entre a sociedade, contribuindo para transformação da realidade, no entanto, para que se alcance tal desiderato urge a mudança de certos paradigmas, a começar pelos docentes do ensino jurídico que devem se adaptar às mudanças, pois no atual cenário de desenvolvimento tecnológico onde há predomínio das novas tecnologias, inclusive na seara educacional, é inadmissível que o

ensino seja analógico, no sentido de que na era informacional não se pode frequentar uma escola de datilografia (BERNARDES; ROVER, 2018, p. 06).

O que se defende nesse estudo é que o ensino superior de Direito tenha em sua grade curricular conteúdos voltados especificamente para os avanços tecnológicos trazidos pela Indústria 4.0. Para que o profissional se torne um advogado 4.0, por exemplo, é de fundamental relevância que ele tenha uma base sólida teórica, e ele só conseguirá por meio do ensino (PÊCEGO, 2020).

[...] as grades curriculares dos cursos de Direito precisam voltar o ensino jurídico para outras disciplinas com mais ênfase e, simultaneamente, estarem abertas para recepcionar a formação complementar dos profissionais das outras áreas, materializando, dessa forma, a verdadeira multi, inter e transdisciplinaridade (DINIZ; LEORATTI, 2017, p. 15).

O que os autores acima citados verberam é que as grades curriculares devem implementar disciplinas que discutam de modo orgânico as novas ferramentas tecnológicas encontradas atualmente. A chegada das plataformas *peer-to-peer*, big data, *blockchain*, automação/robótica e inteligência artificial no âmbito do direito importará num novo salto para a educação até então formal.

Discutir como os cursos de Direito irão se adaptar às novas práticas didáticas pedagógicas híbridas sem perder qualidade que envolvem desde a sala de aula invertida, até o ensino totalmente à distância é algo urgente e necessário para a comunidade acadêmica e fatalmente ocupará os profissionais da educação jurídica em encontros, congressos e seminários que se realizam por todo o Brasil (HOGEMANN, 2018).

Além dessa demanda, pode-se inserir espaços exclusivos para o ensino tecnológico. Em outras palavras, nas instituições de ensino superior de Direito podem encontrar locais destinados ao ensino sobre os aparatos digitais que podem servir ao trabalho dos futuros profissionais. Nesses locais, os professores poderão apresentar as inovações tecnológicas e explicar de que modo elas podem ser enquadradas (ALMEIDA, 2019).

No Brasil já existem alguns casos de aplicação de conteúdos voltados para a Indústria 4.0. Como exemplo, cita-se o trabalho desenvolvido por Feferbaum; Lima (2020) cujo objetivo era investigar a contribuição do ensino experiencial no campo do ensino jurídico. Para isso idealizou-se uma nova disciplina para o curso de graduação em Direito da Faculdade Getúlio Vargas (FGV) em São Paulo.

No respectivo estudo, tendo como base a Teoria do Ensino Experiencial (o conhecimento é criado por meio da transformação da experiência), foi proposta uma nova disciplina para a graduação da presente instituição de ensino superior, a de Laboratório de Tecnologia - LabTech, cujo foco foi aproximar os alunos de Direito do vocabulário tecnológico, permitindo que eles refletissem sobre o papel dos profissionais da área diante da utilização da tecnologia cada vez mais intensa em sua profissão. Para tanto, os estudantes foram convidados a elaborar, do início ao fim, auxiliado por professores e por uma empresa parceira de tecnologia, um projeto inovador de automação de documentos jurídicos (FEFERBAUM; LIMA, 2020).

O resultado desse estudo apontou que, com essa nova disciplina, foi possível transmitir muito mais do que apenas o conteúdo; houve, principalmente, o fortalecimento da habilidade de tradução de uma linguagem jurídica para uma linguagem tecnológica, permitindo uma facilidade de comunicação dos alunos com os profissionais da área de tecnologia (FEFERBAUM; LIMA, 2020).

De todo modo, uma vez constatada uma realidade pós-moderna transformada pela inovação tecnológica e capaz de afetar em diferentes níveis a atuação de juristas, é clara a necessidade de aprofundar estudos que envolvam a interação entre tais temas e o ensino do Direito.

O objetivo principal de iniciativas que proponham tal atividade deve ser a capacitação de profissionais aptos a dialogar nesta seara e pesquisadores que, por meio do desenvolvimento de trabalhos acadêmicos, produzam soluções jurídicas aplicáveis aos problemas surgidos em tal realidade, de uma forma célere e profunda.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A indústria 4.0 tem sido atualmente bastante discutida, visto que está ligado aos avanços tecnológicos em todas as áreas, o que representa mudanças e readaptações de todos. A escolha inicial desse tema, então se deu, por buscar entender quais os efeitos que esse novo modelo de tecnologia traz não apenas no contexto de trabalho e no aparato de peças e produtos, mas também nas relações humanas.

Desta feita, não é possível discorrer sobre o impacto da Indústria 4.0 sem relacioná-la a área do Direito. Nesse ponto, a discussão desse tema está baseada na influência dos avanços tecnológicos no cenário jurídico brasileiro. Esse quadro faz com que o operador do Direito tenha que se adaptar constantemente sobre as novas tecnologias e como ela se aplica no exercício do seu ofício.

Para entender como esse processo se desenvolve é preciso que se tenha uma importante base teórica a esses operadores, para posteriormente utilizar essas tecnologias

corretamente. Nesse ponto, discutiu-se no decorrer desse estudo a respeito do ensino jurídico direcionado a entender a sistemática da Indústria 4.0 na profissão jurídica.

Tem se verificado uma lacuna na educação jurídica referente a assuntos relacionados a Indústria 4.0 tais como gestão, Marketing, TI (Tecnologia da Informação) e com possibilidades interdisciplinares. As grades curriculares nas instituições de ensino não têm apresentado conteúdos relacionados à Indústria 4.0 aplicada ao exercício laboral jurídico.

Com isso, o que enfatiza nesse tema é que as instituições de ensino superior do Direito acrescentem em sua grade curricular, temáticas voltadas às ferramentas digitais na prática jurídica. Desta feita, o ensino universitário contemporâneo deve ampliar as trocas de informação e a visão de mercado, que atendam as necessidades desta nova sociedade que adentrou nos moldes da quarta revolução industrial e que busca nos novos profissionais na área jurídica com diversas competências para atuar junto a estas novas demandas, de forma completa e integralizada.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBINI, Samantha; BATISTA, Alessandra; PACHECO, José Ernani de Carvalho. **Manual da Gestão para Advogados - Volume II**. 1º ed. Editora: Juruá, 2019.

ALMEIDA, Clara. **Indústria 4.0: aspectos gerais**. 2020. Disponível em: <<https://www.totvs.com/blog/gestao-industrial/industria-4-0/>>. Acesso em: 25 ago. 2021.

ALMEIDA, Paulo Samuel de. **Indústria 4.0: Princípios básicos, aplicabilidade e implantação na área Industrial**. 1º ed. Editora: Érica, 2019.

AZEVEDO, Bernardo. **Advocacia 4.0: o advogado deve mudar o que faz, mas primeiro deve mudar a forma de pensar**. 2019. Disponível em: <<https://bernardodeazevedo.com/conteudos/advocacia-4-0-o-advogado-deve-mudar-o-que-faz/>>. Acesso em: 09 set. 2021.

BENEVIDES, Marcello. **Advogado 4.0 – Entenda como funciona a advocacia do amanhã**. 2019. Disponível em: <<https://marcellobenevides.com/advogado-4-0/>>. Acesso em: 10 set. 2021.

BERNARDES, Marcele; ROVER, Aires José. **Uso das novas tecnologias de informação e comunicação como ferramentas de modernização do ensino jurídico**. Trabalho apresentado Universidade Federal de Santa Catarina. Departamento de Pós-Graduação em Direito. Santa Catarina, 2018.

CASTRO, Alberto. **Indústria 4.0: o que é, impactos, benefícios e tecnologias**. 2019. Disponível em: <https://www.totvs.com/blog/gestao-industrial/industria-4-0/>. Acesso em: 25 ago. 2021.

COELHO, P. **Rumo à Indústria 4.0**. Dissertação de Mestrado – FCTU Universidade de Coimbra. Portugal, 2016.

DESTEFANO, Michele. **Legal Upheaval: A Guide to Creativity, Collaboration, and Innovation in Law**. Chicago: American Bar Association, 2018.

DIAMANDIS, Peter. **Abundância: o futuro é melhor do que você imagina**. São Paulo: HSM Editora, 2012.

DINIZ, Laura; LEORATTI, Alexandre. **Inovação Digital – cases do futuro do Direito**, in O futuro do Direito, JOTA; Cia do e-Book, 2017.

FEFERBAUM, Marina; LIMA, Stphane H. B. **Formação jurídica e novas tecnologias: relato de uma aprendizagem experiencial em Direito**. R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 18, n. 28, p. 145-162, maio/ago. 2020.

FELGELSON, Bruno; BECKER, Daniel; RAVAGNANI, Giovanni. **O advogado do amanhã**. 1º ed. Editora: Revista dos Tribunais, 2019.

FONSECA, Victor Cabral. **Desenvolvimento tecnológico e ensino jurídico: novos paradigmas e desafios para a formação do profissional do Direito**. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Acadêmico da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas como requisito parcial para a obtenção de título de Mestre em Direito e Desenvolvimento. São Paulo, 2019.

GHIRARDI, J. G. **Narciso em Sala de Aula – Novas Formas de Subjetividade e seus Desafios para o Ensino**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2016.

GRACIOTTI, José Paulo. **Governança Estratégica Para Escritórios De Advocacia**. 1º ed. Editora: Revista dos Tribunais, 2019.

HOGEMANN, Edna Raquel. **O futuro do Direito e do ensino jurídico diante das novas tecnologias**. Revista Interdisciplinar de Direito. v. 16, n. 1, pp.105-115, jan./jun. 2018.

JUNIOR, João Batista Soares da; et al. **Carreira jurídica e o advogado 4.0**. 2018. Disponível em: <<https://portal.estacio.br/media/4680362/carreira-jur%C3%ADdica-e-o-advogado-40.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2021.

LEGG, M. **New Skills for New Lawyers: Responding to Technology and Practice Developments**. The Future of Australian Legal Education. Sydney: Thomson Reuters, 2018.

LETR. **The Future of Legal Services Education and Training Regulation in England and Wales**. 2013. Disponível em: <<http://www.letr.org.uk/wp-content/uploads/LETR-Report.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2021.

LEUCOTRON. **Indústria 4.0: o que é e qual sua relação com a tecnologia?** 2019. Disponível em: <<https://blog.leucotron.com.br/industria-4-0-o-que-e-e-qual-sua-relacao-com-a-tecnologia/>>. Acesso em: 16 ago. 2021.

MAHARG, P. **Shared Space: Regulation, Technology and Legal Education in a Global Context**. European Journal of Law and Technology, Vol. 6, n. 1, pp. 1-31, 2015.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; FELGELSON, Bruno. **Advocacia 4.0**. 1º ed. Editora: Revista dos Tribunais, 2019.

PÊCEGO, Antônio José F. de. S. **Direito 4.0: o Saber Não Ocupa Espaço**. 1º ed. Editora: Almedina, 2020.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital Aplicado 4.0**. 1º ed. Editora: Revista dos Tribunais, 2020.

ROVER, Aires José. **O profissional do direito na sociedade informacional: questões de informática jurídica**. Anais do CONPEDI, Florianópolis: Funjab, 2015.

SALEM, Lara; BERTOZZI, Rodrigo; PACHECO, José Ernani de Carvalho. **Advocacia do Futuro - Cases de Sucesso para um Novo Mundo Jurídico**. 1º ed. Editora: Juruá, 2019.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. 1º ed. Editora: Edipro, 2018.

SILVEIRA, Cristiano Bertulucci. **Indústria 4.0: o que é, e como ela vai impactar o mundo**. 2018. Disponível em: <<https://www.citisystems.com.br/industria-4-0/>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

A POLÍTICA DE DESENVOLVIMENTO URBANO E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO FUNDAMENTAL DE MORADIA

MIKAELLY GOMES FEITOSA SILVA:
Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins- FCJP.

RÔMULO DE MORAIS E OLIVEIRA⁹⁹

(orientador)

RESUMO: A temática do trabalho possui como questão central o estudo da política de desenvolvimento urbano e sua relação com o direito fundamental de moradia. Este estudo norteou-se a partir de um objetivo geral em demonstrar quais as consequências jurídicas que a falta, ou mesmo a deficiência, do planejamento urbano pode gerar no contexto do direito fundamental à moradia. A metodologia empregada foi através da pesquisa jurídica, de cunho exploratória, sendo bibliográfica e documental, considerando que foram observados entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tratamento legislativo que o ordenamento jurídico brasileiro atribui às políticas urbanas, como também, pesquisar a respeito do direito fundamental à moradia com foco no planejamento urbano. Ademais, buscou-se investigar quais as consequências jurídicas decorrentes de políticas urbanas não planejadas ou mal estabelecidas ao direito fundamental de moradia. Dentre os resultados alcançados tem-se que ficou demonstrado que o Estado tem o dever de proporcionar, tanto de forma direta quanto indireta que todos tenham acesso a uma moradia digna e adequada, sob a ótica da dignidade da pessoa humana, devendo o Estado garantir o mínimo existencial de acordo com o ordenamento jurídico e o reconhecimento nos organismos internacionais. Concluiu-se, então, que embora nosso ordenamento jurídico estabeleça, no plano constitucional e infraconstitucional, o direito à moradia a todos, este não vem sendo efetivado de maneira a reduzir a desordem urbanística de nosso país. Fato decorrente não só da insuficiência das políticas públicas, mas também de um sistema político voltado a interesses individuais, causando como consequências uma crescente ilegalidade urbana que atinge em especial a população mais carente.

Palavras-chave: Política de Desenvolvimento urbano. Direito Fundamental. Mínimo Existencial. Insuficiência das políticas públicas.

ABSTRACT: The theme of the work has as its central issue the study of urban development policy and its relationship with the fundamental right to housing. This study was guided by

⁹⁹ Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos. Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

a general objective to demonstrate the legal consequences that the lack, or even the deficiency, of urban planning can generate in the context of the fundamental right to housing. The methodology used was through legal research, exploratory in nature, being bibliographical and documentary, considering that doctrinal and jurisprudential understandings were observed about the legislative treatment that the Brazilian legal system attributes to urban policies, as well as researching about the fundamental right to housing with a focus on urban planning. Furthermore, to investigate the legal consequences arising from unplanned or poorly established urban policies for the fundamental right to housing. Among the results achieved, it has been demonstrated that the State has a duty to provide, both directly and indirectly, that everyone has access to decent and adequate housing, from the perspective of human dignity, and the State must guarantee the existential minimum in accordance with the legal system and recognition in international organizations. It was concluded, then, that although our legal system establishes, at the constitutional and infra-constitutional level, the right to housing for all, this has not been implemented in such a way as to reduce the urban disorder in our country. A fact arising not only from the insufficiency of public policies, but also from a political system geared to individual interests, resulting in a growing urban illegality, particularly affects the poorest population.

Keywords: Urban Development Policy. Fundamental right. Existential Minimum. Insufficiency of public policies.

1 INTRODUÇÃO

O assunto abordado no presente trabalho envolve o estudo a política de desenvolvimento urbano e sua relação com o direito fundamental de moradia.

Assim, tem-se por tema desta pesquisa apresentar o direito fundamental à moradia com foco no planejamento urbano, observando-se o tratamento legislativo que o ordenamento jurídico brasileiro atribui às políticas urbanas. Apresentando quais as consequências jurídicas decorrentes dessas políticas urbanas não planejadas ou mal estabelecidas ao direito fundamental de moradia, surgindo, assim, a seguinte problemática: a falta ou deficiência do planejamento urbano implica na violação dos direitos fundamentais à moradia?

O Brasil é composto por diversas regiões, cada uma com suas próprias conjunturas, e praticamente todas marcadas por grandes abismos sociais. Cada uma delas sofreu o impacto da globalização e do crescimento econômico de um modo diferente.

O crescimento urbano provoca uma sobrecarga na necessidade de infraestrutura e equipamentos, afetando o funcionamento da cidade como um todo e comprometendo a qualidade de vida da população. A questão habitacional com suas inadequadas

condições de moradia para a população de baixa renda também é problema gerado pela acelerada urbanização. Assim, são cruciais os investimentos nas cidades, na tentativa de diminuir os malefícios ocasionados pelo crescente aumento da urbanização.

A perspectiva que se pretende dar é a de que as omissões por parte do legislador, bem como do Poder Público, em determinadas áreas, como saúde, educação, transporte, e principalmente moradia, não podem ficar sem a devida proteção, e conseqüentemente, sendo violados e desrespeitados de forma constante. Nesse ponto, cumpre mencionar, que a doutrina mais tradicional quando relata acerca das omissões inconstitucionais, foca principalmente na omissão legislativa, ou então na omissão no que diz respeito à administração. Logo, é imprescindível que as políticas públicas sejam definidas com planejamento e responsabilidade, para que de fato, os direitos sejam concretizados. Caso não ocorra, é necessário o auxílio do poder judiciário para que o mínimo seja garantido e respeitado.

Por meio de uma pesquisa dogmática, o trabalho foi estruturado em três capítulos. Pretende-se abordar no primeiro capítulo do presente trabalho questões gerais pertinentes às políticas urbanas no ordenamento jurídico brasileiro e a aplicação do estatuto da cidade como norma regulamentadora das políticas urbanas.

No segundo capítulo, foi observado acerca do direito fundamental à moradia no contexto do planejamento urbano como direito integrante do rol dos direitos sociais, econômicos e culturais. Para que tenha eficácia jurídica e social, necessita de ações positivas do Estado, por meio de políticas públicas.

No terceiro e último capítulo, foi averiguado pelos entendimentos doutrinários, as conseqüências jurídicas ao direito fundamental trabalhado diante da ausência ou ineficiência dessas políticas públicas.

2 DAS POLITICAS URBANAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Planejamento é uma forma racional de procedimento com vistas a atingir determinados objetivos. Todavia, o planejamento para ter eficácia, depende de um diagnóstico da situação prévia, dos meios disponíveis, do cenário conjuntural, dos atores envolvidos, e de outros fatores, sem os quais os objetivos predeterminados, podem não vir a ser totalmente atingidos (DAGNINO, 2010).

No Brasil, o planejamento no âmbito federal foi primeiramente idealizado no governo Juscelino Kubitschek, através do Plano de Metas, com bons resultados (DAGNINO, 2010, p. 26).

O urbanismo chegou ao Brasil no final do século XIX, e nessa época vários planos de expansão e de embelezamento das cidades foram empreendidos (SABOYA, 2008).

A partir da década de 30, Prestes Maia e Alfred Agache, desenvolveram planos urbanísticos de grande impacto para as cidades de São Paulo e Rio de Janeiro, com destaque na melhoria da circulação, com construções de amplas avenidas e na questão de saneamento e limpeza urbana. Contudo, permaneceu o aumento dos congestionamentos, da violência, expansão das favelas e da população (ANDREATTA, 2006).

Com isso surgiu o chamado Planejamento Urbano, o qual pode ser dado a seguinte definição:

O planejamento urbano é o processo de idealização, criação e desenvolvimento de soluções que visam melhorar ou revitalizar certos aspectos dentro de uma determinada área urbana ou do planejamento de uma nova área urbana em uma determinada região, tendo como objetivo principal proporcionar aos habitantes uma melhoria na qualidade de vida. O planejamento urbano, segundo um ponto de vista contemporâneo, tanto enquanto disciplina acadêmica quanto como método de atuação no ambiente urbano, lida basicamente com os processos de produção, estruturação e apropriação do espaço urbano. (E-CIV, 2011, p.).

O planejamento urbano se difere do urbanismo, embora ainda exista muita confusão acerca desta distinção. A diferença está precisamente nesse ideal de inclusão social, de acabar com a dualidade existente nas cidades, em que ocorre a separação de áreas bem distintas de ricos e abastados, dos pobres e miseráveis, ocorrendo assim, muita confusão acerca da distinção entre esses dois conceitos:

Tanto o planejamento urbano quanto o urbanismo são entendidos como estudo do fenômeno urbano em sua dimensão espacial, mas diferem notadamente no tocante às formas de atuação no espaço urbano. Desta maneira, o Urbanismo trabalha com o desenho urbano e o projeto das cidades, em termos genéricos, sem necessariamente considerar a cidade como agente dentro de um processo social conflitivo, enquanto que o planejamento urbano, antes de agir diretamente no ordenamento físico das cidades, trabalha como s processos que a constroem. (E-CIV, 2011, p.).

No Brasil, o que mais se vê são exatamente cidades insustentáveis, baseadas em ocupações irregulares em áreas de risco, na degradação dos cursos d'água e dos mananciais, no uso da terra para especulação imobiliária e na expansão das favelas por toda sua periferia (RODRIGUES, 2016).

Trata-se de um modelo “marcado pela expansão infinita e pela insustentabilidade social, econômica e ambiental.” (PINHEIRO, 2010, p. 40).

Um novo padrão surge no final da década de oitenta. O movimento de reforma urbana ganha novo fôlego diante do cenário de redemocratização do país, e muitas de suas ideologias são aproveitadas no novo contexto de constituição promulgado em 1988.

2.1 A POLÍTICA URBANA E SUA ENVERGADURA CONSTITUCIONAL

Na Constituição de 1988, como destacado por Pinheiro (2010, p. 56), pela primeira vez foi delegada aos próprios municípios a competência para executar a política de Desenvolvimento Urbano, que, segundo o “caput” do seu artigo 182, “tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.” (BRASL, [2021a], não paginado).

Segundo Pinheiro (2010), os adeptos da Reforma Urbana atuaram de forma efetiva e articulada durante os trabalhos da Assembleia Constituinte, buscando inserir em seu texto definitivo uma fórmula para tornar mais democrático o processo de definição das políticas públicas.

Ocorreu a construção de um novo modelo de planejamento e gestão das cidades, com o propósito de se deixar para trás práticas que não impediram o acirramento das desigualdades e o caos urbano. Incluso nesse novo modelo de planejamento das cidades, alguns assuntos ganharam realce, entre os quais a sua função social, a justa distribuição de bens e serviços urbanos, a gestão participativa e democrática, e essencialmente, o equilíbrio ambiental (TEIXEIRA, 2005).

Com o propósito de alcançar a toda a população de uma mesma cidade, e dessa forma reduzir a distância entre a cidade formal (rica e regularizada) e a cidade informal (pobre e precária), a Constituição de 1988 modernizou ao inserir no ordenamento jurídico contemporâneo, um alentado instrumento para o planejamento urbano: o Plano Diretor.

Foi então expressamente reconhecido na Constituição de 1988 o princípio da função social da propriedade urbana ao dispor no § 2º do art. 182 que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atente às exigências fundamentais de ordenação das cidades expressas no plano diretor.” (BRASL, [2021a], não paginado).

Foram inseridos no texto constitucional importantes ferramentas de política urbanística com o intuito de fazer valer a pena o princípio supramencionado: o IPTU, o parcelamento ou a edificação compulsória, e a desapropriação, com previsão no art. 182, § 4º, incisos I a III (BRASL, [2021a], não paginado).

A Constituição em seu artigo 183 fez surgir uma inovação da espécie de usucapião:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º o título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou de ambos, independentemente do estado civil. § 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor de mais de uma vez. § 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. (BRASIL, [2021a], não paginado).

Desta forma, foi possível preceituar a necessidade da implementação de planos diretores pelas cidades, e instituir importantes instrumentos para a implementação e defesa da função social e da propriedade apenas nos artigos 182 e 183 da Constituição de 1988.

É importante destacar que o desenvolvimento de uma cidade, estado ou país, deve ser realizado respeitando os paradigmas do desenvolvimento sustentável, e somente é atingido plenamente quando respeitada a qualidade de vida de seus cidadãos e o equilíbrio ambiental.

A preocupação com a sustentabilidade é indiscutível, tanto que os dois maiores dispositivos legais que regulam o planejamento urbano no Brasil são fortemente influenciados por aspectos ambientais: o Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/2001) e o Plano Diretor Participativo (PDP).

2.2 O ESTATUTO DA CIDADE COMO NORMA REGULAMENTADORA DAS POLÍTICAS URBANAS

Foi aprovado em 10 de julho de 2001 o Projeto de Lei nº 181/89, proposta feita pelo senador Pompeu de Sousa e sancionado como Lei nº 10.257, regulamentando os artigos 182 e 183 da Constituição Federal.

Manifesta a Lei nº 10.257/2001, desde o seu início, que o novo modelo a ser adotado deve necessariamente levar em consideração maneiras de desenvolvimento que não ponha em risco o equilíbrio ambiental:

Art. 1º. [...] Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental. (BRASIL, [2021b], não paginado).

A Constituição Federal inovou ao elevar o desenvolvimento sustentável a um princípio de grandeza constitucional, e ao Estatuto das Cidades coube assegurar a todos os cidadãos:

Direito a cidades sustentáveis, compreendido como o direito à terra urbana, à moradia, à infraestrutura urbana, ao saneamento ambiental, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, destinadas às presentes e futuras gerações. (BRASL, [2021b], não paginado).

Vemos, portanto que a Constituição Federal não determinou unicamente a criação dos instrumentos jurídicos para a formação do Estatuto da Cidade, mas também atribuiu os valores que devem conduzir a aplicação e a interpretação desses institutos.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA NO CONTEXTO DO PLANEJAMENTO URBANO

O direito à moradia foi explícita na Constituição Federal, em 14 de fevereiro de 2000, por meio da edição da Emenda Constitucional nº 26. Esta consagrou no seu artigo 6º, o direito à moradia como direitos e garantias fundamentais (BRASL, [2021a], não paginado).

Presente no título dois da Constituição Federal de 1988, onde trata dos direitos e garantias fundamentais, o direito à moradia é um direito indispensável e social, considerado cláusula pétrea, visto não ser permitido alterações que tencionem em abolir tal direito por iniciativa do Poder Constituinte Derivado.

O direito à moradia ampara-se no princípio da dignidade da pessoa humana e encontra-se prevista em alguns direitos fundamentais, tais como o direito à propriedade e à vida digna, por exemplo. Há previsão também no artigo 23, inciso IX, da Constituição de 1988, onde determina que todos os entes federativos têm competência administrativa para “promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.” (BRASL, [2021a], não paginado).

Com relação ao princípio da dignidade da pessoa humana é importante ressaltar:

O sistema jurídico contemporâneo brasileiro traz elencado em sua Constituição um rol de direitos fundamentais e, ainda, o princípio da dignidade humana, norteador de todo ordenamento jurídico. Tal princípio, inerente a todos os seres humanos, independente de merecimento pessoal ou social. Assim, como direito positivado, a dignidade da pessoa humana assume status de “super princípio”, com conteúdo jurídico capaz de associá-la aos direitos fundamentais,

com o fim de proporcionar um norte axiológico ao ordenamento jurídico, proporcionando assim uma coerência valorativa. (REIS, 2007, p.87).

A relação da dignidade humana e do direito à moradia origina-se da disponibilidade de possuir condições materiais mínimas para uma vivência ampla:

Com efeito, sem um lugar adequado para proteger a si próprio e a sua família contra intempéries, sem um lugar para gozar de sua privacidade e intimidade, 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, a depender das circunstâncias, por vezes não terá sequer assegurado o direito a própria existência física, e, portanto, o seu direito a vida. 'Não é por outra razão que o direito a habitação, também entre nós – e de modo incensurável – tem sido incluído até mesmo no elenco dos assim designados direitos de subsistência, como expressão mínima do próprio direito a vida.' (SARLET, 2008, p.45).

Na esfera internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), reconhece os denominados direitos econômicos, culturais e sociais, dentre eles o direito à moradia que, e seu artigo 25, item 1, assim dispõe:

Todos têm direito ao lazer e ao repouso, bem como a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos, e serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, não paginado).

No âmbito internacional, o direito à moradia passou a ser reconhecido em diversos tratados internacionais, que foram ratificados e incorporados ao direito interno brasileiro.

Com isso, tem-se a universalidade do direito à moradia, visto que seu exercício estende-se a todos os indivíduos, independente de sexo, etnia, religião, situação financeira. Apesar de serem diferentes, todas as pessoas desfrutam desse direito com base no princípio da igualdade (SOUZA, 2004).

Assim sendo, é nítido que o direito à moradia é exercido ao longo do tempo e nunca prescreve. O indivíduo nasce com ele que só é extinto com a morte, tendo como consequência, a cada violação, a proteção do desfavorecido ou direito a indenização. E por nascer e deter esse direito retrata a sua irrenunciabilidade (SOUZA, 2004).

Os direitos sociais são direitos de segunda dimensão. São direitos em geral de cunho positivo que exigem do Estado um comportamento ativo na realização da justiça social:

[...] na esfera dos direitos da segunda dimensão, há que atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns mais representativos. (SARLET, 2008, p.56).

O direito à moradia exige do Estado uma prestação positiva do Estado.

Direitos Sociais, prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo de direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício de sua atividade. (SILVA, 2009, p. 44).

No entanto, uma vez que dirigidos a uma abstenção por parte do Estado e dos particulares, percebe-se que o direito à moradia possui também uma dimensão de cunho negativa.

Em ordem constitucional, os direitos fundamentais, são divididos em duas categorias distintas: os direitos de defesa e os direitos sociais de cunho prestacional. O primeiro necessita de normas para a sua materialização enquanto que o segundo não exige norma para a sua concretização.

Primeiro, nas palavras de PINHEIRO (2010, p.170), esse direito é, primeiramente, a impossibilidade de ser privado aleatoriamente de moradia ou se impedido de obtê-la,

aproximando-se dos direitos, liberdades e garantias. E segundo, consiste, ainda, no direito de tê-la, resultando na implantação de medidas e prestações para chegar a esse objetivo, caracterizando-se o próprio direito social. Em linhas curtas, é “um direito complexo e multifacetado”.

O direito fundamental à moradia é concomitante às duas categorias, requer por parte do Estado uma condição negativa e positiva de caráter prestacional:

Em outras palavras, sustentaremos aqui o ponto de vista de que o direito à moradia exerce simultaneamente a função de direito de defesa e direito a prestações, incluindo tanto prestações de cunho normativo, quanto material (fático) e, nesta dupla perspectiva, vincula as entidades estatais e, em princípio, também os particulares, na condição de destinatários deste direito, muito embora se possa controverter a respeito do modo e intensidade desta vinculação e das consequências jurídicas possíveis de serem extraídas a partir de cada manifestação do direito à moradia [...]. (SARLET, 2010, p114).

Assim, deve-se exigir não o direito à moradia diretamente, mas sim ações estatais inequívocas, no propósito de promover o direito à moradia.

3.1 DIREITO À MORADIA NA SUA DIMENSÃO DE DIREITOS DE DEFESA: NEGATIVO

Dentro da dimensão negativa, o direito à moradia encontra-se contra toda e qualquer sorte de agressões, seja por parte de particulares, seja por parte do Estado. Esta dimensão defensiva possui aplicabilidade de eficácia imediata em decorrência do disposto no artigo 5º, § 1º, da Constituição de 1988, inexistente desta forma prestações por parte do Estado.

Nesse seguimento, o direito à moradia mesmo conceituada em sua dimensão negativa, é sujeito a restrições.

[...] o direito à moradia resta-se de complexidade peculiar dos direitos fundamentais, notadamente dos sociais, já que abrange um conjunto heterogêneo de posições jurídicas objetivas e subjetivas, assim como assume uma dupla feição defensiva e prestacional. Na condição de direito de defesa (negativo) a moradia encontra-se protegida contra a violação por parte do Estado e dos particulares, no sentido de um direito da pessoa não ser privada de uma moradia digna, inclusive para efeitos de uma proibição de retrocessos, [...] Por sua vez, como direito a prestações, igualmente são múltiplas as possibilidades, já que o direito a efetivação do direito à moradia depende tanto de

medidas de ordem normativa (como dá conta, entre nós, a edição do assim designado Estatuto da Cidade) como de prestações materiais, que podem abranger a concessão de financiamentos a juros subsidiados para a aquisição de moradias, como até mesmo o fornecimento de material para a construção de uma moradia própria, entre outras tantas alternativas que aqui poderiam ser citadas. (SARLET, 2009, p. 300).

Desta forma, pode se concluir que tanto o Estado quanto os indivíduos tem a responsabilidade jurídica de respeitar e não infringir o direito à moradia das pessoas. Na obrigação de proteção por parte do estado, inclui também, a responsabilidade de edição regulamentos destinados a garantia de proteção ao direito à moradia.

3.2 O DIREITO À MORADIA NA SUA DIMENSÃO PRESTACIONAL: POSITIVA

O Brasil é signatário do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). O mencionado pacto dispõe em seu artigo 2º, item 1:

Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. (ONU, Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1966, *online*).

Desta forma, fica evidenciado que embora haja a exigência de uma implementação gradativa, visto que inexigível uma resposta imediata para o problema da moradia, devem ainda assim, ser destinados recursos materiais para a implementação de um patamar mínimo.

Silva (2010), ao discorrer sobre o conceito de patrimônio mínimo, o associa à concretização do princípio constitucional da dignidade humana:

A dignidade humana não se efetiva sem este mínimo. A pessoa humana é titular de um direito subjetivo a um patrimônio mínimo que lhe promova a inserção social. Esta tese não desconhece o

impacto da afirmação, nomeadamente no que se refere à capacidade do Estado em garantir este mínimo patrimonial. Ocorre que sem este mínimo descarta-se a eficácia social a norma constitucional que preconiza a dignidade humana como o centro da sociedade e do Estado. (SILVA, 2010).

É relevante evidenciar que o legislador vem dando passos importantes para uma efetiva implementação deste direito, buscando apresentar soluções para os problemas da regularização fundiária urbana e da aquisição da moradia.

Dentre os instrumentos normativos de regularização fundiária, destacam-se os seguintes: a Lei nº 10.257/01 (Estatuto das Cidades); a Lei nº 11.481/2007 e a Lei nº 11.977/09.

Dentre as modalidades de regularização fundiária previstas na legislação brasileira destacam-se as também: a) a regularização fundiária de interesse social (Lei nº 11.977/2009); b) a regularização fundiária de interesse específico (Lei nº 11.977/2009); c) a regularização fundiária inominada ou de antigos loteamentos (Lei nº 11.977, art. 71); e d) a regularização fundiária em imóveis do patrimônio público (Lei nº 11.481/2007).

Nesse seguimento, no ano de 2009, com objetivo de facilitar o acesso à moradia para os cidadãos de baixa renda e incidir na redução do déficit habitacional desta classe social, foi criada a Lei nº 11.977/09, que dispõe sobre o "Programa Minha Casa, Minha vida" e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas (BRASIL, Lei nº 11.977/09, 2009, *online*).

4 DAS CONSEQUENCIAS JURIDICAS AO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA DIANTE DA AUSÊNCIA OU INEFICIENCIA DAS POLITICAS URBANAS

É indiscutível que o crescimento sem planejamento e sem contrapartida do Poder Público faz com que todos os problemas urbanos assumam dimensões grandiosas e cada vez mais difíceis de serem contornadas. Assim, observa-se que o inchaço populacional urbano é bastante cruel na realidade brasileira, uma vez que os que mais sofrem com esta configuração habitacional são os mais pobres.

Da incapacidade de atender à demanda, decorreu a proliferação de áreas de ocupação como resposta da população excluída à redução da oferta de moradias. Assumindo a condição de verdadeiros corredores de degradação socioambiental, os rios e córregos urbanos passaram a orientar o processo de favelização, cada vez mais vistos como signos da ausência de controle urbano (LACERDA, 2009, p. 62).

Concerne da "lógica da necessidade", a respeito da qual Alfonsin (2006) se refere. As ocupações irregulares se iniciam por conta da necessidade da população pobre não

encontrar espaço no mercado formal de habitação, que é a lógica que a move. É por conta dos preços excessivamente altos da terra urbana que estas pessoas não têm acesso à moradia, constituindo uma parcela considerável da população que se encontra, inegavelmente, sem opção. A informalidade é inelutável, pois é a única possibilidade de habitar destas pessoas, daí porque se diz que a motivação das ocupações irregulares é a lógica da necessidade.

A lógica da ordenação das cidades, hoje, não é exatamente a mesma do período inicial da industrialização, mas se observa que o resultado é sempre o mesmo: gerando uma espécie de "segregação sócio-espacial", definida por Grafmeyer (2016, p.32 *apud* BESSA, p. 07), descreve que "oportunidades desiguais de acesso aos bens materiais e simbólicos oferecidos pela cidade".

Villaça (2004), em seu estudo "Efeitos do espaço sobre o social na metrópole brasileira", aponta a segregação sócio-espacial como sendo uma das formas de possibilitar o controle da produção e do consumo do espaço urbano pelas classes dominantes. Para o autor, são as classes dominantes que comandam o processo de apropriação diferenciada das vantagens do espaço. Interessante é que o autor aponta que uma das vantagens centrais em disputa é a diminuição dos gastos de tempo despendido nos deslocamentos das pessoas, ou seja, a acessibilidade às diversas localizações urbanas, sobretudo o centro da cidade.

Entre as diversas expressões de desigualdades existentes no Brasil, pode se citar a segregação sócio espacial como geradora de mais pobreza e exclusão. É possível perceber que as ocupações dos espaços das grandes cidades são cada vez mais separadas por muros, muitas vezes não visíveis, mas, é possível visualizar tal separação diante dos altos custos de moradia em determinadas regiões, segundo Rodrigues (2003, p.12):

Basta observar qualquer cidade para se contatar grandes diferenças entre as características de moradia dos bairros, dimensão dos lotes e imóveis, acabamento das casas, ruas (pavimentadas ou não), iluminação, esgotos, etc., Existem, ao mesmo tempo, zonas com infraestruturas e outras sem. Há espaços desmedidamente ocupados e outros com escassez de ocupação. Grandes espaços beneficiados de infraestrutura e outros com densidade maior de ocupações, mas desprovidos de serviços. Isto esclarece que a diversidade não se especifica apenas as características e ao tamanho das casas e terrenos, mas à própria cidade.

Essas desigualdades de espaços são tituladas como áreas luminosas e áreas opacas. A primeira entende-se como aquelas bem servidas pelas redes de transporte, telecomunicações, infraestrutura urbana, etc., da qual população, mais rica e organizada,

determina as normas em contrapartida, A segunda necessitam de modernização e políticas públicas, embora seus habitantes participarem de uma lógica que movimenta os grandes centros (SANTOS, 1991, p. 51).

Nessa direção, tais grupos sociais encontram-se próximos, entretanto desmembrados por muros e artifícios de segurança. Refere-se a um novo modelo de segregação espacial em que a autora denomina de “enclaves fortificados”, ou seja, são locais privatizados, fechados e vigiados para residências, consumo, lazer e trabalho, sob o argumento do medo da violência. São meios utilizados para atrair aqueles que detêm condições e separá-los dos “pobres marginalizados” e os sem teto (CALDEIRA, 2000, p 211).

Na verdade, a criação da cidade, de suas avenidas, de suas periferias, de seus bicos, e de suas favelas não surge casualmente. Está dependente ao processo de acumulação e reprodução do capital. Nas cidades, o desenvolvimento da economia exige o crescimento e a concentração de força de trabalho, que por sua vez requer local para morar. A expansão indiscriminada das periferias cria escassez, carência, indicadores sociais de miséria urbana, violência e a ilusão da irreversibilidade. Desta forma as regiões afastadas de um centro urbano encerram em si o verdadeiro significado expresso pelo termo: são arredores do centro, limites terminais, margens, áreas distantes. Distantes também do acesso à satisfação das necessidades mais comuns. Representam os espaços “feios” da cidade. Uma aparência resultante das condições de renda de sua população. Da economia política vigente que é quem comanda o processo de construção da cidade. (MOURA, 2003, p. 50).

Com fulcro na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, inciso IV, pode-se refletir a respeito da remuneração dos trabalhadores, visto que esses devem receber um salário “mínimo” suficiente para suprir as suas necessidades básicas, como também a de sua família com moradia, educação, alimentação, saúde, lazer, higiene, vestuário, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo. Todavia, tal previsão parece longe da realidade para muitos brasileiros.

Assim, Alfonsin (1994, p. 50), mostra que:

É admitido esclarecer tal disposição com duas categorias de lente: a primeira, em chave de leitura positiva, nela vendo a vontade da Constituição Federal de assegurar ao valor do salário o valor equivalente de todas as coisas que formam aqueles direitos lá previstos, necessários à liberdade de todos e a uma vida digna; a segunda, em chave de leitura negativa e bem mais claros e objetivos,

à frente de fatos historicamente repetidos, a de que a referida norma, antes de reconhecer poder aos seus destinatários trabalhador(a)s, de garantir a própria vida, prefere legitimar-se a si própria, ilustrando que o respeito aos direitos fundamentais, por ela perseguido é, meramente, publicitário e, pior, de uma propaganda enganosa - precisa aparentar que está submetida ao mais elementar dever do Estado Democrático de Direito - existir em função dos mesmos direitos, sem garantia dos quais não há vida nem liberdade. Por mais que se saiba que a cidadania é uma conquista diária das pessoas e que a exigência de respeito pela própria dignidade humana compete a cada um (a), há de se convir que, sendo pelo trabalho individual e social que isso se obtém de maneira lícita, a remuneração salarial como meio é incapaz de conquistar os fins a ela atribuídos pela própria Constituição Federal.

No mesmo sentido, Moura (1994, p. 50), destaca que:

Caso a massa salarial e a renda do trabalhador não apresentar crescimento, as periferias, ira sempre ter aspecto de desordem, imprevisto, inacabado. Uma forma de contrapesar o abstenção da ação positiva do capital e a insuficiência da ação do Estado na reprodução da força de trabalho. Uma maneira de manter o direito de propriedade, não conquistando na maior parte das vezes, o direito de uma vida digna.

Embora nosso ordenamento jurídico estabeleça, no plano constitucional e infraconstitucional, como sendo de direito a todos a moradia, este não vem sendo efetivado de maneira a reduzir a desordem urbanística de nosso país, fruto não só da insuficiência das políticas públicas, mas também de um sistema político voltado a interesses individuais, não observando Tratados Internacionais e direitos sociais garantidos em nossa Constituição Federal de 1988.

Nesse seguimento, a justificação para a não prestação dos direito prestacionais ocorre devido a questão de desembolso desses direitos, alegando que os custos dos direitos sociais prepondera os recursos orçamentários, cria-se desta forma, a reserva do possível.

Mas não se pode estabelecer uma relação de dependência entre a escassez de recursos orçamentários e a efetivação de direitos. Afinal, todo o aparato estatal tem um custo, inclusive quando é colocado em funcionamento para garantir os chamados direitos de defesa. Assim, "estabelecer uma relação de continuidade entre a escassez de recursos

públicos e a afirmação de direitos acaba resultando em ameaça a existência de todos os direitos.” (BARRETO, 2003, 121).

Se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço de dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde. Um relativismo nessa área pode levar a “ponderações” perigosas e anti-humanistas do tipo “porque gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais?” (KRELL, 2004, 53)

Os Tribunais pátrios vêm resguardando o direito à moradia como direitos básicos da pessoa humana diante da justificativa da reserva do possível (RECURSO DE APELAÇÃO CIVIL Nº 1.465.362-2):

EMENTA APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE AUXÍLIO MORADIA, 'ALUGUEL SOCIAL'. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. FATO OCORRIDO EM 2006. AUTORA QUE REALIZOU PEDIDO ADMINISTRATIVAMENTE REQUERENDO O AUXÍLIO MORADIA. OMISSÃO DO MUNICÍPIO. RECONHECIMENTO ADMINISTRATIVO DO DIREITO DA AUTORA. INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO. ART. 202 DO CÓDIGO CIVIL. MÉRITO. DIREITO SOCIAL E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. NORMA PROGRAMÁTICA – POLÍTICA PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI Nº8.742/93 (LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL). DESAPROPRIAÇÃO DO IMÓVEL PELO MUNICÍPIO. LOCAL DE RISCO. VULNERABILIDADE. PESSOA IDOSA. DEVER DO MUNICÍPIO EM PROVIDENCIAR MORADIA ADEQUADA. POLÍTICAS PÚBLICAS E O PODER JUDICIÁRIO. SEPARAÇÃO DE PODERES. AO PODER JUDICIÁRIO INCUMBE A EFETIVAÇÃO DO CUMPRIMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO. ENTE POLÍTICO SUBMETIDO AO JUDICIÁRIO EM RAZÃO DE DESCUMPRIMENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RESERVA DO POSSÍVEL. RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE E ORÇAMENTO FINANCEIRO. LAPSO TEMPORAL ENTRE A DESOCUPAÇÃO (2006) E O INGRESSO DA AÇÃO JUDICIAL QUE POSSIBILITOU AO MUNICÍPIO INCLUIR O CUSTEIO DO AUXÍLIO NO ORÇAMENTO MUNICIPAL. OMISSÃO NÃO JUSTIFICADA. AUSÊNCIA DE PROVA DA INSUFICIÊNCIA ORÇAMENTÁRIA. DEVER DE PRESTAR ATENDIMENTO À AUTORA DESALOJADA POR ORDEM DO MUNICÍPIO. PREQUESTIONAMENTO. RECURSO ADESIVO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. IMPOSSIBILIDADE. LEI 9494/97, ART. 1º. ANTECIPAÇÃO QUE VISA EXAURIR O OBJETO DA AÇÃO.

Portanto, é necessário que, para opor à concessão judicial de prestações sociais, o Estado deve possuir provas suficientes para invocar genericamente a reserva do possível – como tem acontecido na maior parte das ações nesta matéria.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa norteou-se a partir de um objetivo geral em demonstrar quais as consequências jurídicas que a falta, ou mesmo a deficiência, do planejamento urbano pode gerar no contexto do direito fundamental à moradia.

O direito à moradia foi incorporado no rol dos direitos sociais da Constituição Federal, em seu Art. 6, caput, no dia 14 de fevereiro de 2000, com o advento da Emenda Constitucional nº 26.

Mostrou-se que esse direito, embora seja definido como direito social, não possui cunho de segundo plano, muito pelo contrário, detém caráter de essencialidade para o ser humano, visto que é condição indispensável para uma realidade tão desigual que se tem conhecimento. E que a indivisibilidade dos direitos humanos não comporta a visão de que apenas os direitos tidos como de primeira geração sejam efetivados, em vista que ao ser humano não é suficiente que se respeite o direito à vida, direito à liberdade, mas também que se possibilite que essa vida se concretize através de direitos que abarcam a realidade social do indivíduo.

Nesse pensamento, é certo que a ausência desse direito impede a própria existência física, já que sem um lugar que lhe proporcione condições mínimas de vivência, o ser humano está destinado a viver na subumanidade, já que a depender da situação.

Nesse cenário, torna-se imprescindível a participação do Estado na proteção do direito à moradia, considerando que possuir uma moradia que viabiliza viver em segurança e em condições mínimas de qualidade de vida, é pressuposto básico justificado no princípio da dignidade da pessoa humana e no mínimo existencial.

Outro ponto que é digno de destaque é o fato de que existem grandes disparidades e abismos sociais no país o que causa o impacto da globalização. Os direitos sociais, dentre eles, educação, saúde, moradia, dentre outros, são os mais atingidos com a omissão da Administração Pública e com os impactos da globalização.

O histórico das políticas públicas habitacionais no Brasil mostra como os principais programas não alcançaram êxito entre as categorias sociais mais baixas, favorecendo, de certa forma, os financiamentos para as classes média e alta, auxiliando diretamente no alto déficit habitacional brasileiro.

Foi analisado que a concretização do direito à moradia é dificultado por questões fáticas e jurídicas. Inicialmente, o Estado utiliza a “teoria da reserva do possível” para não materializar os direitos fundamentais sociais. Segundo essa teoria, pretende-se apontar o desprovimento de recursos orçamentários e a impossibilidade de concretizar esses direitos. Por outro lado, o caráter prestacional dos direitos sociais, faz com que o Estado seja o responsável pela implementação de políticas públicas, direcionadas a realização dos direitos sociais garantindo, desta forma, o mínimo existencial às pessoas. Por mínimo existencial, pode-se entender o conjunto de prestações materiais mínimas indispensáveis para que o indivíduo se encontra em situação de dignidade. Logo, ao se aplicar a “teoria da reserva do possível”, o Estado deve proceder com proporcionalidade e razoabilidade, para que esta não seja uma justificativa genérica e abstrata apta a isentar a responsabilidade estatal de promover o mínimo existencial à todos.

A conclusão deste Trabalho de Conclusão de Curso foi no sentido de que restou observado que no contexto brasileiro, não é a falta de leis que causa dificuldade à implementação do direito à moradia adequada, mas sim, possivelmente a falta de políticas urbanas para tornar o direito à moradia uma realidade na vida dos brasileiros.

REFERÊNCIAS

ANDREATTA, Verena. **Cidades quadradas, paraísos circulares**. Rio de Janeiro, Ed. Mauad, 2006.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 04 jun. 2021.

CARDOSO, Lucio Aauto. **22 anos de Política Habitacional no Brasil**, Rio de Janeiro: Letra Capital: Observatório das Metrôpoles, 2017. Não paginado. Disponível em: https://observatoriodasmetrosoles.net.br/arquivos/biblioteca/abook_file/livro_politicahabitacional_2017.pdf. Acesso em: 12 set. 2021.

CARDOSO, Aauto Lúcio; ARAGÃO, Thêmis Amorim. Do fim do BNH ao programa minha casa minha vida: 25 anos da política habitacional no Brasil. *In*: CARDOSO, Aauto Lúcio (org.). O Programa Minha Casa Minha Vida e seus efeitos territoriais. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2013. Disponível em:

https://observatoriodasmetroplites.net.br/arquivos/biblioteca/abook_file/mcmv_adauto2013.pdf. Acesso em: 12 set. 2021.

CARVALHO, Alysson Massote (ed.). **Políticas públicas**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

DAGNINO, Renato P. **Planejamento Estratégico Governamental**. Especialização em gestão pública municipal. Florianópolis. Departamento de Ciência da Administração/UFSC; [Brasília]: Capes: UAB, 2010.

E-CIVIL. Planejamento Urbano. 01 ago 2011. Disponível em:

http://www.ecivilnet.com/artigos/planejamento_urbano.htm. Acesso em 08 set. 2021.

Jorge Renato dos; FONTANA, Eliane. O princípio da solidariedade e a hermenêutica filosófica na sustentabilidade dos direitos fundamentais sociais, diante dos argumentos do mínimo existencial e da reserva do possível. In: Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos.

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LACERDA, Maiara Figueiredo de et al. **O direito fundamental á moradia em face da política habitacional brasileira**. 2009. Disponível em:<http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/xmlui/handle/riufcg/14144?show=full>.

MARTINS, Bianca Camargo. **Planejamento urbano e regional**. Ponta Grossa: Atena, 2019. Não paginado. Disponível em:<https://www.atenaeditora.com.br/wp-content/uploads/2019/06/E-book-Planejamento-Urbano-e-Regional.pdf>. Acesso em: 12 set. 2021.

MOURA, Paulo C. **Construindo o futuro: o impacto global do novo paradigma**. Mauad. 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos**. 1948. Disponível em:http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf. Acesso em: 28 set. 2021.

Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1966, *online*. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/remhu/a/XXZ9NFJwSRSVVyND7bHtNDy/?lang=pt&format=html>. Acessado em: 02 out. 2021.

PARANÁ, Terceira Câmara cível do Tribunal de Justiça. **Apelação Cível AC 1.465.362-2**. Relator: José Sebastião Fagundes Cunha, 05 de Março de 2016. Data da publicação: 11 de Março de 2016. Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340133587/apelacao-reexame-necessario-reex-14653622-pr-1465362-2-acordao/inteiro-teor-340133596>.

PINHEIRO, Otilie M. **Plano Diretor e Gestão Urbana**. Especialização em gestão pública municipal. Florianópolis, departamento de ciência da Administração/UFS; [Brasília]: Capes: UAB, 2010.

REIS, Jorge Renato dos. **Os direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas relações entre particulares**. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Orgs.). Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Tomo 7. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.

RODRIGUES, Lucas Pazolini Dias; MOREIRA, Vinícius de Souza. Habitação e políticas públicas: o que se tem pesquisado a respeito?. **Revista Brasileira de Gestão Urbana**, v. 8, p. 167-180, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/urbe/a/brnKYQ6ZXPSyK8YzdPgJwSF/abstract/?lang=pt>.

RODRIGUES, Arlete Moysés. Políticas públicas no espaço. **Revista Cidades**, v. 13, n. 22, 2016. Disponível em: <https://revista.fct.unesp.br/index.php/revistacidades/article/view/5373>. Acesso em: 12 set. 2021.

SABOYA, Renato. **Urbanismo e Planejamento urbano no Brasil de 1975 a 1992**. Urbanidades. UFSC. Nov. 2008. Disponível em: <http://www.urbanidades.arq.br/2008/11/urbanismo-e-panejamento-urbano-no-brasil-1975-a-1992>. Acesso em 09 set. 2021.

SANTOS, Maria J. V. **Historia do Brasil** vol. 2. 31ªed. São Paulo: Ática, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais-RBEC, Ano**, v. 2, p. 55-92, 2008. Disponível em: https://www.opet.com.br/faculdade/revistaanima/pdf/anima1/artigo_Ingo_Wolfgang_Sarlet_o_direito.pdf. Acesso em: 12 set. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2010.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação**: análise comparativa e seu aspecto teórico e prático com os direitos da personalidade. São Paulo Revista dos Tribunais, 2004. Disponível em:
<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:livro:2004;000702235>.

TEIXEIRA, Cristina. O Desenvolvimento Sustentável em unidade de conservação: a "naturalização" do social. In **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Vol.20 n. 59. Out/2005. P. 51-66. Disponível em:
<https://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v20n59/a04v2059.pdf>. Acesso em: 02 out. 2021.

VILLAÇA, Flávio. Uma contribuição para a história do planejamento urbano no Brasil. In: DÉAK, Csaba. SCHIFFER, Sueli Ramos (Org). **O Processo de Urbanização no Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004.

A DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ATRAVÉS DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

LUCAS JULIÃO DA SILVA:

Graduando do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins - FCJP

MAÍRA BOGO BRUNO¹⁰⁰

SILVANA LOVERA SILVA¹⁰¹

(orientadores)

RESUMO: O presente trabalho envolve um estudo relacionado a possibilidade da declaração de constitucionalidade do aborto no Brasil, através da aplicação do princípio da proporcionalidade. O desenvolvimento desse estudo tem como objetivo geral demonstrar se o aborto é constitucional ou não, utilizando-se da técnica da ponderação, desenvolvida por Robert Alexy. Durante o estudo são apresentados conceitos relacionados à temática desenvolvida, julgados do Supremo Tribunal Federal que fundamentaram as decisões no princípio em apreço, bem como a aplicação da técnica da ponderação no caso de aborto. Em relação a metodologia, o método de abordagem teórica é o dedutivo, a pesquisa é a exploratória bibliográfica e documental e a técnica é a qualitativa de análise de dados. Através da pesquisa realizada, verifica-se que em uma colisão entre os direitos fundamentais da gestante, tais como a liberdade, autonomia privada, direitos reprodutivos/sexuais, igualdade e dignidade humana, e o direito do nascituro de nascer com vida, aqueles são preponderantes, pois a criminalização do aborto não é uma medida efetiva. Necessita-se que o Estado promova políticas públicas para levar educação e desenvolvimento econômico à sociedade e evitar que mulheres procurem clínicas clandestinas para realizarem o aborto de forma inadequada e ofensiva à saúde. Com a técnica da ponderação, é possível declarar o aborto constitucional, porque a criminalização atinge gravemente os direitos da gestante e não é uma medida adequada e proporcional. Destaca-se ainda que se o Estado promovesse políticas públicas de apoio às gestantes o número de abortos poderia diminuir, porque as mulheres poderiam até mudar de ideia durante o tratamento, ao passar por consultas com psicólogos, médicos, e o direito do nascituro de nascer com vida não precisaria ser sacrificado, ao ser levado desenvolvimento educacional e socioeconômico à sociedade.

100 Mestra em Direito. Professora da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

101 Mestra em Letras. Professora da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

Palavras-chave: Princípio da proporcionalidade; Robert Alexy; Colisão de direitos fundamentais; Aborto; constitucionalidade.

ABSTRACT: This paper involves a study related to the possibility of declaring the constitutionality of abort in Brazil, through the application of the principle of proportionality. The development of this study aims to demonstrate whether abortion is constitutional or not, using the technique of weighting developed by Robert Alexy. During the study, concepts related to the developed theme are presented, judgements of the Supreme Court that based their decisions on the principle under consideration, as well as the application of the weighting technique in the case of abortion. Regarding the methodology, the theoretical approach method is deductive, the research is exploratory bibliographic and documentary and the technique is qualitative data analysis. Through the research carried out, it appears that in a collision between the fundamental rights of pregnant women, such as freedom, private autonomy, reproductive/sexual rights, equality and human dignity, and the right of the unborn child to be born alive, those are preponderant, as the criminalization of abortion is not an effective measure. It is necessary for the State to promote public policies to bring education and economic development to society and prevent women from seeking clandestine clinics to perform abortions in an inappropriate and offensive way to health. With the technique of weighting, it is possible to declare abortion constitutional, because criminalization seriously affects the rights of pregnant women and is not an adequate and proportional measure. It is also highlighted that, if the State promoted public policies to support pregnant women, the number of abortions could decrease, because pregnant women could even change their minds during treatment, when going through consultations with psychologists, doctors, and the right of the unborn child to be born alive would not need to be sacrificed, when educational and socioeconomic development is brought to society.

Keyword: Principle of proportionality; Robert Alexy; Collision of fundamental rights; Abortion; constitutionality.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade passa por um processo de evolução significativo no decorrer do tempo, gerações mudam, necessidades sociais surgem e, conseqüentemente, o direito precisa acompanhar esse avanço. A Constituição Federal brasileira de 1988 traz em seu artigo 5º direitos fundamentais, os quais, muitas das vezes, diante de situações concretas e em decorrência da relativização deles, acabam se colidindo.

No período pós-guerra, surgiram novas concepções teóricas e havia um movimento de transição do positivismo puro para ideais jusfilosóficos, que mais tarde ficou conhecido como neoconstitucionalismo (MAIA; CARNEIRO, 2013). O jurista Ronald Dworkin realizou estudos e desenvolveu a sua teoria sobre direitos fundamentais, todavia,

não analisou a solução de colisões. Outrossim, o professor alemão Robert Alexy, elaborou a sua teoria sobre direitos fundamentais e desenvolveu a técnica da ponderação, utilizando-se do princípio da proporcionalidade.

A ponderação consiste em um exame analítico e específico de colisão entre direitos e princípios fundamentais, considerando a intensidade que determinado direito será restringido em detrimento do outro direito colidente, buscando a proteção daquele que se sobrepõe diante do caso concreto (CARDOSO, 2016).

A proporcionalidade é uma técnica de interpretação analítica que possibilita solucionar conflitos entre direitos e princípios fundamentais, em dada situação concreta, declarando determinado ato ou determinada lei/norma (in)constitucional (TAVARES, 2019). A título de exemplo, pode-se falar no aborto, por ser um tema que coloca em colisão os direitos fundamentais da gestante e os direitos fundamentais do nascituro. E é exatamente focado nessa temática que será desenvolvida uma linha de raciocínio com foco na possibilidade ou impossibilidade de declaração da constitucionalidade do aborto no Brasil através da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Diante disto, a problemática desenvolvida se traduz na seguinte indagação: a aplicação do princípio da proporcionalidade é técnica de interpretação cabal para fundamentar a declaração de constitucionalidade ou não do aborto no Brasil?

O desenvolvimento desse estudo tem como objetivo geral demonstrar se o aborto é constitucional ou não, utilizando-se da técnica da ponderação. Para tanto, são objetivos específicos a serem alcançados nessa pesquisa: a) conceituar o princípio da proporcionalidade, levando-se consideração a sua aplicação como instrumento analítico de resolução de conflitos entre direitos e princípios fundamentais; b) apresentar alguns julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) em que foi aplicada a técnica da proporcionalidade; c) explicar o conceito de aborto, as modalidades existentes e a ocorrência no Brasil; e d) aplicar a técnica da ponderação na colisão existente entre os direitos fundamentais da mulher e do nascituro, averiguando a constitucionalidade do aborto.

O método de abordagem teórica desenvolvido será o dedutivo, a metodologia de pesquisa utilizada será a exploratória bibliográfica e documental, bem como, será aplicada no estudo a técnica qualitativa de análise de dados.

O primeiro capítulo terá por finalidade conceituar o princípio da proporcionalidade, apresentando, brevemente, as contribuições teóricas de Ronald Dworkin sobre a teoria dos direitos fundamentais, bem como a teoria do jurista Robert Alexy atinente à técnica da proporcionalidade, a partir dos exames da adequação, da

necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, e contextualizando com a aplicação do referido princípio no ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo serão apresentados julgados do STF que incidiram a aplicação do princípio da proporcionalidade como instrumento analítico de solução de colisões entre princípios e direitos fundamentais, utilizando-se da técnica da ponderação, como se pode observar no Recurso Extraordinário nº. 1249715, na ADI nº. 5139 e na ADI nº. 3.510.

O último capítulo será desenvolvido com enfoque no princípio da proporcionalidade e sua aplicação nos casos relacionados ao aborto, a fim de entender o conceito de aborto, as modalidades existentes e a ocorrência no Brasil, através das disposições trazidas pelo Código Penal, pela doutrina e pela jurisprudência, especificamente julgados do STF, a exemplo da ADPF nº. 54.

Ainda sobre o último capítulo, será estudada a técnica da proporcionalidade de forma mais específica, averiguando se o aborto pode ser declarado constitucional ou não, considerando os direitos fundamentais colidentes da gestante e do nascituro e realizando os exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação propriamente dita.

É necessário ressaltar que o tema apresentado, em decorrência de sua relevância, gera um debate social e jurídico, em que são invocados as liberdades, a igualdade social e financeira, a saúde pública e o direito à vida. Daí dessume-se a importância para a sociedade e para a seara jurídica deste estudo, haja vista a complexidade do tema, as consequências da criminalização do aborto para a gestante, as consequências da descriminalização para o nascituro e a necessidade de se resolver o conflito entre os direitos fundamentais da gestante e do nascituro.

2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO UM INSTRUMENTO ANALÍTICO DE RESOLUÇÃO DE COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em um ordenamento jurídico existem regras e princípios que norteiam o funcionamento da atividade jurisdicional e do comportamento social. Na medida que a sociedade evolui e busca satisfazer os anseios, o direito precisa acompanhá-la, a fim de garantir a segurança jurídica e a ordem social. Em concomitância a essa evolução, observa-se que as normas existentes são acionadas diante de situações concretas, o que possibilita variações na proteção de direitos fundamentais e conseqüentemente ocasiona a colisão entre eles.

Vislumbra-se que a necessidade de solucionar colisões entre direitos surge em um contexto de desenvolvimento de uma nova Teoria do Direito, em um período de pós-guerra, quando juristas, pensadores e filósofos traçaram teorias e desenvolveram

pensamentos enfatizando ideais jusfilosóficos, ao passo que o positivismo jurídico lógico foi perdendo um pouco de impulso (MAIA; CARNEIRO, 2013). Isto porque uma nova ordem social, econômica e jurídica estava em um processo de construção nos meados do século XX, movimento este denominado de neoconstitucionalismo (MAIA; CARNEIRO, 2013).

2.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE A PARTIR DA TEORIA DE ROBERT ALEXY

Inicialmente, é importante observar que apesar do pensamento positivista perder força, não deixou de fazer parte das discussões e dos pensamentos doutrinários nos sistemas jurídicos, em razão da forte influência e contribuições de pensadores como Kelsen, Hart e Bobbio (MAIA; CARNEIRO, 2013).

Nesse contexto de desenvolvimento de pensamentos e concepções no período pós-guerra, outros estudos foram desenvolvidos, como por exemplo, a Teoria Constitucional (THEODORO FILHO, 2016). Os juristas Dworkin e Alexy desenvolveram estudos teóricos relacionados a regras, princípios e a distinção entre ambos, bem como aos direitos fundamentais e as conseqüentes colisões que podem existir entre eles numa sociedade que passa por um processo de mudanças e evoluções (THEODORO FILHO, 2016). Destaca-se que os pensamentos e as teorias desenvolvidas por ambos influenciam e são importantes para a efetivação da atividade jurisdicional no Brasil, na contemporaneidade (THEODORO FILHO, 2016).

O jurista norte-americano Dworkin desenvolveu uma teoria do direito, voltada para o liberalismo de princípios, tendo como percussores a liberdade e a igualdade, enfatizando uma posição crítica ao positivismo jurídico (INTRODUÇÃO..., 2020). O professor em comento desenvolveu seu pensamento abrangendo a filosofia, a política, a moral, a literatura, bem como expandiu os estudos na teoria da interpretação, no contexto do constitucionalismo no pós-guerra (INTRODUÇÃO..., 2020).

A teoria de Dworkin se desenvolve, principalmente, sob o prisma do direito como integridade. O jurista em apreço entende que o direito é uma "instituição" formada pela unicidade e integração dos princípios e das regras que compõem um sistema jurídico, devendo as decisões, especialmente as judiciais, levarem em consideração essa formação para decidir de forma mais equitativa, a partir de um método interpretativo (ABDOUCH, 2017). Nesse contexto, Abdouch (2017, p. 9), explica que "os juízes devem procurar na integridade do direito a melhor interpretação possível, que servirá de resposta certa para o problema trazido pelo caso."

Outrossim, Dworkin (2002 *apud* DIAS JÚNIOR, 2007) contribuiu para a seara jurídica ao desenvolver um estudo da teoria do direito voltada para a valorização dos princípios como sendo normas basilares de uma ordem jurídica, tendo aspectos diferentes

se comparados com as regras, que, juntamente com aqueles, compõem o ordenamento jurídico.

Dworkin (2002 *apud* DIAS JÚNIOR, 2007), define regras como sendo uma espécie normativa com limitado grau de abstração, que possui estrutura de tudo ou nada, ou seja, há aplicação ou não há aplicação diante de determinado contexto apresentado, não possuem dimensão de peso, e, em caso de conflito, uma das regras colidentes será considerada inválida. E por outro lado, diz que princípios são normas que possuem maior grau de abstração, não possuem a relação de tudo ou nada, possuem a dimensão de peso, e, em caso de colisão, é necessário analisar a relatividade de cada princípio para se chegar a uma decisão em determinado caso concreto (ABDOUCH, 2017).

O jurista alemão Alexy, por sua vez, elaborou, dentre outras, a Teoria dos Direitos Fundamentais e fez uma complementação à teoria desenvolvida por Dworkin, haja vista que este último não se preocupou, especificamente, a apresentar soluções concretas em situações que colocam em colisões direitos e princípios fundamentais.

Nessa perspectiva, há de se ressaltar que, através de uma teoria argumentativa e de discurso, Alexy apresentou suas contribuições para buscar uma gestão racional e correta da atividade jurisdicional exercida no direito alemão (BEBER; BITENCOURT, 2014).

Antes de adentrar propriamente nas contribuições de Alexy (2008) acerca das colisões entre direitos e princípios fundamentais e a técnica da proporcionalidade, é necessário entender as distinções entre regras e princípios apresentadas pelo pensador em comento.

Alexy (2008) ensina que é importante diferenciar princípios e regras, para possibilitar uma concepção mais analítica de direitos fundamentais e eventuais colisões deles decorrentes. Para ele, os princípios consistem em mandamentos basilares de caráter genérico, que visam arquitetar o funcionamento de determinado ordenamento jurídico, são considerados mandados de otimização e possuem cumprimento gradual na medida das possibilidades fáticas e jurídicas.

As regras, por sua vez, segundo Alexy (2008), consistem em mandamentos definitivos de aplicabilidade concreta, sem margem para desdobramentos interpretativos, ou seja, ou são aplicadas ou não são aplicadas. Estes dois elementos, na concepção de Alexy (2008) são espécies de normas. Porquanto, princípios e regras são considerados normas.

Alexy (2008) teoriza que o princípio da proporcionalidade possui raízes no direito alemão, no direito comparado. Destaca-se ainda que o referido mandamento se expandiu para o Brasil, embora não exista previsão expressa no texto constitucional, tornando-se

teoricamente um instrumento com potencial para resolver colisões entre direitos fundamentais (ALEXY 2008).

Nesse sentido, com o intuito de evitar insegurança jurídica em decorrência da restrição de determinado direito em face de outro, perpassando a esfera do equilíbrio e da proporção, a técnica da proporcionalidade deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, considerados como subprincípios da proporcionalidade (SILVA, 2002).

O subprincípio da adequação consiste em uma técnica que se busca alcançar um objetivo através de um meio específico. Caso esse meio seja capaz de concretizar o objetivo pretendido, a medida a ser utilizada é considerada adequada (CARDOSO, 2016). A título de exemplo, Cardoso (2016) cita a situação em que o Estado determina, através de lei, que o uso de capacete no carro seja obrigatório, a fim de proteger a saúde e a integridade física das pessoas, o que demonstra tratar-se de uma medida adequada, haja vista que de fato cumpre o objetivo pretendido (proteger a integridade física).

O subprincípio da necessidade, por sua vez, consiste em um exame comparativo realizado entre a gravidade do meio escolhido e o objetivo pretendido. O autor Cardoso (2016, p. 149), explica que “o primeiro passo é verificar qual é o direito que está sendo restringido e depois pensar em outras medidas tão eficazes quanto, porém menos gravosas, efetuando-se a comparação supramencionada.” Utilizando-se ainda do exemplo da lei que determina o uso de capacetes quando estiver dirigindo o carro, necessário se faz indagar se existe outras medidas menos gravosas para serem aplicadas. E a resposta é positiva, haja vista que o sintoma de segurança é algo mais adequado para a situação, logo, a medida determinada pelo Estado, através da lei, não é necessária, tampouco proporcional (CARDOSO, 2016).

E o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito é um exame pelo qual se verifica a intensidade da restrição do direito atingido e a importância da efetivação do outro direito colidente (CARDOSO, 2016). Em resumo, este último exame tem como objetivo “apontar qual direito, em determinado caso concreto, deve ser protegido: o direito atingido com a medida ou o direito que a medida quis prestigiar.” (CARDOSO, 2016, p. 149). Cumpre observar ainda que este exame não consiste apenas na simples menção nas decisões, é necessário fundamentar a utilização dessa técnica para resolver eventuais colisões.

De uma forma geral, a técnica da ponderação consiste em um exame analítico e específico de colisão entre direitos e princípios fundamentais, considerando a intensidade que determinado direito será restringido em detrimento do outro direito colidente, buscando a proteção daquele que se sobrepõe diante do caso concreto (CARDOSO, 2016).

Após feita a apresentação dos exames da proporcionalidade, interessante também entender o contexto de inserção dos direitos fundamentais no Brasil, bem como apresentar brevemente o conceito e as características deles.

2.2 RESOLUÇÃO DE COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS POR MEIO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O pós-guerra foi um período de fortalecimento e concretização dos direitos fundamentais no contexto jurídico-social de vários Estados, e no Brasil não foi diferente. A Constituição Federal brasileira, promulgada em 1988, é um exemplo da implementação de direitos fundamentais no contexto nacional (MAIA; CARNEIRO, 2013).

Pois bem, direito fundamental pode ser conceituado, conforme ensinamentos de Moraes (2020, p. 165), como “direitos subjetivos, assentes no direito objetivo, positivados no texto constitucional, ou não, com aplicação nas relações das pessoas com o Estado ou na sociedade.” Sobre esses direitos, Barroso (2019), assevera que não possuem caráter absoluto, o exercício é limitado e eles são organizados como princípios, o que melhor possibilita a aplicação mediante ponderação.

Os direitos fundamentais, a partir de uma análise conceitual e prática, possuem algumas características importantes que os definem, sendo elas: inalienabilidade, historicidade, imprescritibilidade, indisponibilidade, indivisibilidade, relatividade, entre outras. No que diz respeito a inalienabilidade, Moraes (2020) ensina que os direitos fundamentais, em regra, não podem ser alienados, ou seja, não podem ser vendidos, doados, emprestados. A característica da historicidade traduz-se na ideia de que os direitos fundamentais são uma construção histórica, isto é, as definições e a teorias variam de época para época e de lugar para lugar (MORAES, 2020).

A imprescritibilidade é uma característica dos direitos fundamentais, haja vista que estes não se perdem pela passagem do tempo; outra característica é a indisponibilidade, ou seja, os direitos em comento são indisponíveis e interessa à sociedade, de forma coletiva; e existe também a indivisibilidade, que consiste na ideia de que os direitos fundamentais são um conjunto e não podem ser analisados de maneira separada, isolada (CAVALCANTE FILHO, [202-?]).

Outra característica dos direitos fundamentais é a relatividade, que se traduz na ideia de que nenhum direito fundamental é absoluto (MORAES, 2020). É necessário destacar que existem limitações na incidência desses direitos no sistema jurídico brasileiro para assegurar o equilíbrio social e a segurança jurídica, diante das mutações da sociedade e do ordenamento jurídico (MORAES, 2020).

O jurista Moraes (2021, p. 61), explica essa característica se referindo ao que ele chama de princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas, enfatizando a ideia de que “os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna.” Vale destacar que não existe hierarquia positivada entre os postulados fundamentais, até mesmo o direito à vida não possui caráter absoluto, embora é comum que seja visto dessa forma, como sendo o direito mais importante de um ordenamento jurídico (MARTINS, 2009).

Outrossim, cumpre deliberar que a relatividade possui uma relação direta e indireta com colisões entre direitos fundamentais, surgindo a necessidade de ponderar pesos e valores desses direitos, bem como realizar uma análise minuciosa entre eles, consubstanciada nos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (MORAES, 2020).

Vislumbra-se que não há previsão expressa do princípio da proporcionalidade na Constituição Federal de 1988, mas a construção doutrinária desenvolvida por Dworkin e Alexy influenciou e ainda influencia o ordenamento jurídico brasileiro, considerando as contribuições atinentes aos direitos fundamentais e as consequentes colisões decorrentes da constante evolução do direito e da sociedade (TAVARES, 2019).

Faz-se necessário deliberar que a técnica da proporcionalidade no contexto jurídico brasileiro pode recair em um possível problema de aplicação teórica que Alexy se preocupava, qual seja, a utilização dos ideais teóricos sem a devida fundamentação e sem utilizar corretamente e de forma analítica a técnica da ponderação para as tomadas de decisões, dando espaço para a discricionariedade e a arbitrariedade (MAIA; CARNEIRO, 2013).

O autor Tavares (2019, p. 663), ensina que o princípio da proporcionalidade consiste em “relevante instrumento de solução de conflitos na medida em que se apresenta como mandamento de otimização de princípios, ou seja, como critério de sopesamento de princípios quando estes conflitam em dada situação concreta.”

O princípio da proporcionalidade, como verificado, é um instrumento de resolução de colisões entre direitos fundamentais ou princípios fundamentais, a partir de um exame analítico que leva em consideração a sobreposição de um direito sobre o outro, buscando o equilíbrio e a segurança jurídica (SILVA, 2002).

Outrossim, Silva (2002, p. 24) explica que a máxima da proporcionalidade é um instrumento de interpretação e aplicação do direito desenvolvido para solucionar colisões existentes, por exemplo, em um determinado caso em que “um ato estatal, destinado a

promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais.”

Alexy (2008) delibera também que a proporcionalidade tem como objetivo equilibrar os direitos fundamentais em uma eventual colisão, sem que a sobreposição de um direito sobre o outro ocasione restrições em dimensões desproporcionais. Ele explica que “se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder.” (ALEXY, 2008, p. 93).

Um exemplo fático que gera colisão entre direitos fundamentais é o aborto, haja vista que, conforme será estudado no terceiro capítulo, de um lado tem-se os direitos inerentes à gestante e do outro lado colidente tem-se os direitos intrínsecos ao nascituro. Esta colisão precisa ser solucionada de forma proporcional e com equilíbrio, a fim de garantir segurança jurídica e desenvolvimento jurisdicional.

Outrossim, será desenvolvido no próximo capítulo, através da apresentação de julgados do Supremo Tribunal Federal, um estudo relacionado à aplicação do princípio da proporcionalidade em casos concretos envolvendo colisões entre direitos fundamentais.

3 JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RELACIONADOS A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Após feito um estudo no primeiro capítulo acerca das contribuições do jurista Dworkin e do professor Alexy para o sistema jurídico internacional, bem como o brasileiro, este último teorizando o princípio da proporcionalidade e a técnica da ponderação como ferramenta de solução de colisão entre direitos e princípios fundamentais, agora faz-se necessário trazer esse contexto teórico para a realidade jurídica brasileira, especialmente apresentando julgados do Supremo Tribunal Federal que fundamentaram no princípio da proporcionalidade a tomada de decisões, diante de casos concretos que apresentavam colisão entre direitos fundamentais.

Observa-se que o princípio da proporcionalidade, na concepção de Alexy (2008), se divide em três exames, para possibilitar a solução de determinado caso concreto, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Esses exames, como o próprio nome diz, fomentam a análise pormenorizada de casos que colocam em colisão direitos fundamentais. Nesse aspecto, o presente estudo se desenvolverá nessa perspectiva de entender como a Suprema Corte aplicou a técnica da ponderação em decisões e se, de fato, essa técnica foi aplicada.

O Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 1249715, pautou-se no princípio da proporcionalidade e razoabilidade para resolver uma

colisão entre o direito a saúde e o direito a livre iniciativa, no contexto em que uma lei estadual (Lei n.º 16.796/2018, de São Paulo) determinava que os comerciantes diferenciassem a cor do copo a ser utilizado para refrigerantes com açúcar zero (BRASIL, 2020).

Essa demanda refere-se a dois agravos regimentais interpostos pelo Estado de São Paulo e pela Assembleia Legislativa de São Paulo em desfavor de uma decisão, de juízo monocrático, que deu provimento ao RE n.º 1249715, sob o argumento de que o princípio da livre iniciativa está sendo violado diante do contexto fático orquestrado (BRASIL, 2020).

No seu voto, o Relator, o Ministro Mendes, entendeu que a legislação retro é desproporcional e fere a razoabilidade, razão pela qual, a lei impugnada deve ser declarada inconstitucional (BRASIL, 2020). Outrossim, o jurista em apreço dispõe que “as finalidades pretendidas pela norma impugnada não legitimam a profunda limitação à livre iniciativa, uma vez que tal objetivo pode ser realizado por outras vias menos restritivas ao direito constitucional do recorrente.” (BRASIL, 2020, p. 5). Acompanhando o Relator, a Segunda Turma do STF, por unanimidade dos votos, negou provimento ao agravo regimental.

Outro julgado do Supremo Tribunal Federal que se pautou no princípio da proporcionalidade foi referente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 5139. Esta ADI foi ajuizada pelo Governador de Alagoas, que requereu a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 2º da Lei estadual n.º 7.508/2013, sob o argumento de que a norma impugnada contraria os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e do devido processo legal substantivo, previstos no art. 5º, inc. LIV, da Constituição da República (BRASIL, 2019b). A lei em apreço, que tem como tema a educação inclusiva, “determina que os estabelecimentos de ensino fundamental, médio, superior, públicos e privados, e cursos de extensão disponibilizem cadeiras adaptadas para alunos portadores de deficiência física ou mobilidade reduzida.” (BRASIL, 2019b, p. 1).

No julgamento, a Ministra Relatora Lúcia, em seu voto, entendeu que a lei impugnada é constitucional e a matéria tratada nela é adequada e atinge a finalidade pretendida, sob o argumento de que o objetivo da norma em debate é assegurar aos alunos portadores de deficiência a acessibilidade nos estabelecimentos de ensino (BRASIL, 2019b). A julgadora em comento, assevera, todavia, que é “desnecessária a determinação de que o número de cadeiras adaptadas correspondesse no mínimo ao número total de alunos regularmente matriculados em cada sala, com deficiência ou não.” (BRASIL, 2019b, p. 15-16). Para ela, essa medida é desproporcional e desarrazoada, considerando que o número mínimo de cadeiras adaptadas deve ser correspondente a quantidade de alunos que são portadores de alguma deficiência.

A ministra Lúcia julgou parcialmente procedente a demanda, para que seja conferida interpretação constitucional ao trecho da lei que dispõe sobre a destinação das

cadeiras adaptadas, passando a considerar a quantidade de alunos portadores de deficiência matriculados e não a quantidade de alunos matriculados (BRASIL, 2019b). Por conseguinte, os ministros, por unanimidade, julgaram o feito parcialmente procedente, nos termos do voto da Relatora (BRASIL, 2019b).

O STF também julgou a ADI n.º 3.510, pautando-se na ponderação de princípios. Essa demanda foi proposta pelo então Procurador-Geral da República, Fonteles, tendo como enfoque a Lei da Biossegurança, especialmente o artigo 5º (Lei nº. 11.105/05) (BRASIL, 2010). Cumpre destacar que este dispositivo impugnado trata da “utilização, para fins de pesquisa e terapia, de células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por meio de fertilização in vitro, e não utilizados no respectivo procedimento.” (BRASIL, 2010, p. 375).

O Procurador-Geral em questão sustentou que o direito à vida é inviolável e que o embrião humano é uma vida humana, necessitando de proteção, a fim de preservar também a dignidade humana (BRASIL, 2010). Destaca que no processo de fecundação e a partir dele já está configurada a vida humana, razão pela qual o dispositivo legal contestado contraria a inviolabilidade do direito à vida (BRASIL, 2010).

O Ministro Brito, relator da ADI em tela, apresentou o seu voto e entendeu que o dispositivo citado da Lei de Biossegurança é constitucional, sob, dentre outros, os argumentos de que pesquisas com célula-tronco embrionárias não infringi o direito à vida e que o uso dessas células em pesquisas científicas para fins terapêuticos está dentro da legalidade (BRASIL, 2010).

Destaca também, o ministro em apreço, que incide na demanda um viés pós-positivista no contexto do direito brasileiro, haja vista que a análise realizada está inserida numa realidade neoconstitucional (BRASIL, 2010). Outrossim, ressalta que a ADI em julgamento, especificamente o seu voto, passou por um “olhar conciliatório do nosso Ordenamento com os imperativos da ética humanista e justiça material”, (BRASIL, 2010, p. 207), em conjunto com os “fundamentos constitucionais do direito à saúde e à livre expressão científica.” (BRASIL, 2010, p. 207), para se chegar à conclusão de que a demanda deve ser julgada improcedente.

Os ministros presentes no Tribunal Pleno votaram, por maioria, acompanhando o ministro Relator, com algumas ressalvas apresentadas, e julgaram a ADI improcedente, para declarar a lei da biossegurança constitucional, com ênfase no princípio da proporcionalidade e as análises da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (BRASIL, 2010).

De uma forma geral, ficou constatada, no caso, a colisão entre o direito à vida do embrião e o direito da dignidade da pessoa humana como indivíduo-pessoa (MAIA;

CARNEIRO, 2013). Além disso, no que diz respeito ao julgamento realizado pela Suprema Corte, “entendeu-se, por maioria dos votos, que não haveria vida a ser tutelada e, assim, não haveria o sacrifício do direito à vida”, (MAIA; CARNEIRO, 2013, p. 16), considerando que a Carta Magna não trata sobre a definição de vida e que o embrião é um organismo em desenvolvimento após o processo de fecundação, não havendo ainda a materialização do elemento vida (BRASIL, 2010).

Todavia, apresentados esses julgados, necessário se faz deliberar que a técnica da ponderação, idealizada pelo jurista Alexy, não é um instrumento genérico que visa resolver eventuais colisões entre direitos e princípios fundamentais, sem a devida fundamentação. Alexy (2008), ressalta que é necessário traçar um raciocínio lógico, com raízes na teoria da argumentação,¹⁰² para que as decisões sejam tomadas a partir de uma sistemática cadeia de ideias. Nesse sentido, destaca-se que o jurista alemão citado “elaborou uma teoria analítica, que buscou, através de um procedimento válido, garantir um padrão de racionalidade para as decisões judiciais.” (MAIA; CARNEIRO, 2013, p. 17).

Pois bem, a partir da observação desses julgados da Suprema Corte brasileira, verifica-se que são feitas menções ao princípio da proporcionalidade, à razoabilidade, para fundamentar as decisões, todavia, não passa disso. Ou seja, “a teoria não se resume, como faz a jurisprudência brasileira, à proporcionalidade, adequação e razoabilidade, não se aplicam apenas pela simples menção a utilização.” (MAIA; CARNEIRO, 2013, p. 17).

No mesmo sentido o Supremo Tribunal Federal vem se baseando na proporcionalidade e razoabilidade para fundamentar, de forma genérica e sem um raciocínio analítico proposto por Alexy, a tomada de decisões, como se pode observar também em outros julgados.¹⁰³

Embora alguns ministros da Suprema Corte brasileira fundamentam seus votos na máxima da proporcionalidade, como se pode verificar dos julgados apresentados, é nítido que os ensinamentos teóricos de Alexy não são, em sua integralidade, apesar da inspiração, aplicados no ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁰² Para o autor Alexy (2001 *apud* LEAL, 2014), a concepção positivista de interpretação e aplicação do direito é falha, haja vista que algumas situações práticas ficam prejudicadas, como por exemplo, a “imprecisão da linguagem do Direito dificulta a interpretação/aplicação”; sempre existirá conflitos entre normas; não existem “normas jurídicas que se amoldem a casos de alta complexidade temática”; e haverá “casos especiais que demandarão decisões que contrariem textualmente estatutos normativos.” (LEAL, 2014, p. 135). E diante dessas questões, a teoria da argumentação jurídica desenvolvida por Alexy busca demonstrar que as decisões dos julgadores devem ser pautadas em uma análise racional e didático-argumentativa do objeto estudado

¹⁰³ Habeas Corpus nº 82424; ADI nº 1802; ADI nº 855; ADI nº 6586; e ADI nº 1724.

Primeiro porque o instrumento da proporcionalidade tem o condão de auxiliar o julgador de acordo com os exames da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, visando uma interpretação do direito de forma sistemática e especialmente ponderada, ainda mais quando se tem diante de um caso concreto a colisão de direitos fundamentais (ALEXY, 2008).

Outrossim, é perceptível que nos julgamentos citados, a fundamentação dos votos dos componentes da Corte Maior se limita a mera menção das palavras proporcionalidade, razoabilidade e ponderação. Alguns ministros, de forma simplória, mencionam a adequação, a necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, sem elucidar de forma sustentável o sentido e o alcance de cada um destes exames.

E é justamente nesse ponto que Alexy apresentava preocupação: decisões arbitrárias, discricionariedade na tomada de decisões e ausência de uma argumentação jurídica bem desenvolvida (BEBER; BITENCOURT, 2014). Apesar da importante transição do positivismo puro para o neoconstitucionalismo, no período pós-guerra, nos meados do século XX, as raízes daquele movimento ainda são alicerçadas (MAIA; CARNEIRO, 2013).

Trazendo para o contexto do sistema jurídico brasileiro, percebe-se que as decisões dos julgadores podem ter inspirações no pensamento positivista puro, e, por esse motivo, a teoria desenvolvida pelo jurista alemão supracitado não é integralmente aplicada, em que pese possuir forte influência e reflexos doutrinários (THEODORO FILHO, 2016).

Portanto, apresentados esses julgados do STF, cumpre realizar no próximo capítulo um estudo mais específico sobre o princípio da proporcionalidade e sua aplicação prática no caso de aborto, a fim de verificar a sua constitucionalidade, no Brasil.

4 CONSTITUCIONALIDADE DO ABORTO NO BRASIL ATRAVÉS DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Apresentadas algumas concepções teóricas desenvolvidas no século XX, no período pós-guerra, no capítulo I e apresentados julgados do Supremo Tribunal Federal no capítulo II que fundamentaram as decisões tendo como inspiração, dentre outros, os ensinamentos de Alexy, far-se-á neste capítulo um estudo mais específico sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade em um contexto de aborto, ocasião em que coloca os direitos fundamentais da gestante e do nascituro em colisão.

Inicialmente, necessário se faz entender o que é o aborto e quais são suas implicações nas searas social e jurídica, para melhor compreensão. Os doutrinadores Mirabete e Fabbrini (2021, p. 95), define o aborto como sendo “a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção.” Outrossim, Mirabete e Fabbrini (2021, p. 95),

explicam que “é a morte do ovo, até três semanas de gestação; do embrião, de três semanas a três meses; ou do feto, após três meses.” Explica também que não é necessário a expulsão do produto da concepção para ser considerado aborto (MIRABETE; FABBRINI, 2021).

Vislumbra-se que o aborto pode ser espontâneo ou natural, quando o próprio organismo da gestante expulsa o produto da concepção, em decorrência de problemas de saúde; pode ser acidental, na hipótese em que existe de fato um acidente com a gestante, como por exemplo, atropelamento, queda, traumatismo, entre outros; e pode ser provocado, que é aquele considerado criminoso pela legislação penal, isto é, praticado pela ação ou omissão da própria gestante ou de terceiro com ou sem consentimento dela (MIRABETE; FABBRINI, 2021).

Quando se fala em aborto, muito se pensa nas causas que o motivaram. Pode existir uma razão moral, haja vista que a gestante pode ter sido vítima de estupro e por este motivo não quer dar continuidade a uma gravidez indesejada; e pode ter motivação econômica e financeira, considerando que a gestante pode não possuir condições financeiras para arcar com as despesas geradas com a criação de um filho (MIRABETE; FABBRINI, 2021).

Além disso, a mulher também pode ter dificuldades para criar um filho porque trabalha o dia todo e não consegue tempo para se dedicar ao acompanhamento do desenvolvimento da criança e também não pode deixar o emprego porque depende dele para sobreviver; e pode haver ainda motivos de caráter individual, inerentes a cada pessoa, a exemplo de concepções particulares com o corpo, autonomia de vontade, liberdade de escolher não ser mãe, entre outras questões intrínsecas a cada ser humano (MIRABETE; FABBRINI, 2021).

Como, em regra, o aborto é criminalizado no Brasil, muitas mulheres, que apresentam algumas das motivações acima mencionadas, buscam realizar tratamentos abortivos ofensivos à saúde em clínicas clandestinas, o que revela ser um problema de saúde pública (MILANI; NORA; CAERAN, 2018, p. 8). Vale destacar que este problema se desenvolve a partir de uma série de situações ligadas ao grau de desenvolvimento do Brasil: falta de oportunidades, desigualdade socioeconômica, baixo poder financeiro, educação falha, dentre outras (MILANI; NORA; CAERAN, 2018). Tudo isso influencia na decisão das gestantes em buscar clínicas clandestinas para realizar o aborto (MILANI; NORA; CAERAN, 2018).

Todo esse aglomerado de problemáticas poderia ser resolvido ou pelo menos minimizado se o Estado enxergasse de uma forma diferente o aborto e ao invés de repreender a gestante, a apresentassem oportunidades e uma educação preventiva e informativa. Isto porque essas mulheres que procuram clínicas clandestinas podem sofrer

consequências graves e acabar desenvolvendo traumas, seja físico ou psicológico, e consequentemente procuram o sistema de saúde público para realizar tratamentos pós-aborto¹⁰⁴, algo que poderia ser evitado (ACABAYA; FIGUEIREDO, 2020).

Passando agora para as implicações jurídicas, vale destacar que na legislação vigente é crime o autoaborto e o consentimento no aborto, delitos tipificados no artigo 124 do Código Penal; o aborto sem consentimento da gestante, tipificado no artigo 125 do Código Penal; e o aborto com o consentimento da gestante, delito tipificado no artigo 126 da mesma reprimenda penal.

O autoaborto (art. 124 do CP) é aquele provocado pela própria gestante, utilizando-se de métodos por ela pensados, a exemplo da ingestão de medicamentos abortivos, chás, socos na barriga, entre outros. Outrossim, também se considera o crime quando a mulher recebe auxílio ou é instigada a cometer o aborto (MEDEIROS, 2017). Ou seja, a grávida consente que um terceiro pratique o ato abortivo contra ela e por esse motivo tem sua conduta incriminada (MIRABETE; FABBRINI, 2021). Vale ressaltar ainda que o agente “que provoca o aborto, responde pelo crime previsto no art. 126, em que se comina pena mais severa.” (MIRABETE; FABBRINI, 2021, p. 98).

O aborto sem consentimento da gestante (art. 125 do CP) consiste na prática do ato abortivo sem o consentimento dela, é aquele que ocorre de forma forçada entre quem o força e quem sofre as consequências (NUCCI, 2020). Nesse caso, a mulher também é vítima da prática delitiva. Outrossim, verifica-se que “o terceiro deve saber da gravidez e não é necessária a negativa da gestante, bastando que o abortamento seja executado contra a sua vontade.” (MEDEIROS, 2017, p. 34-35).

O aborto com o consentimento da gestante (art. 126 do CP) é aquele provocado por terceira pessoa, com o consentimento daquela. A gestante responderá pelo crime previsto no art. 124 do CP e aquele que pratica os atos abortivos responderá pelo artigo 126 do CP (MIRABETE; FABBRINI, 2021). Ressalta-se também que, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 126 do CP, na hipótese da gestante ser “menor de 14 anos, ou débil mental ou alienada, ou esse consentimento tiver sido obtido mediante fraude, grave

¹⁰⁴ De acordo com uma matéria do G1, de São Paulo, publicada em 20/08/2020, por Cíntia Acayaba e Patrícia Figueiredo, o “SUS fez 80,9 mil procedimentos após abortos malsucedidos e 1.024 interrupções de gravidez previstas em lei no 1º semestre de 2020” (2020, não paginado). Ainda de acordo com a reportagem, no período entre janeiro e junho de 2020 o SUS realizou 1.024 abortos legais e “80.948 curetagens e aspirações, processos necessários para limpeza do útero após um aborto incompleto.” (ACABAYA; FIGUEIREDO, 2020, não paginado). Esses números demonstram que, em decorrência do não acesso das mulheres ao procedimento abortivo eficaz e legal, o próprio SUS arca com os custos e gastos dos tratamentos pós-abortos clandestinos (ACABAYA; FIGUEIREDO, 2020).

ameaça ou violência, esse consentimento é considerado inválido e caracterizado estará o crime do art. 125 do CP.” (MEDEIROS, 2017, p. 36).

Verifica-se que a legislação penal criminaliza o aborto nas circunstâncias acima mencionadas. Todavia, existem duas exceções legais trazidas pela mesma legislação e uma exceção trazida pela jurisprudência do STF. O artigo 128 do Código Penal dispõe sobre casos de aborto legal, situações em que é permitido o aborto, quais sejam: quando não existir outro meio de salvar a vida da gestante (aborto necessário) e gravidez resultado de estupro (aborto humanitário). Ademais, a Suprema Corte também decidiu ser admissível o aborto realizado em feto anencéfalo, conforme julgamento da ADPF nº 54 (BRASIL, 2012). Nesse aspecto, o ato abortivo em qualquer uma das situações apresentadas não configura crime, pois, conforme muitos doutrinadores ensinam, trata-se de estado de necessidade, nos termos do artigo 24 da reprimenda penal (MEDEIROS, 2017).

O Supremo Tribunal Federal, no julgado da ADPF n.º 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, decidiu ser admissível o aborto realizado em feto anencéfalo. Conforme explica Maluf (2020, p. 185), “a anencefalia é uma má-formação congênita resultante de defeito de fechamento do tubo neural, estrutura embriológica precursora do Sistema Nervoso Central.” No caso acima citado, a finalidade da ação era declarar inconstitucional a tipificação de crime no contexto apresentado, ou seja, entendia-se que o aborto realizado em face de feto com anencefalia é uma prática que não deveria ser considerada crime, sob pena de ser inconstitucional (BRASIL, 2012).

Pois bem, verificadas essas disposições sobre o aborto e a criminalização no ordenamento jurídico brasileiro, passar-se-á ao contexto da interpretação constitucional de tal prática a partir do referencial teórico envolvendo a colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade.

Ressalta-se que o aborto gera uma colisão entre direitos fundamentais da gestante e do nascituro, e essa colisão precisa de uma solução. A partir disso, é importante olhar para o princípio da proporcionalidade, que, através do exame da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, pode ser instrumento cabal para declarar o aborto constitucional.

Posto isso, cumpre deliberar sobre esses direitos. De um lado existem os direitos fundamentais da mulher, tais como a autonomia privada, a autodeterminação do próprio corpo, a liberdade, o direito reprodutivo/sexual, o direito à saúde, direito à igualdade e a dignidade humana; do outro há o direito fundamental do nascituro de nascer com vida.

O aborto gera uma discussão muito grande, haja vista que divide opiniões e pensamentos. Se existem defensores desse ato, há também aqueles que condenam a

prática abortiva. E por essa razão, a fim de buscar uma solução para essa dicotomia, necessário se faz utilizar a técnica da proporcionalidade idealizada pelo jurista alemão (ALEXY, 2008).

Na perspectiva do nascituro, busca-se assegurar com a criminalização do aborto o direito à vida. Sobre este direito, o doutrinador Lenza (2020, p. 1182), ensina que “o direito à vida, previsto de forma genérica no art. 5º, caput, abrange tanto o direito de não ser morto, de não ser privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna.”

Outrossim, necessário se faz deliberar que o direito à vida é uma cláusula pétrea, um direito fundamental estabelecido no texto constitucional brasileiro. Trata-se de um direito inerente a todo ser humano. A autora Maluf (2020, p. 150) ensina que “a vida é o bem supremo da existência, seu valor mais precioso; prevalece sobre todos os demais direitos existentes; de sua proteção emanam todos os direitos e deveres dos homens, seja oriundo das leis, dos códigos morais, dos costumes ou da ética”.

Vislumbra-se que essas definições são chamativas, supervalorizam a vida, o que é perfeitamente compreensível, pois refere-se a um direito que por natureza é imprescindível ao homem.

Entretanto, algumas ressalvas são necessárias, haja vista que “o direito à vida não é absoluto, seja pelo próprio comando constitucional, que admite a pena de morte no caso de guerra declarada, seja em razão de interpretações já fixadas pelo STF no julgamento da ADPF 54.” (LENZA, 2020, p. 1187). Ou ainda, pelo fato de que existe uma relativização dos direitos fundamentais, inclusive abrangendo o direito à vida.

Conforme ensina Lenza (2020), a legislação penal, especificamente o Código Penal, ao tipificar o aborto como crime, não realizou nenhuma distinção ou fez alguma colocação sobre o momento da gestação para a caracterização de crime, sendo exigido apenas a constatação da gravidez e a sua interrupção, nos moldes dos artigos 124 ao 127 do Código Penal.

É interessante destacar que o Supremo Tribunal Federal fomentou o debate acerca do aborto no Brasil, através da 1ª Turma, com o julgamento do Habeas Corpus nº 124.306. No feito, a turma em questão “[...] teve de decidir sobre a concessão de habeas corpus a integrantes de uma clínica que realizaram, a pedido da gestante, a interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre desta.” (MILANI; NORA; CAERAN, 2018, p. 76). O professor Lenza (2020, p. 1188) comenta que a referida Turma “conferiu interpretação conforme à Constituição aos artigos 124 a 126 do Código Penal para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre.”

Vislumbra-se que a criminalização do aborto de forma ferrenha causa consequências ao arranjo jurídico e principalmente às mulheres, pois infringe os direitos sexuais e reprodutivos delas, haja vista que o Estado não deve obrigar que a gestante tenha uma gravidez indesejada. É atingida também a autonomia da mulher, pois ficam prejudicadas as escolhas particulares e as concepções existenciais dela (LENZA, 2020).

Delibera-se ainda que a integridade física e psíquica da gestante também é afetada, pois a gestação causa efeitos e influencia o estado emocional e físico; e tem-se o problema de igualdade, porque nos casos relacionados ao aborto, a escolha da mulher deve ser respeitada para existir uma equiparação de gêneros (LENZA, 2020). Não se pode esquecer também da dignidade humana, pois uma mulher que não tem o direito de dispor do próprio corpo e de fazer valer sua liberdade, há, conseqüentemente, uma limitação da dignidade dela (LENZA, 2020).

É necessário verificar também que o Ministro do STF, Barroso, no seu voto vista, no HC nº 124.306, analisou o princípio da proporcionalidade, considerando a tipificação penal que é atribuída ao aborto e as consequências oriundas às gestantes, tais como os problemas de saúde pública ocasionados pela clandestinidade nas práticas abortivas, a vulnerabilidade financeira que muitas das gestantes possuem, problemas de ordem psicológica e física, que podem ser até irreversíveis, entre outras consequências atreladas à violação de direitos fundamentais, tais como a liberdade, a igualdade, a autonomia, a privacidade, dentre outros (BRASIL, 2017).

Realizados esses estudos sobre os direitos fundamentais da gestante e do nascituro em situação de colisão, cumpre deliberar sobre a constitucionalidade do aborto a partir da utilização do princípio da proporcionalidade e os exames dele decorrentes, conforme foi proposto por Alexy (2008): a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

No caso do aborto estão em colisão os direitos reprodutivo/sexual, a liberdade, a igualdade, a autonomia e a dignidade humana da gestante (P_1) e em contrapartida o direito do nascituro de nascer com vida (P_2). Dessa colisão, se buscaria um meio adequado (M_1), todavia, como há uma complexidade grande em buscar este meio adequado, percebe-se que o exame da adequação não é suficiente para solucionar a colisão existente, levando-se em consideração os ensinamentos de Alexy (2008).

A medida adequada poderia ser a criminalização do aborto (M_1) para proteger a vida do nascituro (P_2), entretanto, considerando que a criminalização atinge drasticamente os direitos da gestante (P_1), isso não demonstra ser o mais correto. Destaca-se que a criminalização do aborto de forma ferrenha e em caráter absoluto "constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas

impedindo que sejam feitos de modo seguro.” (BRASIL, 2017). Ou seja, a tipificação penal não evita o aborto, pelo contrário, ao invés de diminuir os procedimentos abortivos, aumenta-se a quantidade de mulheres que procuram clínicas clandestinas para realizarem o abortamento, revelando-se um problema de saúde pública e de ausência de políticas públicas eficazes.

O exame da necessidade consiste em buscar um meio (M_1) que seja menos gravoso para alcançar um objetivo determinado. Ressalta-se que a criminalização do aborto (M_1) não é uma medida suficientemente adequada, pois confronta severamente os direitos da gestante (P_1) e não é uma medida menos gravosa, haja vista que não evita o aborto e o fim do produto da concepção (P_2), apenas camufla a realidade dos fatos.

Nessas circunstâncias, há de se ressaltar que o Estado pode, e recomenda-se, evitar “a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas.” (BRASIL, 2017). Ou seja, não é criminalizando o aborto que o Estado vai evitar que eles ocorram. Existem outras formas de diminuir a prática abortiva sem restringir os direitos da gestante e sem colocar o direito à vida em uma situação hierarquicamente superior aos demais mandamentos fundamentais. Nesse sentido, a necessidade não se revela um exame suficiente e proporcional para solucionar a colisão existente.

Por último, tem-se a proporcionalidade em sentido estrito. Neste subprincípio se verifica “a intensidade da restrição do direito atingido e a importância da efetivação do outro direito colidente.” (CARDOSO, 2016, p. 149). Com a criminalização do aborto (M_1), se busca proteger o direito do nascituro de nascer com vida (P_2) e se tem a restrição dos direitos fundamentais da gestante, como a liberdade, a igualdade, a autonomia, a dignidade humana, dentre outros (P_1). Este exame tem como objetivo estabelecer qual direito deve ser protegido diante do caso de aborto: “o direito atingido com a medida ou o direito que a medida quis prestigiar.” (CARDOSO, 2016, p. 149). Pois bem, com o meio utilizado apontado acima (M_1), tem-se que os direitos da mulher são violados (P_1) e o direito à vida do nascituro é prestigiado (P_2).

Neste exame se faz necessário realizar o sopesamento dos direitos colidentes. Ressalta-se que, como foi estudado, a criminalização do aborto camufla o número de abortos no Brasil, passando a ideia de que é uma medida eficiente, mas na realidade não é exatamente isso que ocorre, haja vista que as gestantes, diante da repreensão do Estado, buscam realizar o procedimento abortivo em clínicas clandestinas e tal fato pode gerar custos sociais, como problemas de saúde pública e mortes, em decorrência das sequelas dos tratamentos clandestinos (BRASIL, 2017).

Ao invés da criminalização gerar benefícios à sociedade e ao ordenamento jurídico, ocorre o contrário, a hierarquização do direito à vida sem um aprofundamento de estudos no contexto do aborto não garante o nascimento do nascituro e a sua existência de forma digna. Outrossim, a propagação da educação informativa e preventiva, bem como a disseminação de políticas públicas por parte do Estado, acerca das consequências trazidas pela não utilização de métodos contraceptivos nas relações particulares, podem despertar mais interesse e maior grau de instrução no meio social.

Ao ponderar a colisão existente, utilizando-se a criminalização do aborto como um meio adequado (M_1), os direitos da gestante (P_1) são severamente atingidos e o direito do nascituro de nascer com vida (P_2) é protegido, prestigiado. Todavia, esse sopesamento apresentado não é o mais correto e não se justifica, em decorrência de tudo que foi apresentado no decorrer do presente estudo.

A criminalização do aborto não é uma medida adequada e proporcional, porque a liberdade, a autonomia, a privacidade e a dignidade da gestante são sacrificados arbitrariamente; as mulheres, por ausência de apoio do Estado, procuram clínicas clandestinas para realizar o abortamento; o pós-aborto clandestino é marcado por consequências à saúde da gestante, de ordem física e psicológica, fazendo com que a procura por tratamentos das sequelas em hospitais públicos aumentem; a prática abortiva continua ocorrendo de forma ilegal e ofensiva à saúde; e as mulheres pobres, com baixo poder aquisitivo, são as maiores vítimas da ausência de políticas públicas.

Ante o exposto, cumpre ressaltar que a técnica da ponderação, desenvolvida por Alexy (2008), pode resolver a colisão entre os direitos fundamentais da gestante e do nascituro, dando maior peso aos direitos da mulher em gestação, levando-se em consideração todo o contexto acima mencionado, sendo possível assim, declarar o aborto constitucional.

Embora haja o sacrifício do direito do nascituro de nascer com vida, não seria razoável desconsiderar os problemas sociais apresentados e sacrificar os direitos da gestante. Necessário destacar que, em um contexto de descriminalização do aborto, se o Estado promover políticas públicas voltadas para a educação, inclusive a sexual, para a saúde, para a economia, buscando a igualdade e o tratamento isonômico, em concomitância a isso, as mulheres seriam instruídas durante os tratamentos com médicos e psicólogos, podendo até desistir de praticar o aborto, sem que isso prejudicasse os direitos a ela inerentes. Nesse caso, o direito do nascituro de nascer com vida poderia até ser preservado. Logo, o que se verifica é que tratar o aborto como crime não está gerando frutos positivos à sociedade e ao ordenamento jurídico, pelo contrário, apenas camufla e esconde os problemas relacionados à falta de políticas públicas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade evolui com o passar do tempo, os anseios e as necessidades sociais surgem, transformações se acentuam, e, em paralelo a todo esse processo, o Direito precisa ser inserido, os sistemas jurídicos precisam recepcionar novas ideias, novas concepções, a fim de garantir direitos inerentes a cada indivíduo que faz parte do meio social. Como exemplo dessa mudança, há a transição existente entre os períodos pré-guerra e pós-guerra. Neste contexto, o comportamento social e a postura dos Estados frente aos arranjos político, econômico, jurídico e social mudaram, considerando a inserção de direitos humanos e direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos, em prol da democracia, da cidadania, das liberdades, da segurança jurídica e, especialmente, da concretização da dignidade da pessoa humana.

No período pós-guerra, no século XX, pensamentos e correntes teóricas foram sendo desenvolvidas em contraposição às concepções do positivismo jurídico lógico; e pensadores/juristas como Dworkin e Alexy deixaram seus legados. Um movimento foi se fortalecendo nesse contexto: o neoconstitucionalismo. Buscava-se com este a promoção dos direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos.

Nessa perspectiva, a exemplo de outros Estados, o Brasil também consagrou os direitos fundamentais no ordenamento jurídico interno, haja vista que tais direitos foram inseridos na Constituição Federal, promulgada em 1988. Liberdade, igualdade, propriedade, segurança, inviolabilidade à vida, todos esses, entre outros, estão inseridos no artigo 5º do texto constitucional brasileiro. E é nessa circunstância que surgem as colisões, considerando uma maior possibilidade dos prismas constitucionais se colidirem, em decorrência dos muitos que são positivados na Carta Magna.

Observa-se que, diante de situações concretas, os direitos fundamentais podem se colidirem, como se pode observar no caso de aborto, ocasião em que os direitos da gestante colidem com os direitos do nascituro, o que necessita de solução. Para tanto, uma das formas de solucionar essa colisão, conforme foi estudado, é utilizar o princípio da proporcionalidade e a técnica da ponderação, teoria desenvolvida pelo jurista alemão Alexy.

Outrossim, faz-se necessário pontuar também que os direitos fundamentais não são absolutos, inclusive o direito à vida, em razão da característica da relatividade. E a partir disso, diante de casos e situações concretas, como existem muitos mandamentos fundamentais e considerando que eles podem ser relativizados, surgem muitas colisões.

Vislumbra-se que o presente trabalho foi desenvolvido a partir da delimitação do seguinte tema: A declaração de constitucionalidade do aborto no ordenamento jurídico brasileiro através da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Observa-se também que a problemática desenvolvida no presente estudo consistiu na seguinte indagação: a aplicação do princípio da proporcionalidade é técnica de interpretação cabal para fundamentar a declaração de constitucionalidade ou não do aborto no Brasil?

Nesse sentido, há de se ressaltar que a problemática acima indagada foi respondida e ainda foram apresentadas outras problemáticas envolvendo saúde pública, educação, desigualdade social, entre outros, no decorrer do estudo e da pesquisa em apreço.

Necessário destacar que a criminalização do aborto, tal como ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, não evita que os abortos ocorram, apenas camufla o que acontece, pois, embora haja a tipificação criminal que reconheça o abortamento como crime, a função punitiva do Estado não é efetiva. Isto porque, como se pôde entender no presente estudo, muitas gestantes com baixo poder aquisitivo, não desejando a continuidade da gestação, procuram clínicas clandestinas para abortar, o que gera consequências a ela, tal como, traumas psicológicos, traumas físicos, não expulsão correta do produto da concepção, entre outras. E para tratar esses problemas pós-aborto clandestino, muitas mulheres socorrem aos hospitais públicos e ao SUS, gerando maior custo e gastos ao poder público.

Ou seja, o aborto não deixou de existir, pelo contrário, ocorre clandestinamente e ainda pode gerar muitos problemas de saúde à gestante, razão pela qual resta evidenciado que a criminalização ferrenha não é a medida mais adequada e proporcional.

Uma vez descriminalizado, as mulheres terão liberdade para conversarem sobre o aborto, o Estado pode inserir políticas públicas de conscientização voltada para a educação sexual e o uso de métodos contraceptivos; uma mulher que pretende abortar poderá ser aconselhada a não realizar o ato pelos profissionais médicos, sem que a liberdade, a autonomia privada e a dignidade humana sejam violadas. Nesse sentido, realizando o tratamento legal em hospitais ou clínicas, as gestantes terão mais apoio do Estado, a procura por clínicas clandestinas pode diminuir e em concomitância a isso as sequelas psicológicas e físicas poderão também regredirem.

O objetivo geral, que é demonstrar se o aborto é constitucional ou não, utilizando-se da técnica da ponderação, foi atingido, pois, com base no que foi apresentado, demonstrou-se que o aborto pode ser, de fato, declarado constitucional, considerando os inúmeros problemas que a criminalização drástica pode ocasionar.

E para ser possível alcançar o objetivo geral acima citado, também foram auferidos os objetivos específicos, haja vista que foi conceituado o princípio da proporcionalidade como sendo uma técnica de interpretação analítica de resolução de colisão de direitos

fundamentais; foram apresentados julgados do Supremo Tribunal Federal que fundamentaram as decisões, com base na técnica da ponderação desenvolvida por Robert Alexy; o conceito de aborto, as modalidades existentes e a forma que ocorre no Brasil foram apresentadas, conforme se observa do exposto no capítulo III; e foi aplicada, explicada, a técnica da ponderação na colisão existente entre os direitos fundamentais da gestante e do nascituro, demonstrando-se que a prática abortiva pode ser declarada constitucional, em decorrência das causas que a motivam a acontecer e das consequências acarretadas pela criminalização, o que se revela problemas de saúde pública, educacional e de desigualdade socioeconômica.

Portanto, diante do exposto, é importante destacar que o debate sobre o aborto é algo necessário, em decorrência da sua relevância social, e jurídica. O Estado deve desenvolver políticas públicas para evitar a clandestinidade e, conseqüentemente, os problemas de saúde pública, educacional e de desigualdade socioeconômica. Os direitos da gestante devem ser resguardados, uma vez que a criminalização não diminui o número de abortos, apenas faz com aconteçam escondidos e ilegalmente.

Outrossim, o direito do nascituro de nascer com vida não precisa ser atingido se o Estado colocar em prática as políticas públicas citadas. Na hipótese de ser atingido, em uma situação de colisão, o direito à vida pode ser relativizado, considerando que não possui caráter absoluto e que se colocá-lo em contraposição aos direitos da gestante, estes devem ser preponderantes, pois as consequências geradas pela criminalização do aborto afetam a mulher em gestação de forma muito grave, conforme foi elencado no decorrer do presente trabalho.

REFERÊNCIAS

ABDOUCH, Rafael Parisi. O DIREITO COMO INTEGRIDADE E A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS: É POSSÍVEL COMPATIBILIZAR A TEORIA DO DIREITO DE DWORKIN COM A DE ALEXY? **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, v. 23, n. 1, 19 jul. 2017. Disponível em:

<https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/search/authors/view?firstName=Rafael&middleName=Parisi&lastName=Abdouch&affiliation=Faculdade%20de%20Direito%20da%20Universidade%20de%20S%C3%A3o%20Paulo%20%28Largo%20de%20S%C3%A3o%20Francisco%29.&country=BR>. Acesso em: 22 set. 2021.

ACABAYA, Cíntia; FIGUEIREDO, Patrícia. SUS fez 80,9 mil procedimentos após abortos malsucedidos e 1.024 interrupções de gravidez previstas em lei no 1º semestre de 2020. **G1 SÃO PAULO**, São Paulo, 20 ago. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/08/20/sus-fez-809-mil-procedimentos-apos-abortos-malsucedidos-e-1024-interruptoes-de-gravidez-previstas-em-lei-no-1o-semester-de-2020.ghtml>. Acesso em: 06 out. 2021.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Riberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617562/>. Acesso em: 03. jun.2021.

BEBER, Augusto Carlos de Menezes; BITENCOURT, Caroline Müller. Um breve ensaio sobre as contribuições da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy para o controle da decisão na atuação jurisdicional. *In*: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 7., MOSTRA DE TRABALHOS JURÍDICOS CIENTÍFICOS, 11., 2014. Santa Cruz do Sul. **Anais** [...]. Santa Cruz do Sul: Universidade Santa Cruz do Sul, 2014. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjHzKnK9dfzAhXKqZUCHTiBBYwQFnoECAIQAAQ&url=https%3A%2F%2Fonline.unisc.br%2Facadnet%2Fanais%2Findex.php%2Fsidsp%2Farticle%2Fdownload%2F11724%2F1629&usq=AOvVaw2_ni8anA-G8L8UI417-hog. Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 04 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2021b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 04 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6586 - DF**. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 17 de dezembro de 2020. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 07 abr. 2021c. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443506/false>. Acesso em: 29 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1249715 – SP**. Recorrente: Procurador-Geral do Estado de São Paulo e Assembleia Legislativa de São Paulo. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de outubro de 2020. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 04 nov. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435309/false>. Acesso em: 23. jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1724 - RN**. Requerente: Partido dos Trabalhadores. Relator: Min. Gilmar Mendes, 30 de agosto de 2019. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 16 set. 2019a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur410723/false>. Acesso em: 29 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.139 - AL**. Requerente: Governador do Estado de Alagoas. Relatora: Mina. Carmem Lúcia, 11 de outubro de 2019. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 06 nov. 2019b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur414365/false>. Acesso em: 23 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1802 - DF**. Requerente: Confederação Nacional de Saúde - Hospitais Estabelecimentos e Serviços - CNS. Relator: Min. Dias Toffoli, 12 de abril de 2018. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 03 maio 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur384344/false>. Acesso em: 29 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124306 - RJ**. Impetrante: Jair Leite Pereira. Relator: Min. Marco Aurélio, 09 de agosto de 2016. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 17 mar. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur364766/false>. Acesso em: 23. jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 - DF**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de abril de 2012. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 30 abr. 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur229171/false>. Acesso em: 23. jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510 - DF**. Requerente: Procurador Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto, 29 de maio de 2008. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 28 maio 2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur178396/false>. Acesso em: 29 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 855 - PR**. Requerente: Confederação Nacional do Comércio. Relator: Min. Octavio Gallotti, 06 de março de 2008. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 27 mar. 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87893/false>. Acesso em: 29 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82424 - RS**. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Relator: Min. Moreira Alves, 17 de setembro de 2003. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 19 mar. 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 29 set. 2021.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. [202-?]. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade_Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em: 04 jun. 2021.

CARDOSO, Diego Brito. Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. **Revista Constituição e garantias de Direitos**, v. 9, n. 1, p. 137-155, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/10327/7300>. Acesso em: 03. jun. 2021.

DIAS JÚNIOR, José Armando Ponte. Princípios, regras e proporcionalidade: Análise e síntese das críticas às teorias de Ronald Dworkin e de Robert Alexy. **Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, v 27, p. 177-199. 2007. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20425>. Acesso em: 22 set. 2021.

INTRODUÇÃO à Teoria do Direito de Ronald Dworkin. Canal Antônio Djalma. [S. l.: s. n.], 27 set. 2020. 1 vídeo (15 min e 56 seg). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZVFve3W7acA>. Acesso em: 20 set. 2021.

LEAL, Rogério Gesta. Aspectos constitutivos da teoria da argumentação jurídica: a contribuição de Robert Alexy. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 1, n. 2, p. 131-166, maio/ago. 2014. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/40513>. Acesso em: 29 set. 2021.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Coleção esquematizada.

MAIA, Isabela Rebouças; CARNEIRO, Wálber Araújo. O que é isto? ponderação de princípios? **Revista Universidade de Salvador (UNIFCS)**, v. 12, p. 198-2015, 2013. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/sepa/article/view/2825>. Acesso em: 29 set. 2021.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Disponível em: <https://mpto.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556270302/pageid/53>. Acesso em: 29 set. 2021.

MARIBETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: parte especial: arts. 121 a 234-B do CP. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597028010/>. Acesso em: 04. jun. 2021.

MARTINS, Daniela Dias. **A relatividade dos direitos fundamentais no estado democrático de direito e suas implicações**. 2009. 57 f. Monografia (Especialização em Ministério Público – Estado Democrático de Direito, na área de concentração em Direito Constitucional), Fundação Escola do Ministério Público do Paraná – FEMPAR, Faculdades Integradas do Brasil, Curitiba: UniBrasil, 2009. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiA3dzvgdjzAhVNqpUCHQq4DbUQFnoECAUQAQ&url=http%3A%2F%2Fwww.femparpr.org.br%2Fmonografias%2Fupload_monografias%2FDANIELE%2520DIAS%2520MARTINS.pdf&usq=AOvVaw1y-27LPpCpsLmajBK5yRjC. Acesso em: 22 set. 2021.

MEDEIROS, Roberta Cláudia da Silva Cainelli. A colisão de direitos fundamentais no aborto. 2017, 69 f. **Repositório Universitário da Ânima (RUNA)**. Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Palhoça: Unisul, 2017. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/11167>. Acesso em: 04 jun. 2021.

MILANI, Isadora; NORA, Martha Izabel Dalla; CAERAN, Aline Ferrari. Aborto: poderia o estado se sobrepor a vontade da mulher? *In*: CONGRESSO INTERNACIONAL, 6., CONGRESSO NACIONAL DE INVESTIGAÇÃO EM DIREITO EDUCATIVO, 1., CICLO DE ESTUDOS JURÍDICOS, 13., Organizadoras Luci Mary Duso Pacheco, Jordana Wruck Timm, Daniel Pulcherio Fensterseifer. 2018. Frederico Westphalen. **Anais** [...]. Frederico Westphalen: Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, 2018. Disponível em: <http://www.fw.uri.br/NewArquivos/publicacoes/publicacoesarquivos/311.pdf>. Acesso em: 22. set. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. 9788597027648. Disponível em: <https://mpto.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027648/>. Acesso em: 29 set. 2021.

MORAES, Guilherme Pena de. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025156/>. Acesso em: 04. jun. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte especial: arts. 121 a 212 do código penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989286/>. Acesso em: 03. jun. 2021.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.91, n.798, p. 23-50, abr. 2002. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/36159>. Acesso em: 2 jun. 2021.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616411/>. Acesso em: 03. jun. 2021.

THEODORO FILHO, Wilson Roberto. A teoria da interpretação em Ronald Dworkin. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 17, n. 113, 2016. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1176>. Acesso em: 22 set. 2021.

LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR

CAIO WAGNER SIQUEIRA DE MORAIS:

Delegado de Polícia do Estado de Pernambuco, especialista em Direito Penal e em Direito Processual Penal pela Uninassau.

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo descrever as limitações constitucionais ao poder de tributar. As limitações, doravante analisadas entre princípios e imunidades tributárias, consistem em normas que dão validade aos preceitos estabelecidos pelo legislador constituinte e servirão de parâmetro para a atuação do Estado na cobrança dos tributos. Sendo assim, o poder de tributar desses entes não é absoluto pois está condicionado aos limites constitucionalmente previstos, também denominados de competência tributária negativa. O poder de exação do Estado é mitigado visando resguardar o contribuinte de possíveis excessos por parte do ente público o que acaba tornando a tributação uma forma de confisco, vedado pelo ordenamento jurídico. Desta forma, analisa-se a seção II do título VI da Constituição Federal e os seus desdobramentos.

PALAVRAS-CHAVE: Limitações. Princípios constitucionais. Imunidades tributárias.

ABSTRACT: The present work aims to describe the constitutional limitations on the taxing power. The limitations now analysed between principles and tax immunities, consist of rules that give validity to the precepts laid down by the legislator constituent and will serve as a parameter for the action of the State in the recovery of taxes. Thus, the power to tax these loved is not absolute because it is constitutionally prescribed limits, conditioning also called negative tax jurisdiction. The exação power of the State is mitigated in order to protect the taxpayer from possible excesses on the part of the public entity which ends up making taxation a form of confiscation, sealed by the legal system. In this way, the section II of title VI of the Federal Constitution and its developments.

KEYWORDS: Limitations. Constitutional principles. Tax immunities.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa abordar a temática das Limitações ao Poder de Tributar previstas pela Constituição Federal, sendo caracterizada como o conjunto de princípios e imunidades que disciplinam os balizamentos da competência tributária do fisco, isto é, a delimitação do poder tributário do Estado de criar e arrecadar tributos. Eduardo Sabbag aduz que:

A Constituição Federal impõe *limites ao poder de tributar*, ou seja, limites à invasão patrimonial tendente à percepção estatal do tributo. Essas limitações advêm, basicamente, dos princípios e das

imunidades constitucionais tributárias que estão inseridas nos arts. 150, 151, e 152 da Carta Magna (SAABAG, 2012, pag. 56)

No primeiro momento haverá uma breve explanação acerca da introdução ao estudo do direito tributário, a fim de promover uma melhor compreensão das limitações constitucionais ao poder de tributar, objeto central do presente artigo.

Em segundo momento, serão analisados minuciosamente cada princípio limitador bem como as imunidades tributárias com o objetivo de esclarecer a sua relevância para o funcionamento da atividade do Fisco e o impacto que constitui para os contribuintes. Por fim, serão expostos de maneira genérica os princípios oponíveis à União como forma de evitar a tributação desleal entre os entes da federação.

A temática trazida pelo presente artigo é de suma importância pois traz à baila proteções constitucionais asseguradas ao contribuinte como medidas eficazes contra a sede arrecadatória do Estado tendentes a causar prejuízos patrimoniais irreparáveis aos cidadãos. Acaba por contribuir, desta forma, para a segurança jurídica e o equilíbrio fiscal.

1. NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO TRIBUTÁRIA

O poder de tributar emana do Estado e configura a principal fonte de arrecadação de valores aos cofres públicos. As receitas públicas são originariamente divididas entre originárias e derivadas.

Entende-se por receitas originárias aquelas provenientes da exploração do próprio patrimônio do Estado, relação em que o ente político estará no mesmo nível obrigacional do particular com quem se relaciona.

Já as receitas derivadas, são aquelas advindas da exploração do patrimônio do particular, como, entre outros, a tributação. Neste caso estarão presentes as normas de direito público de superioridade, indisponibilidade e supremacia do interesse público, por isso o interesse público deve se sobrepôr ao interesse privado.

Para o respeitável doutrinador Eduardo Sabbag (2012, 58):

É cediço que o Estado necessita, em sua atividade financeira, captar recursos materiais para manter sua estrutura, disponibilizando ao cidadão-contribuinte os serviços que lhe compete, como autêntico provedor das necessidades coletivas. A cobrança de tributos se mostra como uma inexorável forma de geração de receitas, permitindo que o Estado suporte as despesas necessárias à consecução de seus objetivos.

Aplicando-se a máxima da legalidade tributária e temendo a utilização arbitrária do poder de tributar conferido ao Estado, o legislador editou o Código Tributário Nacional, para regulamentar as diretrizes fixadas na carta magna. Apesar de editado como uma mera lei sabe-se que hoje o Código Tributário Nacional foi recepcionado pela atual Constituição de 1988 com status de lei complementar.

Destarte, é de suma importância ressaltar o conceito de tributo estampado no artigo 3º do Código Tributário Nacional:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Através dessa definição é possível extrair importantes parâmetros que o legislador fixou para que só assim seja possível haver a tributação.

Primeiramente, tributo é algo compulsório, ou seja, independe da vontade do contribuinte por ser algo instituído em lei. Segundo, não poderá constituir sanção de ato ilícito, pois para esse tipo de situação são instituídas as multas.

O tributo não será sanção por ato ilícito, mas não será levada em consideração para fins de tributação a origem que desencadeou o fato gerador. Ou seja, se trata do princípio tributário do "*Pecunia non olet*", em que é possível a tributação de atividade com origem ilícita. Portanto, basta que haja a prática de um fato gerador para que a tributação se faça presente.

Tal princípio encontra fundamento no artigo 118 do Código Tributário Nacional, que prevê que o fato gerador do tributo será interpretado abstraindo-se da validade jurídica bem como da natureza do seu objeto ou seus efeitos.

Por fim, o tributo será cobrado mediante atividade administrativa plenamente vinculada, pois, por se tratar de crédito público, é do interesse de toda a população. Não pode o gestor público dispor sobre a cobrança de tributos, pois é algo que já foi previamente estabelecido em lei.

A preocupação do legislador originário em estabelecer limites ao poder conferido ao Estado de cobrar tributos é assegurada pela criação da seção II dos artigos 150 ao 152 da Constituição Federal. Tais dispositivos estão relacionados com a competência tributária negativa e trarão princípios e regras constitucionais que servirão como base para a tributação pelos entes públicos.

Vale ressaltar que tais limitações presentes na Constituição Federal são um rol meramente exemplificativo e não taxativo. Ou seja, o próprio artigo 150 da carta magna em seu texto deixa claro que as garantias ali asseguradas não geram prejuízo de outras garantias que por ventura possam existir para o contribuinte.

Inclusive, o Supremo Tribunal Federal na ADI 839-2/DF definiu que tais limitações constitucionais ao poder de tributar são formas de garantias dos direitos individuais e serão tratadas como cláusulas pétreas, não podendo, portanto, ser livremente suprimidas ou diminuídas. Conforme prevê o artigo 60 parágrafo 4º IV da Constituição Federal.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONALMENTE LIMITADORES DO PODER DE TRIBUTAR

Iniciaremos agora o estudo detalhado dos conceitos e princípios elencados na Constituição Federal que servem como obstáculo para a ânsia arrecadatória do estado e protegem o contribuinte contra possíveis abusividades do poder de exação do Estado.

O exímio professor Sacha Calmon Navarro Coelho traz a seguinte reflexão acerca dos princípios limitadores:

Os princípios constitucionais dizem como devem ser feitas as leis tributárias, condicionando o legislador sob o guante dos juízes, zeladores que são do texto dirigente da Constituição Federal. (COELHO, 2006, pag. 171)

O artigo 150 da Constituição Federal em seu caput traz o seguinte comando: "Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: O primeiro inciso corresponderá ao Princípio da Legalidade, que é justamente o conceito trazido pela própria constituição em seu artigo 5º II que estabelece que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Se tratando da legalidade tributária, o aumento ou criação dos tributos está condicionado à edição de uma lei prévia, em regra ordinária, aprovada com quórum de maioria simples e admitindo a utilização da medida provisória.

Há casos excepcionais trazidos pela própria constituição em que somente a edição de uma lei complementar poderá tratar sobre casos que envolvam Empréstimo compulsório, Imposto sobre grandes fortunas, impostos ou contribuições residuais. Vale ressaltar que em tais situações é vedada a utilização da medida provisória.

O texto constitucional apenas menciona o princípio da reserva legal para a exigência ou aumento de tributos. Entretanto, utilizando-se do paralelismo das formas, é possível afirmar que para a extinção ou redução dos tributos também é exigido o respeito a esse princípio.

O código tributário nacional em seu artigo 97 incisos I e II também reserva à lei a competência de instituir os tributos, extinguir, majorar ou reduzir estes.

Apesar da extrema legalidade presente no ramo do direito tributário, há específicas exceções que é imprescindível mencioná-las. São exceções ao princípio da legalidade e podem ser alteradas por meio de ato do poder executivo como, por exemplo, o decreto: as alíquotas do Imposto de importação (II), imposto de exportação (IE), imposto sobre produtos industrializados (IPI) e o imposto sobre operações financeiras (IOF). Com o advento da Emenda Constitucional 33/2001 a CIDE combustíveis e o ICMS Combustíveis também não respeitarão o princípio da legalidade para que possa sofrer redução ou restabelecimento em suas alíquotas.

Existem mais duas exceções não abrangidas pelo princípio da legalidade, são elas: a fixação de prazo para recolhimento do tributo e a atualização monetária da base de cálculo dos tributos dentro dos índices oficiais

Para essa última exceção, vale mencionar a súmula 160 do STJ que traz o seguinte texto: "É defeso, ao Município, atualizar o IPTU, mediante decreto, em percentual superior ao índice oficial de correção monetária".

O código tributário Nacional também menciona essa exceção da atualização monetária no artigo 97 parágrafo 2º.

Será abordado agora o princípio da isonomia, consagrado no inciso II do artigo 150 da Constituição Federal como sendo mais uma das limitações ao poder de tributar.

O princípio da isonomia na seara tributária é justamente a proibição de tratar de forma desigual contribuintes que estejam em situação equivalente.

Logo, deve-se levar em consideração outro princípio, denominado de capacidade contributiva, em que, sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados de acordo com as condições econômicas do contribuinte. Esse entendimento encontra-se no artigo 145 da carta magna.

O imposto de renda é dotado de progressividade, ou seja, suas alíquotas serão alteradas de acordo com o grau de riqueza manifestado pelo contribuinte, exemplo fidedigno que respeita a capacidade contributiva e o princípio da isonomia.

Outro ponto importante de tal artigo é a proibição de haver distinção de tributação em razão da ocupação ou função exercida, independente da denominação jurídica que lhes foi dada. O objetivo dessa imposição é evitar que fossem dados indevidos benefícios fiscais e que fosse respeitada a justiça social.

Vale salientar que os incentivos fiscais não são proibidos como um todo pelo ordenamento jurídico, sendo autorizados como forma de se alcançar o princípio da isonomia, igualando os que se encontram em situação de desigualdade. Um exemplo disso é a zona franca de Manaus, em que foram dados incentivos fiscais como forma de desenvolvimento regional e social daquela região menos favorecida.

Outra importante forma de limitação tributária é o princípio da segurança jurídica ou da não surpresa, que se desdobra em três regras em favor do contribuinte, sendo elas: Irretroatividade, anterioridade anual e anterioridade nonagesimal. Essas regras surgem como forma de assegurar o respeito à segurança jurídica nas relações de tributação, sendo elas com relação a fatos passados ou futuros.

Um dos corolários desse princípio é a irretroatividade, que consagra o respeito do ordenamento jurídico aos sistemas jurídicos passados. Logo, é vedado que uma nova lei seja aplicada a fatos geradores ocorridos anteriormente a sua vigência. Sem ela, não haveria a menor segurança jurídica, e, por isso, o código tributário nacional no seu artigo 105 acentua esse entendimento e afirma que a “a legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes”.

Com isso, a fundamentação legal a ser usada será a vigente à época do lançamento tributário.

O princípio da anterioridade anual é uma das principais formas de proteção ao contribuinte, pois veda expressamente em seu texto que sejam cobrados tributos no mesmo exercício financeiro que este houver sido instituído. Exercício financeiro coincidirá com o ano civil, ou seja, de 1 de Janeiro a 31 de Dezembro. É uma forma de ajudar o contribuinte a ter mais tempo para se organizar financeiramente e para que ele não seja pego de surpresa com a cobrança inesperada de um novo tributo.

Outrossim, o princípio da anterioridade nonagesimal ou da noventena, surgiu com a Emenda Constitucional 42/2003 e estabelece o lapso temporal mínimo de 90 dias para que um novo tributo possa ser cobrado pelo ente público.

O professor Rafael Novais, faz a seguinte explanação acerca da aplicação das anterioridades:

Ambas as anterioridades (anual e nonagesimal) existem como regra no nosso ordenamento e contam-se do mesmo momento: a publicação da lei. A aplicação não consistirá na inicial utilização da anterioridade (anual) para, só após, iniciar-se a outra (noventena). Ambas serão aplicadas ao mesmo tempo e iniciando-se no mesmo momento da publicação. (NOVAIS, 2018, pag. 116)

Ou seja, será aplicada a anterioridade que for mais benéfica ao contribuinte a depender do caso concreto.

Os princípios das anterioridades comportarão pontuais exceções objetivando dar maior flexibilidade a determinados tipos de impostos, que recebem a denominação de “extrafiscais”. Um exemplo de tais exceções ocorre na instituição de empréstimos compulsórios em caso de guerra externa ou calamidade pública e no imposto extraordinário de guerra, que pela urgência de tais situações não necessitam respeitar ambas as anterioridades.

Outra limitação ao poder de tributar surge com o artigo 150 inciso IV da Constituição federal, com o princípio denominado de Vedação ao Confisco. Tal garantia está respaldada no direito de propriedade, não podendo a população ter o seu patrimônio lapidado de forma abusiva para manutenção da máquina pública.

Sobre tal vedação, afirma Ricardo Alexandre (2016, pág. 149):

Tributo confiscatório seria um tributo que servisse como punição; já tributo com efeito confiscatório seria o tributo com incidência exagerada e forma que, absorvendo parcela considerável do patrimônio ou da renda produzida pelo particular, gerasse neste e na sociedade em geral uma sensação de verdadeira punição. As duas situações estão proibidas, a primeira (confisco) pela definição de tributo (CTN, art 3º); a segunda (efeito confiscatório) pelo art. 150 IV da CF/1988.

Para saber se um tributo tem fim de confisco ou não, deve-se analisar o mesmo sob o princípio da capacidade contributiva juntamente com as especificidades do caso concreto.

Apesar da literalidade do texto constitucional não mencionar as multas, atualmente o Supremo Tribunal Federal entende se aplicar também a estas o princípio da vedação ao confisco.

O princípio da liberdade de tráfego protege a liberdade de locomoção, garantia individual, de pessoas ou de bens, não podendo esta ser restringida por meio da cobrança de tributos interestaduais ou intermunicipais. O dispositivo faz uma ressalva quanto à cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo poder público. Entretanto, sabe-se hoje que o entendimento da Suprema corte quanto ao pedágio é que este tem natureza de tarifa, seja cobrado por empresa privada ou pelo próprio poder público. Portanto, tal ressalva atualmente se faz desnecessária, pois o pedágio não tem mais natureza de tributo.

3.IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS

As imunidades tributárias surgem como complemento aos princípios elencados no capítulo das limitações ao poder de tributar, presentes no bojo do artigo 150 da Constituição Federal.

O professor Sacha Calmon Navarro Coelho também traz importante definição acerca das imunidades tributárias:

As imunidades expressas dizem o que não pode ser tributado, proibindo ao legislador o exercício da sua competência tributária sobre certos fatos, pessoas ou situações por expressa determinação da Constituição (não-incidência constitucionalmente qualificada) (COELHO, 2006, pág. 171)

A hipótese de incidência consiste na previsão legal de situações eleitas como, tributáveis pelo legislador. As imunidades tributárias serão casos em que haverá uma não incidência em situações delimitadas pela norma constitucional.

É importante deixar claro que as imunidades não se confundem com as isenções. Esta surgirá como forma de exclusão do crédito tributário previsto no artigo 175 do Código tributário nacional enquanto que aquela é hipótese de não incidência que detém previsão constitucional. Ademais, a interpretação das isenções será de forma literal e não geram direito adquirido, enquanto que as imunidades tributárias admitem a inclusão de jurisprudência e analogia e tem caráter de cláusulas pétreas.

Visto aspectos fundamentais acerca do conceito das imunidades tributárias, passaremos a tratar das cinco imunidades genéricas trazidas pelas alíneas do inciso VI do artigo 150 da carta magna. Vale ressaltar que tais imunidades serão aplicadas exclusivamente aos impostos. Logo, as demais espécies de tributos não serão imunes à cobrança de tributos.

A primeira espécie trazida pela alínea a do dispositivo acima mencionado é denominada de imunidade recíproca, em que a União, Estados, Municípios e o Distrito Federal entes autônomos entre si, se comprometem a não cobrar impostos entre si acerca de seus patrimônios, rendas e serviços. A desoneração também será extensiva às autarquias e fundações mantidas pelo poder público no tocante as suas finalidades essenciais, conforme previsto no parágrafo 2º do artigo 150 da constituição federal. Tal imunidade visa proteger o patrimônio público e toda a estrutura administrativa na prestação do serviço público.

Segundo Alexandre de Moraes (2009, pág. 882):

No intuito de assegurar a permanência do equilíbrio no Pacto Federativo brasileiro, a Constituição repetiu tradicional regra impeditiva de cobrança recíproca de impostos entre os entes federativos.

Outra forma de limitação é a imunidade religiosa, que abrange templos de qualquer culto. Tal imunidade visa proteger o direito à liberdade de culto sem preconceitos ou dogmas.

Acerca do termo “templo”, usado pelo legislador constituinte, o Supremo Tribunal Federal, no RE 325.822/SP pacificou o entendimento conforme demonstrado na ementa a seguir:

Instituição religiosa. IPTU sobre imóveis de sua propriedade que se encontram alugados. A imunidade prevista no art. 150, VI, `b´, CF, deve abranger não somente os prédios destinados ao culto, mas, também, o patrimônio, a renda e os serviços `relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas´. O § 4º do dispositivo constitucional serve de vetor interpretativo das alíneas `b´ e `c´ do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal. Equiparação entre as hipóteses das alíneas referidas.

A próxima imunidade a ser exaurida é a das instituições, em que será desonerado da cobrança de impostos os partidos políticos e suas fundações, entidades dos trabalhadores, entidades de educação e assistência social sem fins lucrativos. Tal benefício visa prestigiar a atuação social de cada uma dessas instituições.

Essas imunidades não são autoaplicáveis, pois devem respeitar os seguintes requisitos trazidos pelo artigo 14 do Código tributário nacional:

- I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;
- II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;
- III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

Preenchidos esses requisitos, será possível a aplicação do benefício da imunidade tributária.

Um importante entendimento sobre tal temática é o que está disposto na súmula vinculante 52, que aduz:

Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, "c", da Constituição Federal, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades para as quais tais entidades foram constituídas.

Vale ressaltar que o teor de tal súmula também é aplicável à imunidade religiosa.

A imunidade cultural corresponde àquela concedida aos livros, jornais e periódicos e ao papel destinado à sua impressão, vislumbrada na alínea d do artigo 150 VI da constituição federal. Tal imunidade foi pensada como forma de expandir o acesso à cultura ao baratear a aquisição de tais obras.

Em seus julgados, a Suprema corte expande a aplicação da imunidade cultural a apostilas, lista telefônica, álbum de figurinhas e nos recentes entendimentos compreende também a imunidade aos livros, jornais e periódicos em formato digital.

Por fim, a última imunidade corresponde a uma inovação acrescentada pela Emenda Constitucional 75/2013, denominada de imunidade musical nacional. Esse benefício alcançará somente os fonogramas e videofonogramas nacionais que contenham obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros ou obras em geral, mas que sejam interpretadas por artistas brasileiros. Os suportes materiais ou arquivos digitais também gozam de imunidade, exceto a etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser. A replicação das demais formas de mídias serão sim beneficiadas com a imunidade.

Ante o exposto, foram exaustivamente explanadas todas as imunidades genéricas trazidas no bojo da carta magna. Entretanto, além das imunidades previstas na Constituição, é importante registrar que há também imunidades específicas que irão retirar a incidência de alguns tributos em situações pontuais de acordo com as necessidades identificadas pelo legislador. Como exemplo da imunidade do Imposto sobre produtos industrializados (IPI) destinados ao exterior.

4.PRINCÍPIOS OPONÍVEIS À UNIÃO

O legislador constituinte na seção das limitações ao poder de tributar delimitou princípios que serão destinados exclusivamente à união. Tal especificidade justifica-se pelo vasto poder de tributar da união em todo território nacional e para assegurar a isonomia e autonomia dos entes federados.

Tais princípios estão dispostos nos incisos I, II e III do artigo 151 da Constituição Federal, sendo estes denominados pela doutrina como: Princípio da unidade geográfica, princípio da uniformidade na tributação da renda e princípio da proibição de isenções heterônomas.

Conceituaremos a seguir de forma breve e objetiva cada um desses princípios. O primeiro deles, denominado de unidade geográfica, institui uma vedação de tributação não uniforme entre os entes da federação por parte da União.

Sobre tal assunto, o professor Rafael Novais traz a seguinte reflexão:

Entre os entes tributantes, a União detém do poder de tributar em todo o território nacional e, desse modo, não poderá realizar discriminações, beneficiando ou prejudicando Estados, Distrito Federal ou Municípios. A realização de diferenciações tributárias poderia ferir a noção de “pacto federativo” estabelecida no art. 1º da Carta Magna, pois alguns entes se beneficiariam em detrimento de outros, cultivando a existência de desigualdades. (NOVAIS, 2018, pág. 127)

Entretanto, o mesmo inciso faz a ressalva de que serão permitidos incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do país.

O exemplo mais claro em que se vislumbra essa exceção é a Zona Franca de Manaus, incentivo fiscal concedido pelo artigo 40 do ADCT tornando área de livre comércio de exportação e importação.

O princípio da uniformidade da tributação da renda, o exímio professor Ricardo Alexandre se posiciona no seguinte sentido:

A restrição aplicável exclusivamente ao imposto sobre a renda, visa evitar que a União utilize o tributo como um meio de concorrer deslealmente no “mercado” de títulos da dívida pública e na seleção de servidores públicos. (ALEXANDRE, 2014, pág. 134)

A vedação trazida pelo inciso II do artigo 150 da Carta Magna tem o condão de evitar que a União utilize de forma arbitrária a sua competência tributária ativa quanto ao imposto de renda e venha a se beneficiar de forma ilícita e desleal.

Por fim, o princípio da proibição de isenções heterônomas é a vedação que a União tem de instituir isenção de tributos de competência dos Estados, Distrito Federal ou municípios pois assim estaria usurpando da capacidade tributária ativa desses entes e ferindo a autonomia federativa.

Entretanto, há três situações em que é plenamente possível que a União institua isenções heterônomas. A primeira delas, é a isenção do ICMS sobre operações ao exterior, de competência dos Estados, mas que por meio de lei complementar a União poderá

dispensá-lo, segundo estabelecido pelo artigo 155 parágrafo 2º XII e da Constituição federal.

Um exemplo dessa isenção está na Súmula 71 do STJ: O bacalhau importado de país signatário do GATT é isento do ICM.

A segunda exceção está prevista também na carta magna em seu artigo 156 parágrafo 3º II, dispõe que na cobrança do ISSQN sobre exportações, originalmente de competência dos Municípios, a União por meio de lei complementar poderá isentá-lo.

Por fim, a última exceção é proveniente de decisões das cortes superiores que entenderam que quando a União, representada pela figura do Presidente da república agindo como chefe de estado, no âmbito externo, na celebração de tratados e convenções internacionais, não será aplicado as isenções heterônomas.

Nesse sentido, a ADI 1.600/UF dispõe que:

Âmbito de aplicação do art. 151, CF, é o das relações das entidades federadas entre si. Não tem por objeto a União quando esta se apresenta na ordem externa. Não incidência sobre a prestação de serviços de transporte aéreo de passageiros – intermunicipal, interestadual e internacional.

O artigo 152 encerra a seção das limitações constitucionais ao poder de tributar, e prevê que é terminantemente proibido que os Estados, Distrito Federal ou Municípios instituem qualquer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino. Tal vedação não se aplica à União, que poderá realizar tratativa diferenciada buscando equalizar o desenvolvimento entre os estados da federação.

O Supremo Tribunal Federal se posicionou acerca de relevante discussão envolvendo tal princípio, sobre o IPVA e a impossibilidade na diferença das alíquotas quanto a procedência dos veículos importados, afirmou que se o artigo 152 da Constituição Federal estabelece a isonomia tributária, impedindo tratamento diferenciado dos contribuintes em razão da procedência e destino de bens e serviços, vinculando Estados e Municípios, não se pode conceder que a alíquota do IPVA seja uma para os veículos de procedência nacional e outra, maior, para os importados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É incontestável a necessidade de o Estado cobrar tributos ao cidadão-contribuinte com a finalidade de captar recursos necessários à manutenção das entidades públicas e dos serviços por elas prestados à população. A tributação constitui a principal forma de

receita derivada do Estado e provavelmente sem ela levaria a uma profunda desordem econômica e o conseqüente falecimento do *Estado* Democrático de Direito Brasileiro.

Contudo, a tributação de natureza confiscatória é um ilícito e configura uma forma de violação a liberdade individual e à propriedade privada, devido à característica impositiva dos tributos. É partindo desta linha de raciocínio que o legislador criou institutos no Texto Maior visando impedir que esta faculdade do Estado tivesse uma acentuada natureza confiscatória para o contribuinte.

Portanto, se verifica que a própria Constituição Federal cria maneiras para impedir a excessiva tributação para que ela não apresente caráter confiscatório, de forma que o legislador o fez por meio de limitações explícitas, implícitas e também por meio dos princípios que regem toda e qualquer ciência.

Mesmo com essas limitações constitucionais a carga tributária brasileira é altíssima e não existe equilíbrio no sistema tributário, que está longe de atender as necessidades da sociedade como um todo. A população não recebe o devido retorno do dinheiro gasto com os impostos e essa ausência de políticas públicas faz com que a inadimplência e a prática de ilícitos para burlar a tributação seja cada vez mais crescente.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquemático**. 8º ed. rev., atual. e ampl. RJ: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

AMARO, Luciano . **Direito tributário brasileiro**. 20º ed. – São Paulo : Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 out. 2018.

BRASIL. Lei 5.172 de 25 de outubro de 1966 (Código tributário Nacional). **Planalto**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em 01.11.2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 325.822/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 18.12.2002. DJ. 14.05.2004, p. 33.

COELHO. Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 9º Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NOVAIS, Rafael . **Direito tributário facilitado** . 3º edição. Rio de Janeiro. Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

SAABAG, Eduardo - **Manual de Direito Tributário**. 4.ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 839. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14778592/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-839-df-stf>. Acesso em novembro de 2018

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1600. Relator Ministro Sydney Sanches. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1442>. Acesso em novembro de 2018

TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DIFERENCIADO AOS INDÍGENAS

LAIS GABRIELLY BATISTA GOMES E SILVA:

Graduanda no Curso de Direito pelo Centro
Universitário Faculdade Metropolitana de
Manaus - FAMETRO.

ANTÔNIO LUCENA BITTENCOURT NETO

(Orientador)

RESUMO: O referido artigo é de suma importância para colocarmos em discussão a falta de imputabilidade penal, juntamente com a inaplicabilidade do Código Penal Brasileiro, sob a ótica cultural, nacional e internacional aos indígenas, constituídos pela Constituição Federal de 1988 e legislações extravagantes. De modo que, o estudo visa apontar as lacunas de direito formal e material, traçando um histórico legislativo concedido desde o início do Império até os dias atuais. O trabalho também menciona os requisitos para inimputabilidade, sua jurisdição específica e legislação adotada pelo Código Penal Brasileiro e uma possibilidade de aprovação do referido projeto de Lei em tramitação na Câmara dos Deputados, juntamente com uma síntese da cultura, legislação, tradição, origem, e peculiaridades dos povos indígenas.

Palavras-chave: Imputabilidade Penal; Tratamento Penal Diferenciado; Direito Material; Inaplicabilidade do Código Penal Brasileiro; Índios.

ABSTRACT: This article is of paramount importance for us to discuss the lack of criminal liability, together with the inapplicability of the Brazilian Penal Code, from a cultural, national and international perspective to indigenous people, constituted by the Federal Constitution of 1988 and extravagant legislation. Thus, the study aims to point out the gaps in formal and material law, tracing a legislative history granted from the beginning of the Empire to the present day. The work also mentions the requirements for non-imputability, its specific jurisdiction and legislation adopted by the Brazilian Penal Code and a possibility of approval of the aforementioned bill in progress in the Chamber of Deputies, along with a synthesis of culture, legislation, tradition, origin, and peculiarities of indigenous peoples.

Keywords: Criminal Imputability; Differential Criminal Treatment; Material Law; Inapplicability of the Brazilian Penal Code; Indians.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. ORIGEM, DEFINIÇÃO, CULTURA, LÍNGUAS E PECULIARIDADES DOS INDÍGENAS NO BRASIL. 2. ASCENDÊNCIA DOS POVOS INDÍGENAS NA ATUALIDADE POPULACIONAL BRASILEIRA. 3. DESENVOLVIMENTO CONSTITUCIONAL E JURÍDICO PERANTE OS DIREITOS INDÍGENAS. 4. IMPUTABILIDADE E SUAS DISPOSIÇÕES

GERAIS. 4.1 IMPUTABILIDADE DIFERENCIADA AOS INDÍGENAS PERANTE A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

No referido artigo seu tema é regido pelo tratamento jurídico-penal diferenciado aos indígenas, tendo em vista que, atualmente, a imputabilidade penal indígena no Brasil contém diferenças processuais, visando apresentar uma inexistência de legislação específica para os crimes praticados por indígenas. No Brasil ainda existem índios que vivem de forma isolada, possuindo contatos somente com seus parentes e culturas que ali vivem, o que nos levará ao ponto principal de julgamento processual, levando em consideração que inexistência de convivência social é um dos requisitos para julgamento e imputabilidade aos índios.

No código civil é adotado que os índios sejam tratados pela legislação especial, o que de fato, não ocorre no ordenamento jurídico brasileiro. Por isso, levantando o questionamento e a falta de legislação, acarretando o impacto jurídico de grande relevância, tendo em vista que o Código Penal Brasileiro adota teorias para imputar ao indivíduo o fato típico, ilícito e culpável, acrescido de dolo ou culpa. Outrora, para os índios que vivem noutra cultura, é importante estabelecer que se cometido, seria considerado inimputável, isento de pena. O referido artigo versa sobre uma análise da culpabilidade, sendo resumida através de um exame antropológico, integrado de forma relativa para aplicação de pena.

Portanto, a temática é revestida de importância para demonstrar que essa falta de legislação específica, demonstra que anos a própria Constituição Federal reconhece costumes, culturas, crenças, tradições e os direitos originários. Sendo possível a subsidiariedade de aplicação do Código Penal Brasileiro.

1 ORIGEM, DEFINIÇÃO, CULTURA, LÍNGUAS E PECULIARIDADES DOS INDÍGENAS NO BRASIL

Presentes antes da chegada dos europeus, no final do século XV, originou-se no século XVI, acarretando diversos grupos étnicos habitantes pelo país. Os povos nativos eram compostos de tribos seminômades, esses que substituíam de pesca, agricultura e caça, logo, deram suas significativas contribuições para os brasileiros, bem como a plantação de milho, batata doce, amendoim, mamão, feijão, pimenta e abacaxi.

A palavra índio, inventada na Europa, tendo em vista que Cristóvão Colombo acreditava ter encontrado um caminho para América, chegando e encontrando, os

denominou também de índios. Logo, a palavra índio era empregada na idade média para todas as pessoas do Extremo Oriente. O povo indígena ficou conhecido também por ter incorporado diversas lendas folclóricas utilizadas até o presente momento por diversas culturas e ensinados a fora. Possuindo particularidades de organizações, espaços em que vivem, calendários próprios, condutas e regras próprias. Sua habitação varia de família para família, constituídas por aldeias.

Suas vidas eram programadas para linhas gerais, através de seu nascimento pela estrutura tradicional e fixamente pelas suas culturas, com normas sociais mantidas sem grande memórias diversos. Há algumas ocasiões que o mito e crença ainda cercam diversos tabus, no entanto, essas referidas ocasiões são até hoje invioláveis, concedendo instruções e mudanças. Um exemplo comum é a pós morte, os guaranis praticam elaborados rituais para quem morre, fazendo com que os sepultamentos dos mortos ocorra para uma preservação de memória dos ancestrais e fundadores. Embora o tabu, fora desenvolvido diversos conhecimentos astronômicos e científicos, sendo sempre associados ao meio ambiente, à comunidade e, principalmente, suas crenças religiosas, o que de fato, é bem mais protegido para eles, incluindo juridicamente o que é estipulado pela Constituição Federal de 1988.

O referido povo obtinha aldeias, estas que eram habitáveis coletivamente, chamadas ocas ou malocas também, destinadas para celebrações, rituais e entre outras ocasiões que se fazem presentes na cultura dos indivíduos. As ocas eram construídas com arborescência de madeira, inteiramente fechadas de palhas, deixando apenas marcações para circulares. Porém, existente a tribo ianomâmis e os marubos, conhecidos por terem apenas uma, a qual habitavam todos naquele mesmo espaço. Importante ressaltar que quando os índios se sentem ameaçados por outras pessoas, os mesmos colocavam pontas afinadas de estacas fincadas ao redor de suas aldeias, ou seja, os mesmos já entendiam que poderiam haver ameaças para si e demais pessoas que ali convivem. É possível afirmar que os índios já poderiam de uma certa forma, entender o caráter de legítima defesa, mas sem ter o devido conhecimento legislativo jurídico.

Os índios vivem de caça, pesca e agricultura, deixando assim, sua subsistência nas mãos da natureza, sendo alterado periodicamente a instalação de suas aldeias, ou seja, os índios viviam atrelados aos recursos naturais que eram disponíveis de acordo com cada período natural. Embora a referida alteração, os índios não passavam fome, ou deixavam que isso acontecesse, tendo em vista que eram fartos e continham uma quantidade exuberante de mantimentos.

Compreendem-se sua população de 896.917, segundo o censo em 2010 são declarados como indígenas, ou seja, 57,7% são oficialmente reconhecidos. O povo indígena que vivem fora das terras indígenas equivalem a 379.534, total de 42,3%. A maior distribuição da população indígena é no Município de São Gabriel da Cachoeira, Cidade de Manaus, Amazonas, somando o total de 29.017 indígenas.

A estrutura familiar e social é feita através de suas atividades de trabalho, diante de suas divisões, moldadas tradicionalmente pela liderança. Os grandes líderes são denominados pajés e anciões, sendo esses responsabilizados por atividades superiores de cada tribo, bem como festas e ritos. O poder era exercido através de persuasão e cortesia, sendo de forma colegiada entre os pajés e os anciões, raras e autocráticas cada decisão tomada. Os líderes podiam elaborar envolver, impor, mediar ou realizar quaisquer tipos de benesses aos envolvidos da tribo. Os mesmos, apesar de serem considerados os anti-sociais, um dos aspectos que elegem a imputabilidade ou não do indígena, o mesmo se conectava com demais tribos, através de troca de favores, fornecendo para os demais com muita generosidade uma relação de comércio, cortesia, cooperação, ritual, afinidade e parentesco.

Diferente da modernidade, onde há bastante independência por parte do sexo feminino, as mulheres na aldeia, eram bastante submissas, fazendo com que os homens obtinham o papel de líder. Os homens mandavam de acordo com sua hierarquia funcional. As mulheres eram responsáveis por cuidar dos animais, utensílios domésticos, colheita, limpeza e organização das ocas, ou seja, embora existisse a cumplicidade, não há o que se falar com igualitação, pois, mulheres cuidavam literalmente dos aspectos de casas. No entanto, embora houvesse essa clara distinção, era possível afirmar que os homens sem suas mulheres não eram ninguém.

É importante mencionar que os índios obtêm relação com o ambiente e a terra de forma presente, como se viu, sua sobrevivência depende dela. É como se fosse animal de estimação, os mesmos remontavam suas genealogias e criavam seus animais místicos.

A educação das crianças era dividida em todos os habitantes da aldeia, estimulando sempre sua autonomia, embora não houvesse outra opção. Algumas atividades não eram permitidas, em virtude, de sua idade.

Diante da forte relação de parentesco, a família pode ser poligâmica ou monogâmica. O primeiro é uma união de duas ou mais indivíduos. O segundo, é quando um indivíduo possui apenas um relacionamento fixo, seja sexual ou não, ou seja, apenas

com um parceiro. Com isso, um relacionamento não é muito sólido, nomeio das tribos é comum o divórcio e trocas de esposas por moedas.

Era comum que as esposas fossem maltratadas, juntamente com seus filhos, tornando-se comum talato, pois são feitos e viventes de regras próprias, onde legislação jurídica não autua, diante de suas culturas próprias.

A relação dos povos indígenas com os ambientes da terras sempre foi muito presente, tendo em vista que sua própria sobrevivência dependia de tal objeto. Os índios não têm consciência pelos moldes ocidentais e sociais, por isso, é comum que os mesmos realizem plantações que para a legislação jurídicas e impossível crime, mas que para eles sejam medicinais. Inclui também a forma de oferenda e sacrifício de animais, tendo como forma tradicional para eles. Embora, façam e ajam dessa forma, os índios possuem uma relação cultural e estreita entre a natureza, o meio ambiente, a terra e suas vidas, tomando para si como sagrados.

A linguagem das tribos é baseada pela sua oralidade em sua grande parte, porque não possuem sistema de escrita, mas, diante da fonte do IBGE são de 274 línguas vivas, sendo dividido em tupi, macro-jê, ticuna, trumai e entre outros.

2 ASCENDÊNCIA DOS POVOS INDÍGENAS NA ATUALIDADE POPULACIONAL BRASILEIRA

Diante das teorias, versa que a maioria populacional e milhões de brasileiros carregam o DNA genético dos indígenas, sendo que é de alto índice que a ancestralidade indígena é por parte paterno europeia e seu lado materno é de índias. Em uma pesquisa chamada "Antes índio que negro", a denominada Elaine Rocha Pereira, afirma que:

"O relacionamento entre índios e brancos durante a conquista da terra (foi reconstruído pelos românticos) de maneira que ficasse bem clara a superioridade moral e material do europeu, devidamente reconhecida pelos indígenas, que almejam, sobretudo, servir ao branco por quem se apaixonam e por quem são capazes de sacrificar a vida dessa maneira, a nobreza do protagonista indígena só se mantém na medida em que se reconhece o mérito civilizador de seu senhor. Assim também, no mito da avó que foi pega a laço, a avó, no caso é a corajosa indígena que, a princípio, resiste ao agressor, mas, ao final, se rende à sua superioridade. Numa única lenda, as famílias logram explicar a tonalidade da pele mais escura, exaltar a honra da

avó, que só se rendeu aos encantos do homem branco depois de 'laçada', e da indígena fiel que permanece casada e dá ao senhor uma família 'genuinamente' brasileira".

Na atualidade a junção de convívio entre o povo ocidental e os povos indígenas obtém atritos, pelo motivo de que para alguns os indígenas se aproveitam de suas peculiaridades, direitos e garantias especiais para disputar terras, um tema de alto índice e motivo que geram mais violências. Com isso, aumenta de forma insatisfatória os casos. No que se refere à terra, essa causa é a maior reivindicação na atualidade, pois como já mencionado nesse artigo, a terra é sagrada para os mesmos, tratando-se de forma fundamental para sua cultura e tradição.

Levando em consideração que já há muitas invasões territoriais, sejam de indivíduos ocidentais, governo ou sociais, índios já estão sendo parte da sociedade ocidental, ou seja, já convivem em cidades. Alguns buscam apenas proteção, outros buscam melhorias e condições habitacionais que a própria legislação garante e o Estado é obrigado a conceder, dando-lhes uma convivência digna, concedendo saúde, educação, moradia e assistência jurídica, se precisar.

3 DESENVOLVIMENTO CONSTITUCIONAL E JURÍDICO PERANTE OS DIREITOS INDÍGENAS

Como já mencionado no referido artigo, os índios não haviam voz, direitos no período de colonização, mas tão só suas regras exclusivamente deles próprios, por isso, às Constituições Federais dos anos de 1937 e 1946 não ofereceram direitos e nem avanços, perante os indígenas. No entanto, em 17 de outubro de 1969, fora promulgada uma emenda constitucional de nº01, Artigo 198, versando sobre direitos de terra, as mesmas terras que os índios habitavam, tornaram-se inalienáveis, bem como, tratando de competência federal, vejamos:

Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

§1º Ficam de clara das anualidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

Outros principais direitos constituídos aos indígenas fora a publicação no dia 19 de dezembro, referente ao Estatuto do Índio, Lei de nº 6.001/1973, na qual possui 68 artigos regulamentados para a garantia jurídica e legislativa de costumes, usos, povos e uma esperança e possibilidades de convivência perante a nacionalidade brasileira. Inclusive no referido Estatuto, é incluso matéria penal, de pena sou reconhecimentos de atenuantes próprias, ou seja, é permitido punição entre o sujeito passivo e suas próprias culturas. Ora, já ocorre diferenciação penal para indivíduos que seguem a legislação do Código Penal e os índios, tendo em vista que ficará ao Juiz o dever de atender pelo grau de integração silvícola e os próprios grupos aplicarão penas ou sanções entre eles próprios.

Art.56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.

Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semi liberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.

Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

A constituição confere aos indígenas garantias de sua organização social, cultura, costumes, tradições, crenças, ou seja, uma condição especial, inclusive leis infraconstitucionais, mas, em regra, não podem se desviar dos paradigmas constitucionais.

4 IMPUTABILIDADE E SUAS DISPOSIÇÕES GERAIS

A luz do direito penal a imputabilidade versa sobre a atribuição do agente ser punível/responsabilizado criminalmente. No entanto, é necessário que haja requisitos, bem como o de entender que na época da conduta o caráter da prática é ilícito e o agente

ser maior de 18 anos ou ter completado 18 ao tempo da conduta, tendo em vista que o Código Penal Brasileiro adota a teoria da atividade ao tempo da infração.

No que se refere ao conceito de responsabilidade e imputabilidade há uma distinção no mundo jurídico. O primeiro é a capacidade de culpabilidade. Para quem adota a teoria bipartida da teoria geral do crime, a culpabilidade não é elemento do crime, sendo apenas um pressuposto de aplicação da pena, mas para quem adota a teoria tripartida a culpabilidade é considerado como elemento do crime, ou seja, é fato típico, ilícito e culpável.

Independente de ser da teoria geral do crime quanto aos seus elementos, a culpabilidade é composta por elementos de imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta diversa. Com isso, o elemento imputabilidade é regido pela teoria normativa pura, essa que é adotada pelo Código Penal Brasileiro. A teoria normativa pura, tendo um breve comentário do que se trata, a mesma é o fundamento da ação, dotada por Hanz Welzel, na qual a ação humana não pode ser dividida entre objetivo e subjetivo. Com isso, toda ação é considerada pelo querer interno, dirigido pela vontade finalista.

Já a responsabilidade é fundada no princípio que todo indivíduo, sendo imputável, cumprindo os requisitos de culpabilidade deve ser responsável por seus atos.

A imputabilidade obtém para si aspectos/sistemas definidos, vejamos:

- a. Sistema biológico, conhecido como etiológico, levando em consideração o estado psíquico, podendo ser uma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ou seja, independente dessas condições o agente não entende que sua conduta é de caráter ilícito. No código Penal é adotado de forma excepcional, para menor de 18 anos, conforme o artigo 27 do código penal que afirma:

“Art.27 Os menores de 18(dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.”

- b. Sistema Psicológico não considera a causa, mas tão só seus efeitos, sendo necessário que o indivíduo ao tempo da conduta entenda que o caráter seja ilícito ou não.
- c. Sistema biopsicológico é versado sobre se o agente ao tempo da conduta é incapaz de entender o ilícito ou determinado o acordo com sua anomalia

psíquica, sendo adotado pelo Código Penal, conforme o Art.26, vejamos:

“Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.”

Na imputabilidade há excludentes, sendo inimputáveis aqueles que, como já citado no referido artigo são aqueles que por doença mental ou retardado ou incompleto ao tempo da conduta não entendem que o caráter é ilícito, quem é menor de idade, conforme estabelecido e quem por embriaguez completa accidental, proveniente de caso fortuito ou força maior, também inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito.

4.1 IMPUTABILIDADE DIFERENCIADA AOS INDÍGENAS PERANTE A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.

O tratamento jurídico-penal quanto sua aplicabilidade, perante o Estatuto do Índio é continuado e segue uma peculiaridade do direito penal, tendo em vista que o critério da culpabilidade é totalmente aplicado, diante da imputabilidade penal, de acordo com o artigo 56 do Estatuto do Índio, aqueles que forem condenados, diante de uma infração penal, a pena deverá ser atenuada, como já mencionado anteriormente. Com isso, é possível compreender que os índios isolados ou integrados são integrados pela sua culpabilidade antropológica, sendo também possível acrescentar os semi-imputáveis.

Com isso, é visível a percepção que de acordo com sua integralidade social o indígena teria presente diminuição de pena, no entanto, é o que diverge das teorias normativas do Código Penal Brasileiro, tendo em vista que o mesmo não adota essa medida, mas tão só a intenção do agente, sendo ou agindo com dolo ou culpa.

No entanto, há doutrinas que conferem a possibilidade de aplicabilidade de sua semi-imputabilidade, bem como o Guilherme Nucci que menciona, diante do

desenvolvimento mental incompleto ou retardado é limitado, perante a capacidade e entendimento daquilo que é ilícito ou obtém uma falta de compreensão por aquilo que é de fato intelectual ou físico, ainda que seja por idade, cultura, costumes, inclusive o indígena não civilizado. Vejamos um exemplo de uma condenação em que o Juiz valorou e se utilizou de um caráter subjetivo em que o índio por compreender o caráter ilícito, compreender que o mesmo falava a língua portuguesa, escolaridade, fora condenado por crime hediondo, perante a Lei 11.343/2006 e a Lei nº 10.826/2006 de posse de entorpecentes e porte de armas, respectivamente. Segue a ementa:

“(STJ-HC:30113MA2003/0154495-0, Relator: Ministro GILSON

DIPP, Data de Julgamento: 05/10/2004, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: -->DJ 16/11/2004 p.305).

CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PORTE ILEGAL DE ARMA. ÍNDIO. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE PERÍCIA ANTROPOLÓGICA. DISPENSABILIDADE. RÉUÍNDÍGENA INTEGRADO À SOCIEDADE. PLEITO DE CONCESSÃO DO REGIME DE SEMI LIBERDADE. ART. 56, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI N.º6.001/73. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR CRIME HEDIONDO. ORDEM DENEGADA.

- I. Hipótese em que o paciente, índio Guajajara, foi condenado, juntamente com outros três réus, pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, em associação, e porte ilegal de arma de fogo, pois mantinha plantio de maconha na reserva indígena Piçarra Preta, do qual era morador.
- II. Não é indispensável a realização de perícia antropológica, se evidenciado que o paciente, não obstante indígena, está integrado à sociedade e aos costumes da civilização.
- III. Se os elementos dos autos são suficientes para afastar quaisquer dúvidas a respeito da inimputabilidade do paciente, tais como a fluência na língua portuguesa, certo grau de escolaridade, habilidade para conduzir motocicleta e desenvoltura para a prática criminosa, como a participação em reuniões de traficantes, não há que se falar em cerceamento de defesa decorrente da falta de laudo antropológico.
- IV. Precedentes do STJ e do STF.
- V. Para a aplicação do art. 56, parágrafo único, da Lei n.º6.001/76, o qual se destina à proteção dos silvícolas, é necessária a verificação do grau de integração do índio à comunhão nacional.

- VI. Evidenciado, no caso dos autos, que paciente encontra-se integrado à sociedade, não há que se falar na concessão do regime especial de semi liberdade previsto no Estatuto do Índio, o qual é inaplicável, inclusive, aos condenados pela prática de crime hediondo ou equiparado, como ocorrido incasus. Precedentes.
- VII. Ordemdenegada”.

É importante mencionarmos que o cumprimento de pena dos indígenas é considerado diferente dos indivíduos sociais que praticam ilícito, diante do Código Penal Brasileiro, sendo estabelecido que quando é possível o cumprimento de pena será realizado em regime semi liberdade, em locais em que sejam próximo de sua habitação, sendo assistidos por um órgão federal.

Uma forma de compreender a diferença penal dos indígenas e um indivíduo que pratique em caráter de entendimento ilícito é que a Constituição Federal de 1988 deixou amplamente reconhecido os direitos de organização eo direito para ter possibilidade diferente, em virtude do ano 1973, efetivo e publicado o Estatuto do Índio, afirmando que os mesmos era minimputáveis aqueles que eram isolados. Logo, em 2002 pelo Código Civil, fora estabelecido a retirada que os índios eram relativamente incapazes, sendo esses legislados por legislação específica.

Dito isso, a teoria tripartida utilizada pela doutrina, a culpabilidade afasta ou atenua a pena dos silvícolas, deixando assim que seja reconhecido, perante esse retardo ou incompleto desenvolvimento incompleto, o que se torna perigoso, tendo em vista que se sobre por e relocar um recém-nascido indígena na civilização moderna, em uma cidade, por exemplo, esse não terá um desenvolvimento incompleto ou retardado, mas, apenas, culturas diferentes, assim como um indivíduo que já habita na civilização e não tem um desenvolvimento completo.

Ora, é notório que na jurisdição para imputabilidade penal indígena é utilizada diante de sua cultura, o que não é corretos e há legislação para todos, uma vez que é para todos.

Não é correto considerar uma insuficiência mental, guiando, através de suas próprias culturas. Outrora, é importante mencionar e entender que o procedimento par constatar a possivel deficiência mental é através de uma perícia médica-psiquiatra, constatando esse grau de interação entre indivíduo mais a sociedade, diferente do índio, pois o procedimento antropológico, realizado por um profissional do meio.

Com isso, a doença mental não é que seja presumida toda vez para os índios que pratiquem infração penais, mas, tão só, compreender que é aplicado o princípio da

inexigibilidade de conduta diversa, sendo enquadrado a devida tipificação penal, tornando o direito penal mais harmônico e coerente.

CONCLUSÃO

Portanto, é fácil compreender, diante dos referidos conteúdos citados acima que ainda perdura uma diferenciação penal aos índios e que diante de todas as modernidades jurídicas, legislação vigente, não pode haver essa diferenciação, tal como a inimputabilidade ou imputabilidade penal aos índios, sendo imputado o agente pela prática penal que o faz. Não pode utilizar métodos desiguais, tais como estudos psíquicos culturais, de forma que por sua cultura, doutrina, regras próprias estejam acima da legislação brasileira vigente para todos os indivíduos brasileiros. É notável que essa diferenciação produz na atualidade diferentes e frequentes divisões culturais e até mesmo perseguições. Devem ser observados os requisitos gerais para o crime, sendo o fato típico, ilícito e culpável, para quem adota a teoria tripartida. É importante que a culpabilidade seja analisada detalhadamente para atenuar ou afastar a referida punição, se houver. Ora, não é deixando de aplicar os direitos vertentes que se obtém na legislação, mas tão só aplicação justa e igualitária para os indivíduos que praticam uma infração penal, na medida de suas desigualdades senão, exclusivamente, em sua integração social ou um exame antropológico, tendo em vista que o índio pode ou não estar habituado socialmente ou apenas conviver por não ter outra opção humana, sendo possível uma possível isenção penal ou uma atenuante, como dito. O exame antropológico leva o Juiz a julgar e sentenciar em vias dessa referida integração social, bem como dosando sua pena. Aqui, devemos ressaltar que à legislação específica prevalece sobre a geral, ocasião em que todos os benefícios específicos devem ser observados. O direito penal não deixou o viés de preconceito dos operadores, em que pose, essa diferenciação, o índio/silvícola é considerado inimputáveis ou semimputáveis, sendo excluído o aplicando uma atenuidade a culpabilidade, no suposto desenvolvimento mental ou essa ficção de integração social ou não pelos índios.

REFERÊNCIAS

BRASIL - Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 Maio 2020.

DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DIREITO CIVIL: direito de família. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. Direito civil: família e sucessões. Salvador: JusPODIVM, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das sucessões. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As diferenças sucessórias entre união estável e casamento são constitucionais: a posição da doutrina e dos tribunais. Revista de Direito Brasileira. São Paulo, v. 13, n. 6, p. 131-149, jan./abr. 2016.

Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 março 2020.

Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm>. Acesso em: 01 Maio. 2020.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Direito civil aplicado: direito das sucessões. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LENZA, Pedro. Curso de Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2014.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. Inventários e partilhas: direito das sucessões. 23. ed. São Paulo: Eud, 2013.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Recurso Extraordinário 878694. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4744004&numeroProcesso=878694&classeProcesso=RE&numeroTema=809>>. Acesso em: 28 março 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Julgamento afasta diferença entre cônjuge e companheiro para fim sucessório. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342982>>. Acesso em: 24 Maio 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Voto do Ministro Edson Fachin no RE 878.694. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sucessao-companheiro-voto-fachin.pdf>>. Acesso em: 24 Maio 2020.

WALD, Arnaldo. Direito civil: direito das sucessões. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

XAVIER, Fernanda Dias. União estável e casamento: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade. Brasília: TJDFT, 2015.

ADVOGADOS E ACESSO AO CLIENTE RECLUSO

JUAN LIMA ANDRADE:

Graduando do Curso de Direito do
Centro Universitário Fаметro.

RESUMO: O estudo em comento, demonstra a fragilidade do sistema carcerário brasileiro, no que tange a inviolabilidade dos advogados e seus atos como fator principal. Esta dissertação, sustenta a óptica da ampliação de estudo abordado pelo artigo 133 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e por conseguinte, tem o intuito de promover o progresso da discussão e quiçá gerar prováveis esclarecimentos acerca da conduta dos advogados, sua ética profissional, e manifestações no exercício de seu ofício na defesa de suas prerrogativas no acesso aos clientes que se encontrem reclusos. Desta feita, cercaremos este trabalho com as prerrogativas que sustentam o nobre exercício da advocacia, previstas no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil com a fiel combinação da Carta Magna desta referida Nação. Fomentando assim a percepção fidedigna, de que não há impedimentos para que o patrono se reste impedido de ter acesso ao cliente que se encontre recluso, e possa ter assegurada a sua reunião confidencial, resguardando assim a ética prevista no Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogado do Brasil. Ainda, é disposto aos advogados, que esses mantenham o sigilo profissional, isso inclui declarações judiciais, sobre determinado processo em que tenha atuado, e por conseguinte, devendo se recusar a depor como testemunha em julgamento em que tenha laborado, nesse passo, o principal intuito é o de preservar a inviolabilidade profissional.

PALAVRAS-CHAVE: Inviolabilidade. Advogados. Ética. Prerrogativas.

ABSTRACT: The study under discussion, demonstrates the weaknesses of the Brazilian prison system, approaches the inviolability of lawyers and their acts as the main factor. This dissertation is directed the perspective of the expansion of the study is based by article 133 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, and, therefore, with purpose to promote the progress of the discussion and perhaps generate probable clarifications, about the conduct of lawyers, their ethics professional and manifestations in the exercise of their office in defense of their prerogatives in accessing clients who are recluse. In that perspective, we will embrace this work with the prerogatives that allies the noble duty of advocacy, foreseen in the brazillian statute. Leading to encourage the reliability, that will not stand any obstacles to the barrister acesses the internee customer, and then be assured your confidential metting, safeguarding the ethics envisaged in the code of ethics and discipline of the brazilian bar association. While on the topic of lawyers, is guaranteed that those professionals retain their secrecy, includes, judicial statements of a particular case witch they have worked on, and consequently, should refuse to testify as a witness at trial that they had worked on, whilst, the main purpose is to preserve professional inviolability.

KEYWORDS: Inviolability. Lawyers. Ethic. Prerogatives.

INTRODUÇÃO

Veremos neste artigo o que trata o dispositivo de autorização legal do advogado e a comunicação com seu cliente segregado o artigo 7º da Lei nº 8.906 de 4 de julho de 1994, Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, parágrafo III, dar-lhes competência para comunicar-se com clientes detidos. O texto normativo define de forma bastante clara o direito do advogado de acessar e deliberar com o seu cliente na prisão assuntos de cunho que a esses pertençam, independentemente da presença de procuração.

A Constituição Federal de 1988 exclui a possibilidade de encontrar uma pessoa acusada de um crime sem contato com o mundo exterior. O Art. 5º, inciso LXIII, permite ao arguido beneficiar da assistência de advogado em qualquer momento, seja em prisão preventiva ou temporária.

Ainda, no artigo 136, § 3º, inciso IV, quando se trata da validade do estado de defesa, declara vedada a inviolabilidade do preso.

Assim, a regra da impossibilidade de comunicação não é mais aceita no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o advogado tem o direito de comunicar-se com seu cliente em particular, mesmo que seja declarada sua não comunicação em sentido genérico.

Portanto, ao advogado não restam óbices legais para se comunicar com seu cliente recluso, pois o isolamento não se aplica aos advogados. O não cumprimento deste direito por parte da polícia ou do judiciário pode até constituir um abuso de poder. Trata-se de garantir os direitos do cliente e do advogado para que, em caso de recusa, utilizem os meios legais adequados contra o infringente.

O artigo 21 do Código Penal, demonstra que o desconhecimento da lei não se justifica. Portanto, em consonância com a regra do artigo 3º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, dispõe que ninguém está isento de obedecer à lei por desconhecer.

1 EXECUÇÃO DA PENA

Desde o início, os estudiosos têm se preocupado com os dois principais sistemas de processo penal: o inquisitorial e o processual. Como regra, os cientistas distanciam esses sistemas dos bens atribuídos à acusação: na inquisição, as funções da acusação e do tribunal são reduzidas a uma única pessoa, enquanto na acusação, as funções são reservadas a indivíduos. Todas as outras características dos sistemas de processo penal

derivam destes pré-requisitos, de modo que a tarefa de perceber os conceitos de princípio opostos adotados por eles não é difícil.

Os princípios do processo penal brasileiro foram consagrados na Constituição de 1988 e no Código de Processo Penal. Estes documentos afirmam um compromisso democrático e essencialmente protetor dos direitos humanos, para que os princípios constitucionais possam ser considerados como verdadeiras garantias fundamentais para os indivíduos, tanto para o Estado como para si mesmos, que estão destinados a realizar a difícil tarefa de proteger e salvaguardar os direitos do indivíduo. Entretanto, as regras do processo penal devem ser entendidas como garantias para o indivíduo.

Como regra, os cientistas distanciam esses sistemas, o inquisitorial e o processual, dos bens atribuídos à acusação: na inquirição, as funções da acusação e do tribunal são reduzidas a uma única pessoa enquanto na acusação, as funções são reservadas a indivíduos. Todas as outras características dos sistemas de processo penal derivam destes pré-requisitos, de modo que a tarefa de perceber os conceitos de princípio opostos adotados por eles não é árduo.

Entretanto, apesar do fato de que o sistema misto foi escolhido implicitamente no texto da Constituição, ele não deixa margem para dúvidas, pois garante ao acusado todos os direitos e garantias de Direito processual, como o devido processo (artigo 5, parágrafo LIV), proteção conflitante e extensiva (artigo 5, parágrafo LV) e a presunção de inocência (artigo 5, parágrafo LVII), vejamos:

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;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Os princípios do processo penal brasileiro foram consagrados na Constituição de 1988 e no Código de Processo Penal. Estes documentos afirmam um compromisso democrático e essencialmente protetor dos direitos humanos, para que os princípios constitucionais possam ser considerados como verdadeiras garantias fundamentais para

os indivíduos, tanto para o Estado como para si mesmos, que estão destinados a realizar a difícil tarefa de proteger e salvaguardar os direitos do indivíduo. Entretanto, as regras do processo penal devem ser entendidas como garantias para o indivíduo. Elas surgem do ponto de vista de orientar as ações do Estado durante as investigações e processos criminais, estabelecendo limites ao poder de processar e punir.

2 A ADVOCACIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Deste modo, se faz mais do que importante, mas deveras necessário a atividade da advocacia, no que diz respeito ao cliente que está recluso e carecendo do auxílio de advogados.

Portanto, o exercício da advocacia tem como seu máximo destaque quando é positivado na CRFB/88, quando também explicita na inteligência do artigo 133, a sua devida importância. Superando não apenas o significado de uma categoria, mas expondo a responsabilidade privativa de determinada profissão, que em teoria espera-se que seja tendenciosamente voltada a área privada, desmistificada é quando tal acepção demonstra-se que seus atos constituem “múnus público”, tendo assim a sua finalidade alcançada, o dever da advocacia de atingir o bem comum.

Com a criação do Estado, optou-se por um pacto social com a posterior transferência da legítima defesa dos direitos individuais, anteriormente exercidos livremente por cada cidadão, para um ente estatal, que passou a ter o dever / direito de punir quem o frequentar, bem como cometer ato lesivo dos legítimos interesses individuais ou coletivos. Desde então, o cidadão comum tem lutado por uma oportunidade real de se defender contra a denúncia dos acusados e contra a vontade do Estado de punir.

Desde que se iniciaram as investigações estatais para imputar práticas criminais e punir os réus, a sociedade passou a exigir justiça com razoabilidade. Defesa, e não teatro, que se tornaria palco de constantes denúncias injustas, onde os inocentes eram condenados de acordo com a boa vontade e conveniência do Estado-juiz, onde os autores eram condenados a cumprir pena desproporcional ao crime cometidos, bem como desumanas.

O ato que marcou o início do estabelecimento de uma justiça verdadeiramente justa foi a promulgação da Carta Magna da Liberdade, um acordo entre Rei João Sem Terra da Inglaterra e os barões daquele país em 1215. A Carta das Liberdades de Abril é o primeiro capítulo em um longo processo histórico que deveria ter levado ao surgimento do constitucionalismo como o conhecemos hoje. Um dos artigos mais importantes desta carta é a art. 39, no ordenamento jurídico brasileiro, podemos encontra-lo no Decreto de 23 de maio de 1821, in verbis:

“Hei por bem excitar, por a maneira mais eficaz e rigorosa, a observancia da sobre mencionada legislação, ampliando-a, e ordenando, como por este Decreto Ordeno, que desde a sua data em diante nenhuma pessoa livre no Brazil possa jamais ser presa sem ordem por escripto do Juiz, ou Magistrado Criminal do territorio, excepto sómente o caso de flagrante delicto, em que qualquer do povo deve prender o delinquente.”

Após a primeira conquista da cidadania frente ao excessivo castigo estatal, com a promulgação da Carta Magna da Liberdade, alcançamos as atuais garantias constitucionais, expressas hoje em nossa Carta, onde se estabeleceu um estado de direito democrático, sem cobrança de qualquer cobrança do cidadão, perseguidos ou condenados em violação da lei, que são garantias pessoais de cada cidadão e ao mesmo tempo da sociedade em geral, e o incumprimento de qualquer cidadão, por mais grave que seja, não pode ser excluída a acusação contra ele.

A correta aplicação do direito penal é impossível sem a participação efetiva de um defensor criminal em todas as etapas do processo, desde a polícia até o veredicto final, visto que o direito de defesa é inalienável da validade da sentença, digamos, não existe sem ele. O desejo de restringir a livre aplicação da lei significa, em primeiro lugar, revogar as garantias constitucionais que pertencem ao conjunto da sociedade, uma vez que não pode haver tratamento diferenciado aos cidadãos da mesma categoria, e esses cidadãos têm direito para atendimento. um advogado mesmo após a sentença, para que a correta aplicação da sentença do condenado seja respeitada.

A constituição federal do Brasil tem grande clareza quando dispõe em seu artigo 133:

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Isso significa que a ausência de advogado em qualquer ação, invalida a sentença proferida pelo tribunal penal, uma vez que a justiça é impossível sem a participação obrigatória e direta de um advogado criminal neste meio.

De acordo com o artigo 133 da Constituição Federal, que por sua vez mantém a presença de advogado com seu cliente quando necessário, e determina a natureza do sigilo desta comunicação, dispomos de duas leis intraconstitucionais que eliminam qualquer dúvida sobre este fundamento direito. O estatuto da lei, Lei Federal nº 8.906 /94, acrescenta:

Art. 7º São direitos do advogado:

(...)

III - comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis;

Note-se que a letra da lei trata de duas características importantes desta garantia, a saber, a comunicação, em primeiro lugar, refere-se à pessoa, que se refere ao contacto direto entre o Advogado e o cliente, sem a participação de intermediários, que possa atuar como interlocutor ou a presença de agente penitenciário, policial ou qualquer outra pessoa não autorizada por advogado na mesma sala. Pessoa também se refere à proibição de interferência eletroeletrônica, como a uso de interfone, telefone ou videoconferência.

A comunicação deve ocorrer sem interferência de pessoas ou equipamentos eletroeletrônicos. Outra característica da comunicação entre advogado e cliente, bem expressa na letra da lei, é a exoneração da responsabilidade pela conversação, o confidencialidade do conteúdo, a impossibilidade de conhecer o conteúdo da conversa por parte de outra pessoa sem a autorização do advogado, o que também exclui o uso de interceptação de interfone ou telefone, o que facilita a interceptação do conteúdo da mensagem, deixando o advogado sempre com dúvidas sobre a existência de espionagem, que sempre será ilegal, visto que não se trata apenas de direitos pessoais, mas também de que o sigilo profissional é estritamente garantido por lei. Visto que esta garantia vem principalmente de um cidadão que pode dizer o que quiser com seu advogado, com a certeza de que ninguém saberá o conteúdo de sua conversa, caso contrário o cliente não confiará no advogado.

O Código de Ética da OAB especifica que o advogado deve manter sigilo, inclusive nas declarações judiciais, sobre o que sabe de seu caso e deve se recusar a depor como testemunha em julgamento em que tenha trabalhado ou estar relacionado a um evento cuja é ou foi o patrono, mesmo que autorizado ou solicitado pelo eleitor, portanto, há a certeza de que qualquer escuta ou gravação de uma conversa reservada entre advogado e cliente será sempre ilegal, dispõe:

Art. 25. O sigilo profissional é inerente à profissão, impondo-se o seu respeito, salvo grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa.

Art. 26. O advogado deve guardar sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou tenha sido advogado, mesmo que autorizado ou solicitado pelo constituinte.

Outra lei que garante ao cliente o direito de se encontrar com seu advogado é a Lei de Infrações Penais, Lei 7210/84, em que o artigo 41, inciso IX, acrescenta:

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

Ressalte-se que este é direito e prerrogativa do cidadão de exercer a advocacia, que em nenhum caso pode ser mitigado sob pena de se criar um precedente perigoso que viola direitos e garantias individuais, que foram conquistados com grandes dificuldades.

Ao longo da história haviam civilizações que apenas idealizavam atingir o estágio em que se encontra a sociedade hoje, violando algumas garantias individuais, quando são persuadidas por determinados agentes estatais.

Em tempos de extrema violência, como os enfrentados hoje pelas populações dos estados do Rio de Janeiro, São Paulo, Ceará entre outros grandes centros urbanos, cidadãos amedrontados podem ser facilmente persuadidos a renunciar a seus direitos e garantias constitucionais, inclusive o direito ao consultar um advogado, pessoalmente e em privado, muitos desses cidadãos acreditam que ao permitir que os reclusos exerçam este direito, seria um fato questionável. Trata-se de um grande equívoco, pois a anulação da garantia será imposta também a qualquer cidadão acusado pelo Estado de ato que constitui crime, sem diferenciações. O fato de o Estado não ter impedido a escalada de violência que enfrentamos hoje não pode servir de pretexto para fazer valer o direito constitucional do acusado, seja ele quem for, de ter seu advogado quando necessário.

Por vezes, a polícia e os funcionários penitenciários tentam impedir os reclusos de exercerem este direito, obrigando-o a procurar assistência jurídica adequada para que o este possa falar direta e confidencialmente com o seu advogado. Ainda há casos em que advogados entraram com ordem judicial contra dirigentes penitenciários visando a efetivação dessa garantia, apesar de o STF já se posicionar no sentido de respeitar esse direito, como é o caso do italiano Cesare Battisti, preso no Brasil em acusações de assassinato cometidos em seu país.

Em última análise, o direito em causa pertence a um advogado garantido por lei, mas trata-se, antes de mais, de uma garantia constitucional de um cidadão que deve ter

sempre acesso pleno ao seu advogado de forma pessoal e dissimulada desde o momento do seu desaparecimento. As salvaguardas minam o estado de direito democrático e obrigam os processos a voltar aos tempos difíceis da investigação.

3 A INVIOABILIDADE E O SIGILO PROFISSIONAL NA ADVOCACIA

Sem dúvida, a previsão constitucional do Art. 133 da Constituição Federal é, de fato, uma garantia ao cidadão. Ao contrário do que alguns declaram de forma isolada e superficialmente do texto, os princípios da insubstituibilidade e inviolabilidade do advogado contidos na norma constitucional não estabelecem privilégios de classe, mas em geral equivalem a outros instrumentos constitucionais de proteção.

Desse ponto de vista, equiparar o advogado aos demais agentes necessários à administração da justiça foi uma grande inovação no aprimoramento da cláusula jurisdicional.

As normas jurídicas são de natureza técnica, principalmente as processuais, e a ação das partes sem a presença de advogado muitas vezes envolvem argumentos insuficientes em sua defesa, em algumas situações, ocorrem inclusive a negação de seus direitos. O papel do advogado, longe dos interesses financeiros, é necessário para interpretar a lei, que o cidadão comum não conhece, mas necessita.

A diferença fundamental na interpretação de uma norma constitucional é a proteção do exercício do direito, e não do advogado, uma diferença sutil, mas fundamental. Porém ao fundir esses conceitos, na execução das atividades profissionais a imunidade se torna presente e inviolável.

Assim, levando em consideração a prática jurídica, e a prerrogativa prevista no art. 133 da CRFB/88 cumpre os firmes princípios do Estado democrático de direito - ampla defesa, contraditório e devido processo legal - direitos reservados a todo cidadão e, portanto, a um advogado, no desempenho de seu trabalho em defesa desse indivíduo.

Encontrar solução para as controvérsias cotidianas, é o ideal pelo qual os advogados se empenham todos os dias, não devendo comprometer o direito de defesa de determinada pessoa. Contudo, em qualquer litígio, independentemente do valor monetário, a presença de um advogado é imprescindível.

Provavelmente, se desde o início a orientação de um advogado for tolhida, o cidadão, especialmente os com menor nível de instrução, sucumbem diversas vezes à pressão das autoridades, e em alguns casos nem mesmo fazem uso do direito que lhes é devido.

A efetiva engrenagem da Defensoria Pública, por exemplo, é fundamental para a adoção da instituição das garantias, que devem ser precedidas de uma ampla discussão sobre a construção dessa defesa. Pois é sempre útil recordar aos críticos jurídicos, que só através dos advogados a sociedade civil pode exercer uma das suas prerrogativas democráticas mais importantes, a saber, defender ou fazer valer os seus direitos.

A presença indispensável do advogado em qualquer fase do processo penal ou civil pressupõe a proteção de maneira ampla e efetiva dos direitos subjetivos em juízo, depositando no advogado toda a confiança e conhecimento que este possui para que se possa sanar os conflitos existentes.

Quanto às garantias, trata-se da imunidade concedida aos advogados nos limites da sua atividade profissional, com o objetivo de resguardar a segurança absoluta e proteger os interesses do seu constituinte, independentemente da natureza do processo.

A imunidade é exclusiva apenas para o exercício das atividades profissionais, mas inviolável e incontestável. No entanto, para a personalidade externa à prática de seu ofício, não é absoluta, por óbvio, nem mesmo para que essa prerrogativa seja confundida com privilégios.

Revistas ao local de trabalho de um advogado, e aos objetos necessários ao seu labor, a pretexto de apresentar provas contra um cliente, são inadmissíveis. Não é incomum que essa situação tenha sido vivida com certa e lamentável intensidade no Brasil na última década, e tem se repetido insuportavelmente nos últimos tempos. Devendo apenas ocorrer, em casos excepcionais, em que a sua conduta seja passível de investigação, por exemplo.

Vejamos o que trata o Art. 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil:

II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia;

Da mesma forma, a interceptação de comunicações entre o investigado e seu advogado viola o sigilo profissional garantido pela Constituição e pela Lei Federal. Se essa violação gravíssima pelas autoridades vier a ocorrer, mesmo que a interceptação sancionada pelo tribunal tenha sido acidental, parte da conversa entre o cliente e o advogado deve ser inutilizável e não pode afetar o veredicto do tribunal.

Na Constituição Federal, podemos obter:

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:

(...)

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

No Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, podemos inferir:

Art. 7º São direitos do advogado:

(...)

III - comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis;

Além disso, ao intérprete da lei, não é atribuído o direito de limitar a norma constitucional, portanto, a inviolabilidade do art. 133 da CRFB/88, deve levar em consideração que as manifestações mais violentas desses casos, ocorrem nos processos criminais.

É importante ressaltar que o advogado deve cumprir o Código de Ética Profissional, que é válido não só legalmente, mas também pessoal e moralmente. Pois há dignidade na linguagem culta de um advogado.

O excesso de expressões que ocorrem na discussão do caso e que estão relacionadas ao objeto da disputa, embora repreensíveis e passíveis de consideração pela comunidade jurídica profissional, são amparadas pela imunidade no exercício da profissão.

A referida imunidade é uma proteção contra o uso de linguagem ofensiva ou inadequada, que não esteja diretamente relacionada aos procedimentos legais. No entanto, casos de agressividade não compensada de processos são frequentes na ausência de lei mais severa.

A insolência desenfreada e as ofensas dirigidas contra um magistrado, membro do Ministério Público ou a qualquer serventuário da justiça no momento de discussão, merecem interrupção, e não são amparadas pelo art. 133 da Constituição Federal.

Portanto, o uso de linguagem jurídica deve ser apropriado e o que vai além do aceitável deve ser examinado de forma cautelosa: primeiramente, para não prejudicar a aplicação da lei e, por conseguinte, para evitar redações ou demonstrações desrespeitosas.

Conforme já exposto, não será cabível sanção se a manifestação considerada ofensiva, estiver relacionada com atividades funcionais e em consonância com reclamação que um advogado defende judicialmente, o que é permitido por não violar nenhum princípio da lei.

Quanto a críticas, seja a uma decisão do tribunal ou declaração sobre a transcrição da outra parte, ou ainda oral em uma audiência, é aceitável. No entanto, não há imunidade se a violação for desarrazoada, alheia à prática profissional e inadequada na discussão da causa.

Diante disso, a análise de cada caso determinará se as palavras ou atitudes do advogado representam descortesia, insulto ou extrapolação, e portanto, poderá ensejar na responsabilização do advogado. Os advogados não devem usar jargão, sequer expressões vulgares, devendo agir sem sarcasmos, não faltando com a lealdade e bom senso. A luta dos advogados não deve ser confundida com agressividade irracional, seja no uso da linguagem, seja nas expressões verbais ou condutas.

Diante disso, a independência profissional não deve levar ao desrespeito ou ao insulto, porém a exigência do respeito às autoridades não podem ser definidas como submissão passiva em atividades em que a coragem é condição essencial da prática jurídica.

A distinção entre excessos admissíveis nem sempre é clara. Em princípio, o advogado no exercício das suas atividades goza de imunidade profissional, mas a apreciação de cada caso dependerá da verificação dessa condição.

CONCLUSÃO

Com o presente artigo, pode-se perceber que, a incomunicabilidade do preso prevista no art. 21 do Código de Processo Penal, cuja redação é anterior à Carta Magna de 1988, tinha o legislador o objetivo de inviabilizar o preso de obter ajuda de terceiros, para que assim não viesse a comprometer sua punição. Porém, em consonância com art. 136, § 3º, IV, da Constituição Federal, o preso não pode ser mantido incomunicável. No entanto, pode ser decretada por decisão fundamentada do magistrado a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, nos termos do art. 21, parágrafo único do

Código de Processo Penal. Tendo em vista que esta determinação não se aplica à comunicação do segregado com seus advogados, dessarte, a regra da impossibilidade de comunicação não é mais aceita no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o advogado tem o direito de comunicar-se com seu cliente em particular, ou seja em sigilo, mesmo que seja declarada sua não comunicação em sentido genérico.

Os profissionais que sofrerem a violação de seus direitos no exercício da advocacia, devem recorrer imediatamente à Comissão de Direitos e Prerrogativas da Ordem dos Advogados do Brasil da Seccional a qual pertençam, pois não há dúvida de que a posição da Ordem é favorável aos advogados, que relatam ter sofrido qualquer tipo de restrição no exercício da profissão nos parâmetros da lei.

Ante o exposto, percebemos que o sigilo profissional e a inviolabilidade da advocacia são imprescindíveis ao exercício da nobre profissão, permitindo ao segregado se beneficiar da assistência de advogado em qualquer momento, não devendo encontrar impedimentos para que tal acesso se concretize.

Visualiza-se do decurso do presente trabalho que os advogados possuem também a inviolabilidade de seus pertences profissionais bem como seu local de trabalho, não devendo ser palco de revistas ou tomada por suspeitas, ou pior tolhidas de no que se refere ao seu ofício. Importante e social se faz as nobres funções da advocacia no meio social, seja para a defesa de interesses individuais ou coletivos, a presença de advogados é de indiscutível importância para que a justiça seja almejada por traços genuínos e de retidão.

Dessa forma, podemos notar como fito do estudo em comento, a inviolabilidade, o sigilo profissional na advocacia, as prerrogativas contidas na Constituição da República Federativa do Brasil, que amparam tal classe na defesa de seus direitos, para que determinadas situações desagradáveis de violações a tais preceitos, não tornem a acontecer. Dentre outros meios de que consagram a letra da lei para total amparo da advocacia, no que se refere ao acesso aos clientes que se encontrem confinados.

REFERÊNCIAS

ACS. Desconhecimento da lei. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/desconhecimento-da-lei>. Acesso em: 29 set. 2021

ALMEIDA, Felipe Lima de. Causalidade e imputação no Direito Penal: análise crítica da moderna teoria da imputação objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. 1ª Ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013.

ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando. Estado-nação, fronteiras, margens: redesenhando os espaços fronteiriços no Brasil contemporâneo. In Civitas, Porto Alegre, v. 13, n. 1, p. 9-26, jan.-abr. 2013.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Sinopse para Concurso: Processo Penal – Parte geral. 3 ed.rev., ampl. E atual. Salvador: JusPODIVM, 2013.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Curso básico de processo penal, 2ª edição. Saraiva, 4/2015. VitalSource Bookshelf Online.

AVENA, Norberto Pâncaro. Execução Penal Esquematizado, 2ª edição. Método, 01/2015. VitalSource Bookshelf Online.

BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). Direito penal e processo penal: teoria geral do direito penal. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2015. –Coleção doutrinas essenciais; v. 1)a

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Nilo; ZAFARRONI, Eugênio Raul. Direito Penal Brasileiro, Vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BECCARIA, cesare. Dos delitos e das penas. Trad. Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Book, 2012.

BECK, Ulrich apud DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal, Parte Geral. 1º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BIANCHINI, Alice. ANDRADE, Léo Rosa. Inoperatividade do direito penal e flexibilização das garantias. In: Brito, Alexis Augusto Couto de; Vanzolini, Maria Patrícia (Coord.). Direito penal: aspectos jurídicos controvertidos. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONFIM, Edílson Mougnot. CAPEZ, Fernando. Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **Constituição** da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao>. Acesso em: 29 set. 2021.

BRASIL. Decreto de 23 de maio de 1821. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM-23-5-1821.htm. Acesso em: 29 set. 2021.

Lei 8.906/94 – Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em 29 set. 2021.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Sistema penal e política criminal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANO, Ignácio. **Políticas de Segurança no Brasil**. Disponível em: <https://sur.conectas.org/politicas-de-seguranca-publica-no-brasil/>. Acesso em: 07 set. 2021

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudo sobre direitos fundamentais. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAPEZ, F. Curso de Direito Penal: Parte Geral. Vol. 1. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <https://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaoob/codigodeetica.pdf>. Acesso em: 20 set. 2021

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral. 10ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

JESUS, Damásio de. Direito penal. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; VANZOLINI, Patrícia. Manual de Direito Penal. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 3ª Ed., 2017.

MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. Manual de Direito Penal: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, A. R. Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do Direito Penal. Curitiba: Juruá, 2011.

MORAES, Alexandre. Direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NUCCI, G. S. Manual do Direito Penal. São Paulo: Revista do Tribunais 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado – 10ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e processuais Penais Comentadas. 4ª edição São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme Souza. Direito Processual Penal – Esquemas & Sistemas – Vol. 3, 3ª edição. Forense, 03/2015. VitalSource Bookshelf Online.

PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 9ª ed. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais. 2010.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: MÉTODO, 2011.

A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: UMA ANÁLISE ESTRUTURA E OS IMPACTOS CENÁRIO BRASILEIRO

REGIANE GOMES RODRIGUES:

Bacharelada em direito pelo Instituto Matonense Municipal de Ensino Superior.

Resumo: Com o crescimento do uso das mídias sociais, cresce junto a ela a preocupação com a segurança dos dados pessoais, hoje chamado de “ouro digital”, dessa forma, foi criada a lei de proteção de dados brasileira. Com base nos padrões europeus, a LGPD vem para modificar toda a sistemática dos sites, além de impor restrições e limitações para o uso dos dados dos usuários que utilizam sites em geral.

Palavra-Chave: “LGPD”; “Proteção de dados”; “internet”; “Lei de proteção de dados”

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2. AS INFLUÊNCIAS INTERNACIONAIS DA CRIAÇÃO DA LEI Nº 13.709/2018. 3.A Lei Geral de Proteção de Dados – Nº13.709/2018. 3.1. Os dados sensíveis e seu tratamento. 3.2.Os dados dos menores de 18 anos. 3.3. Do termino do tratamento das informações e Direito ao Esquecimento. 3.4. Da eliminação dos dados. 3.5. Direito ao Esquecimento. 3.6. Como Realizar a implementação da LGPD. 4. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Com o surgimento da internet em 1969, nos Estados Unidos, que recebia o nome de *Arpanet (Advanced Reserch Projects Agency)* se iniciou a evolução da internet em si, com várias transformações tecnológicas. Com isso, o mecanismo de comunicação entre as pessoas foi facilitado, sendo as navegações e troca de informações tornaram-se mais ágeis.

Atualmente, a sociedade utiliza a internet para todo o tipo de interação, seja para se comunicar com um amigo distante através das redes sociais, pedir comida de restaurantes locais ou ainda realizar pagamentos, dentre outros. Tudo isso ocorre através da realização do cadastro nestes aplicativos, onde as informações pessoais como nome completo, RG/CPF, endereço, dados bancários ou ainda algumas questões ligadas à religião, etnia, raça, e preferencias políticas, quem podem vir a permanecer armazenados.

Diante dessa transformação digital, o jornal “The Economist” chamou de “*Data Driven Economy*” ou seja, “Uma economia movida a dados”, sendo esse conjunto de dados, que advém de diversas fontes, que tem movido economia atualmente. Através da obtenção desses dados, as mídias sociais, tem acesso não só as informações pessoais dos usuários, mais também suas preferências pessoais, como qual tipo de pet ele possui, qual o tipo de

comida ele consome e até mesmo quais lugares ele frequenta, fornecendo através disto serviços e propagandas personalizados.

Contudo, toda esta inovação gerou um desconforto nos usuários desses serviços, por não saberem até onde está interação é segura, ou se tornou uma interferência a sua vida privada. Dessa forma, o presente artigo busca destacar quais são os direitos da população e os limites entre essa interação digital que se encontra presente em nosso cotidiano.

1. O PANORAMA NACIONAL

O conceito de privacidade foi citado pela primeira vez no Art. 12 da Declaração Universal de Direitos Humanos:

*Art. 12. Ninguém será sujeito à **interferência na sua vida privada**, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo o ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.*

Dentro do ordenamento brasileiro, a defesa deste direito foi estabelecida primeiramente em 1988, com o Art. 5^a, inc. X e LXXII, da Constituição Federal, e posteriormente art. 43 ss. do Código de Defesa do Consumidor, conforme segue:

Art. 5º, 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.

LXXII – Conceder-se-á “habeas-data”

Para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público.

O escritor Stefano Rodotà, em seu livro “A Vida na Sociedade da Vigilância: A Privacidade Hoje”, de 2008, p.92, afirma que “A privacidade na era da informação deverá ser definida pelo direito do sujeito de manter o controle sobre as próprias informações.” Nesse contexto, é valorado as escolhas pessoais, levando em consideração o poder que o indivíduo possui sobre o tratamento de seus dados, em contrapartida, temos o controle social e exposição às ameaças cibernéticas sendo nesse sentido, o direito se impõe para tutelar e proteger a privacidade do sujeito.

Como fatores que enfraquecem o direito fundamental da privacidade, podemos citar os mecanismos de segurança e vigilância oferecidos na era tecnológica e o detrimento da privacidade em prol do mercado, livre iniciativa e concorrência.

Dentro deste contexto, foram elaboradas diversas leis para que a proteção dos dados pessoais de forma que as informações transmitidas as empresas, fossem de forma ampla mantidas no sigilo, não apenas para a proteção do usuário, mas também, de certa forma, criar uma segurança jurídica para ambas as partes.

A esse respeito, podemos citar algumas leis que se destacam por sua grande repercussão no meio jurídico e popular, sejam elas, as leis de nº12.527/2011 (Lei de Acesso à informação), nº 12.737/2012 (Lei Carolina Dickemann) e a nº 12.965/2014 (Marco Civil), dentre tantas outras, já preparavam o caminho para a promulgação da LGPD, que chega para unificar e categorizando termos antes desconhecidos.

Com a vigência da presente lei a sociedade brasileira, o setor público, a doutrina e os institutos jurídicos, têm iniciado um processo de adequação à LGPD, que se mostra demasiadamente eficiente quanto a proteção dos dados dos usuários.

A sociedade atual é delimitada por fronteiras e a expansão tecnológica torna o acesso à informação mais democrática, facilmente acessada e com alta circulação. Dada a velocidade com que as informações são disseminadas, o direito possui a árdua missão para acompanhá-la, e a Lei de Proteção de Dados, se põe a diminuir essa distância e possíveis lacunas criadas devido à tal avanço.

A LGPD prevê ainda a anonimização de dados de forma a alcançar maior segurança aos dados fornecido aos prestadores de serviços através de mecanismos como supressão, encobrimento, generalização, perturbação, dados sintéticos e agregação, se colocam como formas de tornar a navegação na internet mais segura para a população.

2. AS INFLUÊNCIAS INTERNACIONAIS DA CRIAÇÃO DA LEI Nº 13.709/2018.

Na década de 80, a Convenção 108 do Conselho da Europa já tratava sobre o tema do tratamento automatizado de dados de caráter pessoal. Entre os assuntos abordados nesta convenção se encontra a necessidade do reconhecimento da necessidade de “conciliar os valores fundamentais no respeito à via privada e da livre circulação de informação entre os povos”.

Na União Europeia, a proteção dos dados foi reforçada com a Diretiva 95/46/CE, de 1995, que tem como motivação principal, passar por todos os fundamentos e finalidades que justificam o tratamento da adoção da proteção dos dados, os quais se aplicam princípios consagrados na Declaração Universal de Direitos Humanos, que de certa forma, influenciaram diretamente não apenas a formulação da lei brasileira, mais de qualquer outro país que se propôs a promover a proteção dos dados sensíveis.

Como afirma Leonardo Quintiliano em seu artigo ao “Instituto Avançado de Dados”, *a proteção dos dados não pode ser tida, contudo, como óbice ao progresso*

econômico e social, nem ao desenvolvimento do comércio e do bem estar individual. Pelo contrário, é a segurança e confiança no sistema de tratamento de dados pelos indivíduos que potencializará o comércio e progresso social.

Os dados protegidos pelas legislações atuais incluem as informações pessoais, que incluem até mesmo dados biométricos, que são armazenados e utilizados em registros de empresas privadas – como bancos – para o indivíduo, o cadastro de tal dado, como sua digital, se mostra como um facilitador, poupando-lhe tempo, e com isso gerará um crescimento no consumo, que nos faz retornar a questões capitalistas.

Entretanto, tal facilidade toma por base a confiabilidade na relação de consumo estabelecida entre o usuário e o prestador daquele serviço, devido ao armazenamento de informações sigilosas, que a princípio se encontram armazenadas com segurança. Devido a essa confiança, o usuário se expõe a ataques, fraudes ou até mesmo publicidades indesejadas, no caso do armazenamento de dados incorreto.

Por esta razão, a União Europeia, adotou não apenas normas, mas consolidou todos os princípios que devem reger o tratamento de dados numa sociedade da informação e de constitucionalismo multinível.

A tratativa da privacidade dos dados tornou-se mais pública nos dias atuais devido ao caso Edward Snowden, o ex-funcionário da CIA que em 2013, divulgou informações privilegiadas de operações americanas, expondo esquema de monitoramento global de ligações telefônicas e transmissões de internet dos cidadãos americanos e de alguns países, que se chamava PRISM.

Esta situação fez com que os governos começassem a se preocupar ainda mais com os dados sigilosos. Com isso em 2016, foi sancionado na União Europeia, o Regulamento Geral sobre Proteção de Dados (GDPR). O texto normativo serviu de inspiração para os demais países passarem a dispor sobre a proteção de dados.

3. A Lei Geral de Proteção de Dados – N^o13.709/2018

O Brasil ao promulgar a Lei de Proteção de Dados, se junta a diversos países que já possui legislação específica sobre o tema, estando relacionada diretamente a proteção dos dados considerados sensíveis.

A Lei de Proteção de Dados, sancionada em 2018, contudo apenas veio a vigorar em 18 de setembro de 2020, devido à crise do Coronavírus, com exceções que tratam da aplicação de sanções administrativas. Sendo que as sanções administrativas entraram em vigor a partir de agosto de 2021, devido a MP 959/2020.

Como bem explica o artigo 1^a da LGPD, a presente lei tem por objetivo a proteção dos dados pessoais, feito por pessoa natural ou jurídica, sendo esta de direito público ou privado:

Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Para a aplicação da lei é necessário observar alguns requisitos, previstos no art. 3º, quais sejam: I) A operação de tratamento seja realizada em território nacional; II) A atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional, ou III) Os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional, independentemente do meio, do país de origem ou do país de localização dos dados.

A Legislação da Proteção de dados não será aplicada nos casos previstos do art. 4º, vejamos:

Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais:

I - Realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos;

II - Realizado para fins exclusivamente:

a) jornalístico e artísticos; ou

b) acadêmicos, aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e 11 desta Lei;

III - realizado para fins exclusivos de:

a) segurança pública;

b) defesa nacional;

c) segurança do Estado; ou

d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou

*IV - Provenientes de **fora do território nacional** e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência **proporcione grau de proteção de dados** pessoais adequado ao previsto nesta Lei.*

Nos casos previstos no nos incisos do art. 4º podemos observar quando o tratamento dos dados deverá ser regido por legislação específica e deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao interesse público. Trazendo a luz o inciso IV do artigo, este faz menção aos dados provenientes de fora do território nacional, por exemplo, uma empresa Europeia solicita à uma empresa brasileira que realize o tratamento das informações pessoais de cidadãos alemães. Nesse caso nenhuma das empresas se sujeitará a LDGP, pois estão tratando de dados provenientes de fora do território brasileiro. Contudo, a lei do país proveniência dos dados deverá ser compatível ou de similar grau de proteção conferido pela lei nacional.

3.1. Os dados sensíveis e seu tratamento

Aqui chegamos ao impasse, afinal, o que são dados pessoais tratados pela LGPD? O conceito de “dado Pessoal” vem conceituado no art. 5º, sendo caracterizado como informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável.

Dessa forma podemos observar que os dados pessoais aqui tratados estão relacionados a uma pessoa física. Pessoas jurídicas, como empresas, não possuem dados pessoais, contudo elas podem tratar de tais informações, como por exemplo, de seus funcionários.

Um dado pode ser como o CPF ou número do telefone, ou um conjunto de dados que podem identificar uma pessoa. O que vai determinar que um dado é pessoal não é quantidade, mas sim como e em que contexto serão utilizados.

Por esta razão um dos princípios trazidos pela Lei é a necessidade que limita o tratamento mínimo das informações, necessário para a realização de suas finalidades com a abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação ao tratamento dos dados, em outras palavras, “menos é mais”.

Os dados sensíveis foram pormenorizados no inciso II do art. 5º, sendo estes sobre a origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dados referentes à saúde ou à vida sexual, dados genéticos quando vinculados a vida natural.

A LGPD em seu artigo 6º nos apresenta não apenas o princípio da necessidade como dito anteriormente, mais também outros como finalidade, adequação, livre acesso, qualidade de dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação e responsabilização e prestação de contas.

Além da tratativa de princípios e sanções, nos é apresentado os agentes de tratamento, que são indivíduos que irão manipular os dados pessoais de outrem, e também a figura do controlador, que pode ser uma pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, à ele compete as decisões sobre o tratamento de dados. Logo, o controlador deverá definir a finalidade e os motivos para o tratamento de dados pessoais.

Esses agentes de controle ou operadores, devem observar os art. 42 e 43 da lei, que versam sobre a responsabilidade destes na tratativa dos dados, contudo devendo ser observado que no cometimento de ilícito, há possibilidade dos agentes não serem responsabilizados, no caso de por exemplo, provaram que não trataram dos dados pessoais que lhes foi atribuído, ou se no caso de terem sido responsáveis pelo tratamento destas, não houve a violação à legislação de proteção de dados e por último quando o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiros.

Conforme explanado no decorrer deste artigo, os dados coletados pelos prestadores de serviços precisam do consentimento do usuário para sua utilização, ou seja, uma manifestação de vontade livre, informada e inequívoca do titular dos dados.

Atualmente, alguns sites tem solicitado aos seus usuários durante o cadastro, ou ainda para usuários habituais que confirmem estarem cientes o uso dos dados, conforme estipula a LGDP, a exemplo, temos as opções de privacidade do Windows 10:

Geral

Alterar opções de privacidade

Permitir que os apps usem a ID de anúncio e, com base em sua atividade nos apps, mostrem anúncios mais interessantes para você (se você desativar esta opção, sua ID será redefinida)

Desativado

Permitir que os sites forneçam conteúdo local relevante usando minha lista de idiomas

Ativado

Permitir que o Windows controle a abertura de aplicativos para aprimorar os resultados da pesquisa e o menu Iniciar

Ativado

Mostrar-me o conteúdo sugerido no app Configurações

Ativado

CONFIGURAÇÃO DE PRIVACIDADE WINDOWS 10 - 1 CONFIGURAÇÃO DE PRIVACIDADE - WINDOWS 10

É importante vigorar aqui que o consentimento dado pelo usuário poderá ser revogado a qualquer momento, da mesma forma que foi fornecida.

3.2. Os dados dos menores de 18 anos.

A LGDP ainda se tratando de dados pessoais, trouxe a luz o tratamento das informações de crianças e adolescentes menores de dezoito anos em seu artigo 14, pois se tratam de pessoas mais vulneráveis.

Levando em consideração duas tratativas, sendo a primeira elencada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que tem como critério cronológico a capacidade do menor em seu art. 2^a, sendo consideradas crianças menores de 12 anos e adolescentes aquelas que tiverem entre 12 e 18 anos. E a segunda a do Código Civil, que tem como critério o regime de capacidade, sendo os menores de 16 anos absolutamente incapazes e aquelas entre 16 e 18 anos relativamente incapazes devendo ser assistidos por seus responsáveis.

Sendo adotado para fim de tratamento de informações o precedido pelo Código Civil, dessa forma os dados fornecidos por menores deverão ser acompanhadas pelo consentimento tácito dos pais ou responsáveis.

Com isso, jogos e aplicativos e outras atividades semelhantes que possam ser utilizados por menores, deveram garantir que o fornecimento de informações pessoais do titular seja apenas estritamente necessário para a realização da atividade proposta pelo mesmo. Devendo estes dados serem coletado de forma clara, simples e acessível, com recursos visuais quando for adequado, tendo em vista que será necessário o consentimento do responsável e o entendimento adequado da criança.

3.3. Do termino do tratamento das informações e Direito ao Esquecimento

A previsão do término do tratamento se encontra art. 15 da LGPD, ocorrendo nas seguintes hipóteses:

- I. Verificação de que a finalidade foi alcançada ou de que os dados deixaram de ser necessários ou pertinentes ao alcance d finalidade especifica almejada;
- II. Fim o período de tratamento;
- III. Comunicação do titular, inclusive no exercício de seu direito de revogação do consentimento conforme disposto no §5º do art. 8º da LGPD, sendo resguardado interesse público;
- IV. Determinação da autoridade nacional, quando houver violação ao disposto na Lei Geral de Proteção de Dados.

Na primeira hipótese em que afirma ter sido alcançada a finalidade, sendo esta verificada a partir dos propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, cabendo ao controlador estipular o final do ciclo de vida dos dados e da necessidade de retê-los para outra finalidade, tendo nesta última outra base legal.

Quando os dados deixam de ser necessários ou pertinentes, o controlador deverá realizar uma verificação de risco dos dados armazenados, sendo analisado neste interim, o risco quanto a manutenção dos mesmos.

O fim do período de tratamento, ocorre quando a finalidade especifica que permitia o uso destes dados se finda, por exemplo dados trabalhistas ou previdenciários.

Da mesma forma que os dados podem ser descartados como podemos observar nas hipóteses citadas acima, existe ainda a possibilidade de retenção destes dados após o término do tratamento, previsto no art. 16 da LGPD, importante frisar que apenas há tal possibilidade, se as informações aqui armazenadas forem anonimizadas, sendo as possibilidades: i) o cumprimento de obrigação legal; ii) estudo por órgão de pesquisas,

iii) transferência a terceiro, desde que respeitados os requisitos de tratamento previsto na lei; e iv) uso exclusivo do controlador sendo vedado o acesso de terceiros as mesma.

3.4. Da eliminação dos dados

No caso da não aplicação das hipóteses de retenção dados, a eliminação seja do dado ou de um conjunto de dados dos bancos de dados, deverá ser realizada, independentemente do procedimento utilizado pelo empregado responsável. Devendo ser inclusos backups, múltiplos acessos, servidores diferentes, armazenamentos em nuvens, entre outros meios de armazenamento. O responsável pelo tratamento destes dados, deverá informar e comprovar aos demais agentes sobre a conclusão do procedimento de eliminação.

3.5. Direito ao Esquecimento

Conceitualmente o direito ao esquecimento, também chamado como "direito de ser deixado em paz", faz referência ao direito de uma pessoa não permitir que algo que ocorreu em um momento de sua vida, não seja exposto e lhe traga mais transtornos. Tal direito se põe diretamente ligado aos conceitos da dignidade humana e a privacidade, que são princípios básicos previstos na Constituição Brasileira.

A exemplo de aplicabilidade deste direito, no Brasil, podemos citar alguns casos marcantes, como a Chacina da Candelária, onde o programa Linha Direta, procurou por Jurandir Gomes de França, um dos envolvidos no crime, que havia absolvido das acusações no Tribunal do Júri, o então serralheiro entrou com uma ação contra a emissora e o STF sustentou a importância do direito ao esquecimento, afirmando ainda que a exposição no programa causou danos à honra do mesmo.

A lei Europeia de proteção de dados, que deu base à elaboração da LGPD, aborda o direito ao apagamento dos dados, em seu artigo 17, "*o titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada, quando se aplique um dos seguintes motivos (...)*"

Entretanto, é importante pontuar que o término do tratamento e direito ao esquecimento não são sinônimos. Ademais, o direito ao esquecimento não implica necessariamente na eliminação dos dados pessoais.

3.6. Como Realizar a implementação da LGPD

A adequação e implementação da Lei de Proteção de Dados, dependerá das particularidades de cada empresa, assim como dos dados a serem recolhidos dos usuários. Dessa forma, é necessário que a empresa realize mapeamento, defina uma base legal para

o tratamento dos dados, assim como prazo e locais de retenção dos dados recolhidos, além de revisões de contratos e políticas de privacidade da empresa.

Devendo tais procedimentos serem realizados com a devida assessoria de um encarregado de dados e do departamento jurídico da empresa.

De pronto, a criação de um plano bem elaborado, concederá a empresa uma tratativa ainda mais próxima ao cliente, conhecendo as divergências entre empresa/cliente, e tomando conhecimento de possíveis problemas que podem resultar numa má qualidade de serviço prestado.

4. CONCLUSÃO

A Lei Geral de Proteção de dados, veio para completar um conglomerado de leis esparsas que o ordenamento jurídico Brasileiro possui, trazendo mais seriedade e aplicabilidade para a proteção dos dados pessoais e dados sensíveis, ainda que as sanções administrativas ainda não estejam vigorando, a adequação a presente lei se faz necessária por toda e qualquer empresa que faz uso destas informações sensíveis.

Como podemos observar, mesmo sendo uma legislação consideravelmente nova, se vale de aspectos antigos quanto a sua elaboração, com inspiração no Regulamento Geral sobre Proteção de Dados (GDPR), terá um grande impacto nas empresas e nos consumidores. No Brasil, atuais casos de uso indevido, comercialização e vazamento de dados, as novas regras garantem a privacidade dos brasileiros, além de evitar entraves comerciais com outros países.

Em conclusão, a legislação atual, não tem como intuito dificultar a vida e as relações comerciais, mas trazer respaldos e segurança, estipulando regras claras sobre o uso indevido das informações fornecidas pelos usuários de serviços.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CARDOSO. Loni Melillo. LGPD: INSPIRAÇÃO, VIGÊNCIA E O DESAFIO DA EFICIÊNCIA DA NOVA LEI, disponível em: [ConJur - Loni Cardoso: Inspiração, vigência e o desafio da eficiência da LGPD](#), acessado em 05/10/2021.

Lei de Proteção de Dados – Lei nº 13.709/2018, disponível em: [L13709 \(planalto.gov.br\)](#), acessado em 03/10/2021.

PANEK. Lin Cristina Tung. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS Nº13.709/2018 ANÁLISE DOS PRINCIPAIS ASPECTOS E DO CONCEITO PRIVACIDADE NA SOCIEDADE INFORMACIONAL

QUINTILIANO. Leonardo. CONTEXTO HISTÓRICO E FINALIDADE DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD), disponível em : <https://iapd.org.br/contexto-historico-e-finalidade-da-lei-geral-de-protecao-de-dados-lgpd/> , acessado em 04/10/2021.

RODOTÁ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

SEBRAE, LEI GERAL DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS, disponível em: https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/canais_adicionais/conheca_lgpd, acessado em 08/10/2021.

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE FURTO PELA AUTORIDADE POLICIAL

RUY LANZONI CARPANEZ:
Graduando do Curso de Direito do
Centro Universitário Fаметro.

RESUMO: O presente trabalho, visa aprofundar a aplicabilidade do Princípio da Insignificância no crime de furto pela Autoridade Policial. Sendo inicialmente, de grande relevância, estudar os conceitos de Direito Penal e os Princípios das Ciências Criminais. Analisando assim, a Teoria Geral do Crime, e em concomitância o Princípio da Insignificância no Crime de Furto. Ademais, finda-se com a preleção das atribuições da Autoridade Policial, diante de cada análise casuística do Princípio Bagatelar nos crimes de furto. Assim, a temática proposta, no presente trabalho, é buscar por meio de jurisprudências dos Tribunais Superiores, Súmulas, Doutrinas, consulta à Constituição Federal, ao Código penal e Processual penal e de outros meios necessários.

PALAVRAS-CHAVES: Furto. Princípio da insignificância. Autoridade policial. Aplicação.

ABSTRACT: This work aims to deepen the applicability of the Principle of Insignificance in the crime of theft by the Police Authority. Initially, of great relevance, studying the concepts of Criminal Law and the Principles of Criminal Sciences. Thus, analyzing the General Theory of Crime, and concomitantly the Principle of Insignificance in the Crime of Theft. Furthermore, it ends with the lecture on the attributions of the Police Authority, in view of each case-by-case analysis of the Principle of Insignificance in theft crimes. Thus, the proposed theme, in this work, is to search through Superior Courts jurisprudence, Precedents, Doctrines, consultation of the Constitution, the Criminal Code and Criminal Procedure and other necessary means.

KEYWORDS: Theft. Principle of insignificance. Police authority. Application.

INTRODUÇÃO

O Direito Penal, possui como função essencial proteger e acautelar os bens jurídicos mais importantes para o convívio social. Nesse diapasão, tal instituto, demonstra, uma barreira entre o poder punitivo estatal e os direitos e garantias fundamentais.

À vista disso, o Direito Penal não é tão somente o poder punitivo estatal. Devendo a persecução penal, ser pautada em critérios mínimos amparados pelos princípios e normas constitucionais.

Desse modo, o Direito Penal como uma forma de controle estatal e social, só deverá atuar em *ultima ratio* (última razão ou último recurso), desprendendo o animus puniendi

àquelas condutas que extrapolam e causam danos a bens jurídicos tutelados pela norma vigente.

Dessa forma, quando se priva o indivíduo de sua liberdade, tal conduta, deve ser uma medida de caráter excepcional, em conformidade com a Constituição Federal.

Nesta seara, que vem à tona o Princípio da Insignificância, aplicado ao crime de furto, apesar de não expresso em nosso Ordenamento jurídico, é implicitamente reconhecido, e sua aplicabilidade é cada vez mais usual. Evitando assim, arbitrariedades, que ora não prejudicam bens jurídicos e nem ofendem, potencialmente, bens jurídicos relevantes.

Entretanto, é imperioso ressaltar que, embora os tribunais superiores, pacificamente, entendem, ajustado em cada caso concreto, que é cabível a aplicação do princípio da insignificância no crime de furto; por outro lado, tal aplicação, por parte do Delegado de Polícia, não se encontra como pacífica.

“ O Delegado de Polícia, como primeiro garantidor da legalidade e da justiça”, nas palavras do Ministro Celso de Mello, analisará, primeiramente, cada caso concreto, sendo tal fato de extrema relevância para o debate.

Nesse contexto fático, é imprescindível entender as finalidades e objetivos da Ciência penal, observando também os princípios constitucionais, e ainda a teoria do crime. Para que assim, possamos entender melhor a aplicação do Princípio da Insignificância no crime de furto pela autoridade policial.

O presente trabalho visa, por meio de doutrinas, jurisprudências dos Tribunais Superiores, súmulas, consulta ao Código Penal, Processual penal e à Constituição Federal, elucidar a aplicação do princípio da insignificância no crime de furto pela autoridade policial.

1 INTRODUÇÃO AO CRIME

Inicialmente, o crime é um fenômeno social que atinge uma grande massa populacional em todo mundo. Dessa forma, segundo o art. 1º da Lei de Introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2848, de 7-12-1940):

Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Entretanto, no código penal vigente não está expresso o conceito de crime, como continha nas legislações passadas, ficando a cargo dos doutrinadores o definirem e conceituarem. (MIRABETE, 2006, p.42).

1.1 Teoria geral do crime

É de suma importância, a todos operadores do Direito Penal, compreender a teoria geral do crime. Uma vez que, exsurge a necessidade de polir-se de tal conceito. Nesta seara, o Delegado de polícia deverá aplicar toda essência da teoria geral do crime, evitando equivocados indiciamentos de pessoas que não tenham praticado fato típico, ilícito e culpável.

Nesse sentido, o sistema jurídico há de se considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. (HC 110475 REL. Min Dias Toffoli. J 14/02/2012).

1.2 Da infração penal, crime e contravenção

No sistema jurídico brasileiro, o gênero infração penal divide-se em duas premissas: o crime e a contravenção penal, segundo o critério bipartido. O conceito de crime divide-se em questões complexas, quais sejam:

Quando ao critério material, crime é toda ação ou omissão humana que lesa ou expõe a perigo de lesão bens jurídicos penalmente tutelados.

O critério legal, no código penal vigente, não há tal classificação. Entretanto, a Lei de Introdução ao Código Penal o faz, como visto anteriormente.

Em relação ao critério analítico, existem numerosas classificações, assim Basileu Garcia aduz que crime possui quatro elementos, quais sejam, fato típico, ilicitude, culpabilidade e punibilidade. Já outros autores, como (Nelson Hungria, Aníbal Bruno, Magalhães Noronha) entendem pelo teoria tripartida – fato típico, ilicitude, culpabilidade (posição majoritária). Em conformidade com exposto, preleciona Celso Delmanto:

Deparamo-nos, no Brasil, com um Código Penal onde a culpabilidade não é um dos elementos do crime (Teoria do Delito), mas sim elemento da aplicação da pena (Teoria da Pena). “Por sua vez, ensina Cleber Masson que com a Lei 7209/84, que alterou a parte geral do Código Penal, fica a impressão de ter sido adotado um conceito

bipartido de crime, ligado obrigatoriamente à teoria finalista da conduta.”

Já contravenção penal, para o legislador, possui um caráter de tutela de bens um pouco menos relevantes ou de menor importância, sem estabelecer assim, diferença entre crime e contravenção penal. Dessa forma, quando a Lei cominar a sanção, isoladamente, pena de prisão simples ou multa, ou ambas, estará presente o instituto da Contravenção penal. E ainda, o legislador definiu que contravenção penal só existirá se fora praticada em território brasileiro, devido ao Princípio da Territorialidade.

1.3 Concepção Analítica de Crime

Há atualmente, uma celeuma jurídica para definição analítica de crime. Dessa forma para alguns doutrinadores crime é fato típico, ilicitude e a culpabilidade – Teoria Tripartida. Entretanto a Doutrina diverge, possuindo autores que adotam a teoria quadripartida de crime; fato típico, ilicitude, culpabilidade e punibilidade. Dessa forma, Masson preleciona citando diversos autores, e seus respectivos posicionamentos:

Esse critério, também chamado de formal ou dogmático, se funda nos elementos que compõem a estrutura do crime. Basileu Garcia sustentava ser o crime composto por quatro elementos: fato típico, ilicitude, culpabilidade e punibilidade. Essa posição quadripartida é claramente minoritária e deve ser afastada, pois a punibilidade não é elemento do crime, mas consequência da sua prática. Não é porque o se operou a prescrição de determinado crime, por exemplo, que ele desapareceu do mundo fático. Portanto, o crime existe independentemente da punibilidade.

Outros autores adotam uma posição tripartida, pela qual seriam elementos do crime: fato típico, ilicitude e culpabilidade. Perfilham desse entendimento, entre outros, Néelson Hungria, Aníbal Bruno, E. Magalhães Noronha, Francisco de Assis Toledo, Cezar Roberto Bitencourt e Luiz Regis Prado.

Imperioso ressaltar ainda, que alguns doutrinadores adotam a teoria bipartida de crime, tendo como elementos fato típico e o ilícito. Sendo a culpabilidade, mero pressuposto para aplicação da pena. Assim, Capez (2018, p. 241) aduz que:

Com isso, passou a ser mero juízo de valoração externo ao crime, uma simples reprovação que o Estado faz sobre o autor de uma infração penal. Com efeito, a culpabilidade, em termos coloquiais, ocorre quando o Estado aponta o dedo para o infrator e lhe diz: você

é culpado e vai pagar pelo crime que cometeu! Ora, isso nada tem que ver com o crime. É apenas uma censura exercida sobre o criminoso. Desse modo, a partir do finalismo, já não há como continuar sustentando que crime é todo fato típico, ilícito e culpável, pois a culpabilidade não tem mais nada que interessa ao conceito de crime. Welzel não se apercebeu disso e continuou sustentando equivocadamente a concepção tripartida, tendo, com isso, influenciado grande parte dos finalistas, os quais insistiram na tecla errada. Além disso, a culpabilidade é um elemento externo de valoração exercido sobre o autor do crime e, por isso, não pode, ao mesmo tempo, estar dentro dele. Não existe crime culpado, mas autor de crime culpado.

1.4 Elementos do Crime

Destarte a divergência na identificação do elementos constitutivos de crime, a doutrina, quase que sedimentada, na sua forma tripartida, apresenta os seguintes elementos constitutivos: fato típico, ilicitude e culpabilidade.

Dessa forma, o fato típico, como elemento do crime, é classificado como um acontecimento que corresponde exatamente a um modelo de fato contido em uma norma penal incriminadora. E do seu conceito, extrai-se alguns elementos: conduta, nexa causal, resultado e tipicidade. Nas palavras de Sanches (2021, p. 257):

Fato típico, portanto, pode ser conceituado como ação ou omissão humana, antissocial que, norteadas pelo princípio da intervenção mínima, consiste numa conduta produtora de um resultado que se subsume ao modelo de conduta proibida pelo Direito Penal, seja crime ou contravenção penal. Do seu conceito extraímos seus elementos: conduta, nexa causal, resultado e tipicidade.

O segundo substrato analítico de crime, ilicitude ou antijuridicidade, deve ser entendida como uma conduta contrária ao ordenamento pátrio. Desta forma explicam Zaffaroni e Pierangeli:

Devemos ter presente que a antijuridicidade não surge do direito penal, mas de toda ordem jurídica, porque a antinormatividade pode ser neutralizada por uma permissão que pode provir de qualquer parte do direito: assim, o hoteleiro que vende a bagagem de um freguês, havendo perigo na demora em acudir a justiça, realiza uma conduta que é típica do art. 168 CP (apropriação indébita), mas que não é antijurídica, porque está amparada por um preceito permissivo

que não provém do direito penal, mas sim do direito privado (art. 1470 do CC/02).

A culpabilidade, possui três elementos, quais sejam: imputabilidade penal, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, sendo entendida como a maneira reprovada na conduta típica e ilícita do agente, com o objetivo de analisar a aplicabilidade da sanção penal. No mesmo sentido, preleciona Masson (2018, p. 496):

Culpabilidade é o juízo de censura, o juízo de reprovabilidade que incide sobre a formação e a exteriorização da vontade do responsável por um fato típico e ilícito, com o propósito de aferir a necessidade de imposição da pena.

A culpabilidade pode ser encarada como elemento do crime tanto para um simpatizante do sistema clássico como também para um partidário do sistema finalista, desde que se adote um conceito tripartido de crime. Para os adeptos do finalismo bipartido, contudo, a culpabilidade funciona como pressuposto de aplicação da pena, e não como elemento do crime.

Portanto, o estudo de cada elemento é de suma importância para entender que, o estado exerce o *ius puniendi*, não por uma atitude arbitrária, mas para garantir a segurança jurídica estatal.

2 DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Os princípios fundamentais são tratados como alicerce do sistema constitucional. Dessa forma, proporcionam a interpretação normativa e subsidiam as lacunas jurídicas. No mesmo sentido, preleciona Celso Antônio Bandeira de Mello (apud MASSON, 2017, p.23):

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nosso sistema jurídico positivo.

Assim, por derradeiro, os Princípios são verdadeiros mecanismos de proteção dos cidadãos frente ao estado punitivo.

2.1 Princípio da Reserva Legal

O Princípio da Reserva Legal, esculpido na carta constitucional de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXIX, traz à tona um verdadeiro resguardo jurídico para a sociedade. Além do mais, o referido princípio, possui status de cláusula pétrea, não podendo assim ser retirado do Ordenamento pátrio. Assim, nos ensinamentos de Masson (2017, p. 24):

Preceitua, basicamente, a exclusividade da lei para criação de delitos (e contravenções penais) e cominação de penas, possuindo indiscutível dimensão democrática, pois revela a aceitação pelo povo, representado pelo Congresso Nacional, da opção legislativa no âmbito criminal. De fato, não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal (nullum crimen nulla poena sine lege).

No Brasil, os crimes (e também as contravenções penais) são instituídos por leis ordinárias. Em tese, nada impede o desempenho dessa função pela lei complementar. Mas, como se sabe, a Constituição Federal indicia expressamente as hipóteses de cabimento de tal espécie legislativa, entre as quais não se encaixa a criação de crimes e a cominação de penas.

É vedada a edição de leis provisórias sobre matéria relativa a Direito Penal (CF, art.62, § 1º, I, alínea b), seja ela prejudicial ou mesmo favorável ao réu.

Diante do exposto, uma das premissas trazidas pelo Princípio da Reserva Legal, é de que o agente só poderá responder, ou ser processado, se sua conduta se amoldar ao tipo penal preestabelecido. Logo, em um Direito Penal conservador, o referido princípio é de suma importância para coexistência harmônica e para proteção de toda sociedade.

2.2 Princípio da Exclusiva Proteção dos Bens Jurídicos

O entendimento de bem jurídico advém do ressalto para sociedade de determinado ente material ou imaterial. Dessa feita, preleciona Luiz Regis Prado (2019, p. 73):

Bem jurídico é um ente material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para coexistência e desenvolvimento do homem em sociedade, e por isso, jurídico-penalmente protegido. Deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico vazado na constituição em com o princípio do Estado Democrático e social de Direito. A ideia de bem jurídico fundamenta a ilicitude material, ao mesmo tempo em que legitima a intervenção penal legalizada.

Por isso, a criação de tipos penais, pelo legislador, levará em consideração apenas aquelas condutas que, de alguma forma, exponham a risco, ou a perigo de risco valores concretos e essenciais para o ser humano. Devendo ser desprendidas, às condutas que possuam dano irrelevantes para o tipo penal. Nesse sentido, Juarez Tavares (2010, p. 75):

A referência a valores concretos não significa identificar o bem jurídico com o objeto material (objeto da ação). O bem jurídico pode ter tanto aspectos materiais quanto ideias, o que não desnatura seu conteúdo concreto. Ao legislador impõe-se que tenha sempre em mente esse caráter concreto, como critério vinculante da seleção de crimes, isto porque a identificação do bem jurídico só se torna possível quando conferido a relação social em que se manifesta. Aí é que entra o conceito moderno de bem jurídico, como delimitação à tarefa de identificação dos dados reais que o compõem, como fato natural, bem como orientação para a sua criação pelo Direito. O legislador está vinculado a erigir à categoria de bem jurídico valores concretos que impliquem na efetiva proteção da pessoa humana ou que tornem possível, ou assegurem sua participação nos destinos democráticos do Estado e da vida social.

Dessarte, a intervenção penal deve ser pautada em condutas que sejam, apenas concretas, ou seja, de clara relevância social, sob pena de violação dos valores da carta constitucional de 1988.

2.3 Princípio da Ofensividade

O princípio da ofensividade está vinculado ao interesse do Direito Penal nas situações que ocorrem no mundo do "ser", pautando que, para ser considerada relevante é preciso existir uma ação ou omissão, para efetivar concretamente a lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos protegidos pelo legislador. Assim, ensina Bitencourt (2018, p. 85):

Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado.

Desta feita, àquelas condutas que ao menos não levam perigos concretos aos bens jurídicos protegidos, devem ser renegadas.

2.4 Princípio da Alteridade

O princípio da alteridade surge, por meio do pressuposto de que o Direito Penal não interfere nas condutas, que mesmo reprovadas pela sociedade, não chegam a atingir o bem jurídico de outros. Nesse sentido, leciona Nilo Batista (apud, CAPEZ, 2018, p. 78):

Tal princípio foi desenvolvido por Claus Roxin, segundo o qual só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não seja simplesmente pecaminoso ou imoral. À conduta puramente interna, ou puramente individual – seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente –, falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal.

Portanto, devido ao referido Princípio o suicídio e autolesões não são condutas elencadas como crime.

2.5 Princípio da Adequação Social

O Princípio da Adequação Social, concebido por Hans Welzel, preconiza que não se pode considerar criminosa uma conduta que é aceita pela sociedade. Tal Princípio, levado em consideração a um caso concreto, pode constituir causa supralegal de exclusão da tipicidade. Assim, entendeu o Superior Tribunal de Justiça:

É incabível a aplicação do princípio da adequação social, segundo o qual, dada a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal, não se pode reputar como criminosa uma ação ou omissão aceita e tolerada pela sociedade, ainda que formalmente subsumida a um tipo pela incriminador. (STJ: RHC 60.611/DF, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, j. 15.09.2015).

Dessa forma, devido ao referido princípio, não será considerado crime o fato de uma mãe furar a orelha de sua filha para colocação de brinco. Pois tal conduta não é socialmente reprovada.

2.6 Princípio da Intervenção Mínima

Inicialmente, cabe destacar que, o Direito Penal deverá ser usado estritamente quando necessário. Deixando, dessa forma, condicionado sua utilização quando, às outras esferas de controle social falharem. À vista disso, que o legislador entendeu a importância do referido Princípio. Uma vez que, segundo o qual, o Direito Penal só deverá ser utilizado em *ultima ratio*. É nesse sentido, que aduz Heleno Cláudio Fragoso (2003, p. 05) :

Desde logo se deve excluir do sistema penal a chamada criminalidade de bagatela e os fatos puníveis que se situam puramente na ordem moral. A intervenção punitiva só se legitima para assegurar a ordem externa. A incriminação só se justifica quando está em causa um bem ou valor social importante. Não é mais possível admitir incriminações que resultem de certa concepção moral da vida, de validade geral duvidosa, sustentada pelos que têm o poder de fazer a lei. Orienta-se o Direito Penal de nosso tempo no sentido de uma nova humanização, fruto de larga experiência negativa.

Nesse sentido, o Princípio da Intervenção Mínima se divide em dois outros princípios, Princípio da Fragmentariedade e o Princípio da Subsidiariedade, os quais serão objeto de estudo à frente.

2.7 Princípio da Fragmentariedade

O Princípio da Fragmentariedade faz ilação ao Princípio da Intervenção Mínima, assim, põe em evidência que o Direito penal não abarca, ou se importa, com a proteção de todos os bens jurídicos, mas tão somente, apenas, uma parte deles. Assim leciona Masson (2017, p. 54) :

Portanto, o Direito Penal preocupa-se unicamente com alguns comportamentos (“fragmentos”) contrários ao ordenamento jurídico, tutelando somente os bens jurídicos mais importantes à manutenção e ao desenvolvimento do indivíduo e da coletividade.

Em conclusão, a palavra “fragmentariedade” emana de “fragmento”: no universo da ilicitude, somente alguns blocos, alguns poucos fragmentos constituem-se em ilícitos penais. Pensemos em uma visão noturna: o céu representaria a ilicitude em geral; as estrelas seriam os ilícitos penais.

Em suma, nem todos ilícitos acontecidos em nosso sistema jurídico serão de relevância para o Direito Penal, entretanto, se forem pertinentes para este ramo, serão considerados ilícitos para os outros ramos do nosso Ordenamento Jurídico.

2.8 Princípio da Subsidiariedade

Desde 1830, o Código Criminal, hoje, chamado de Código Penal, traz a ideia de um instrumento de controle social repressivo e punitivo. Assim, deverá ser utilizado naqueles casos em que os outros meios de controle social não são suficientes para proteção dos bens jurídicos tutelados pelo Ordenamento Pátrio. Nesse sentido, Mir Puig (apud Masson, 2017, p. 55), aduz que:

O Direito Penal deixa de ser necessário para proteger a sociedade quando isto se pode conseguir por outros meios, que serão preferíveis enquanto sejam menos lesivos para os direitos individuais. Trata-se de uma exigência de economia social coerente com a lógica do Estado Social, que deve buscar o maior bem social com o menor custo social. O princípio da “máxima utilidade possível” para os delinquentes. Ele conduz a uma fundamentação utilitarista do Direito Penal no tendente à maior prevenção possível, senão ao mínimo de prevenção imprescindível. Entra em jogo assim o “princípio da subsidiariedade”, segunda o qual o Direito Penal há de ser a *ultima ratio*, o último recurso a utilizar à falta de outros menos lesivos.

Desse modo, a interferência pelo Direito Penal ficará condicionada a falha das outras áreas de controle social, ou seja, em casos de grande relevância e necessidade de proteção aos bens jurídicos.

2.9 Princípio da Proporcionalidade

Preliminarmente, o referido Princípio Constitucional é considerado pela Doutrina, um desdobramento lógico do Princípio da Individualização da pena. Embora encontra-se assento Constitucional em nosso Ordenamento Pátrio, no artigo 5º, XLII, XLIII, XLIV, XLVI, tal Princípio não foi considerado de forma expressa na aludida Carta Constitucional. Nesse sentido, Franco (*apud* GRECO, 2017, p. 155) leciona sobre o Princípio em comento:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionada ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).

Assim, o Princípio da Proporcionalidade, constitui-se como espécie de proteção ao excesso. Visando estabelecer, a não utilização de penas desnecessárias e também, por

outro lado, restringindo que as punições não sejam abaixo do cabível em cada caso concreto.

3 DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da Insignificância é oriundo do Direito Romano, e foi reinserido no Sistema Penal por Claus Roxin no ano de 1964. Assim, possui como brocardo *minimis non curat praetor*, ou seja, quando a lesão é insignificante, não há necessidade de aplicação de uma pena. Desta feita, é de se observar, que o Direito Penal pátrio, não deverá se preocupar com bagatelas, bem como não se deve admitir ou autorizar, a criação de tipos penais incapazes de gerar dano a bens tutelados. Nesse sentido, orienta Bitencourt (2018, p. 81-82):

O princípio da insignificância foi cunhado pela primeira vez por Claus Roxin em 1964, que voltou a repeti-lo em sua obra *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, partindo do velho adágio latino *minima non curat praetor*. A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, que Klaus Tiedemann chamou de princípio de bagatela, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.

Malgrado, o referido Princípio foi introduzido a certo tempo na dogmática penal, sua aplicabilidade, encontra-se presente nos dias atuais, e possui relevância para tutela dos direitos e garantias fundamentais.

3.1 Do Conceito e Requisitos

Como explanado anteriormente, o Princípio da Insignificância é oriundo da Fragmentariedade do Direito Penal e funciona como uma causa de exclusão da tipicidade material. Logo, a tipicidade penal é dividida em tipicidade formal e material. Assim, com a aplicação do aludido Princípio, acarretará a incidência da tipicidade formal, qual seja, a conduta cometida pelo agente e o modelo descrito na norma em abstrato; desta feita, a tipicidade material, é a conduta praticada que representa uma relevante lesão ou perigo de lesão a certo bem jurídico tutelado. Sendo assim, será excluída aquela conduta que não

opera a existência da tipicidade material. Sendo assim, assevera Rogério Sanches Cunha (2021, p. 85):

O legislador, ao tratar da incriminação de determinados fatos, ainda que norteados por preceitos que limitam a atuação do Direito Penal, não pode prevê todas as situações em que a ofensa ao bem jurídico tutelado dispensa a aplicação de reprimenda em razão de sua insignificância. Assim, sobre o aspecto hermenêutico, o princípio da insignificância pode ser entendido como um instrumento de interpretação restritiva do tipo penal. Sendo formalmente típica a conduta e relevante a lesão, aplica-se a norma penal, ao passo que, havendo somente a subsunção legal, desacompanhada da tipicidade material, deve ela ser afastada, pois que estará o fato atingido pela atipicidade.

Para que seja reconhecido o Princípio da Insignificância é necessário uma análise em cada caso concreto. Visando assim, analisar os requisitos objetivos em relação a vítima e o agente.

Na visão da jurisprudência, os requisitos considerados objetivos, são 4, quais sejam, a Mínima ofensividade da conduta, nenhuma de periculosidade social da ação, Reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a Inexpressividade da lesão jurídica causada. Nesse sentido a jurisprudência:

O Plenário aduziu ser necessário ter presentes as consequências jurídicas e sociais que decorrem do juízo de atipicidade resultante da aplicação do princípio da insignificância. Negar a tipicidade significaria afirmar que, do ponto de vista penal, as condutas seriam lícitas. Além disso, a alternativa de reparação civil da vítima seria possibilidade meramente formal e inviável no mundo prático. Sendo assim, a conduta não seria apenas penalmente lícita, mas imune a qualquer espécie de repressão. Isso estaria em descompasso com o conceito social de justiça, visto que as condutas em questão, embora pudessem ser penalmente irrelevantes, não seriam aceitáveis socialmente. Ante a inação estatal, poder-se-ia chegar à lamentável consequência da justiça privada. Assim, a pretexto de favorecer o agente, a imunização de sua conduta pelo Estado o deixaria exposto a uma situação com repercussões imprevisíveis e mais graves. Desse modo, a aferição da insignificância como requisito negativo da tipicidade, mormente em se tratando de crimes contra o patrimônio envolveria juízo muito mais abrangente do que a simples expressão do resultado da conduta. Importaria investigar o desvaler da ação

criminosa em seu sentido amplo, traduzido pela ausência de periculosidade social, pela mínima ofensividade e pela ausência de reprovabilidade, de modo a impedir que, a pretexto da insignificância do resultado meramente material, acabasse desvirtuado o objetivo do legislador quando formulada a tipificação legal. Aliás, as hipóteses de irrelevância penal não teriam passado despercebidas pela lei, que conteria dispositivos a contemplar a mitigação da pena ou da persecução penal. Para se conduzir à atipicidade da conduta, portanto, seria necessário ir além da irrelevância penal prevista em lei. Seria indispensável averiguar o significado social da ação, a adequação da conduta, a fim de que a finalidade da lei fosse alcançada" (HC 123108/MG, Plenário, DJe 17 /08/2015).

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça entendem que, para a configuração do delito de bagatela, devem estar presentes, de forma concomitante, os seguintes requisitos: a) conduta minimamente ofensiva; b) ausência de periculosidade do agente; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) lesão jurídica inexpressiva" (HC AgRg no REsp 1388342, Quinta Turma, DJe 10/09/2013).

Além do mais, os requisitos subjetivos são divididos em dois aspectos, as Condições Pessoais do Agente, dividido na reincidência e o criminoso habitual; e as Condições da Víctima, do valor do objeto material, no aspecto econômico e intelectual, as circunstâncias que ocorreu o crime e o resultado da lesão causada.

Nesse diapasão, a jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre aplicação do princípio da insignificância em réu não primário:

EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE RECEPÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REPROVABILIDADE E OFENSIVIDADE DA CONDUTA DO AGENTE. REITERAÇÃO CRIMINOSA. ORDEM DENEGADA. I – A aplicação do princípio da insignificância 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 – No caso sob exame, a conduta do paciente não pode ser considerada minimamente ofensiva, pois, além de apresentar elevado grau de reprovabilidade, por ser contumaz na prática incriminada, verifica-se que ele é reincidente. III – Ademais, infere-se dos autos que o paciente dá mostras de fazer das práticas criminosas

o seu modus vivendi. IV – Na espécie, a aplicação do referido instituto poderia significar um verdadeiro estímulo à prática desses pequenos delitos, já bastante comuns nos dias atuais, o que contribuiria para aumentar, ainda mais, o clima de insegurança hoje vivido pela coletividade. V – Ordem denegada. (HC 120.489/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª turma, j. 10/12/13).

(...) Apesar de não configurar reincidência, a existência de outras ações penais ou inquéritos policiais em curso é suficiente para caracterizar a habitualidade delitiva e, conseqüentemente, afastar a incidência do princípio da insignificância. No caso, há comprovação da existência de outros inquéritos policiais em seu desfavor, inclusive da mesma atividade criminosa. (...) (AgRg no AREsp 332.960/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 22/10/2013).

(...) A reincidência específica é prognóstico de risco social, recaindo sobre a conduta do acusado elevado grau de reprovabilidade, o que impede a aplicação do princípio da insignificância. (...) (STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 487.623/ES, julgado em 18/06/2014).

(...) Sentenciados reincidentes na prática de crimes contra o patrimônio. Precedentes do STF no sentido de afastar a aplicação do princípio da insignificância aos acusados reincidentes ou de habitualidade delitiva comprovada. (...) (STF. 2ª Turma. HC 117083, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 25/02/2014).

3.2 Da Aplicação do Princípio da Insignificância no Crime de Furto

No ordenamento pátrio, a aplicação do Princípio da Insignificância encontra amparo, tão somente, na jurisprudência e na Doutrina. Assim, para que prospere tal aplicação, é preciso levar em consideração alguns requisitos, que foram trazidos pela Jurisprudência dos Tribunais Superiores. É nesse sentido, o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

1. O princípio da insignificância inside quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. A aplicação do Princípio deve, contudo, ser precedida de criteriosa análise de cada caso, a fim de evitar que sua adoção indiscriminada constitua verdadeiro incentivo à

prática de pequenos delitos (HC 142.200 AgR/MG, Primeira Turma, DJe 20/06/2017).

E ainda deverá ser observado, parâmetros como por exemplo, a relevância da lesão patrimonial. Tal valoração é feita de maneira subjetiva, existindo entendimento majoritário de que será cabível a aplicação do Princípio da Insignificância àquelas condutas que lesam em até 10% (dez por cento) do salário-mínimo vigente, ao tempo da infração penal. É nesse sentido, que explica o Superior Tribunal de Justiça:

Consoante já assentado pelo Supremo Tribunal Federal, a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC n. 84.412/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, DJU 19/4/2004). De maneira meramente indicativa e não vinculante, a jurisprudência desta corte, dentre outros critérios, aponta o parâmetro da décima parte do salário mínimo vigente ao tempo da infração penal, para aferição de relevância da lesão patrimonial (HC 389.537/AC, Quinta Turma, DJe 01/08/2017).

Não obstante, assentado em Jurisprudência, deverá também, ser levado em consideração, a contumácia e reincidência do agente na prática do delito de furto. Pois, o Princípio da Insignificância não deverá ser usado de forma irrestrita. Devendo o operador do Direito, avaliar minuciosamente, cada caso concreto. A fim de evitar, que o referido Princípio, seja usado como meio de proteção indiscriminada, incentivando assim pequenos delitos. É nesse sentido o entendimento do Supremo Tribunal de Federal:

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 determinates, devem ser considerados. 2. Por maioria, foram também acolhidos 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 do 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. 3. No caso concreto, a maioria entendeu por não aplicar o princípio da insignificância, reconhecendo, porém, a necessidade de abrandar o regime inicial de cumprimento de pena. 4. Ordem concedida de ofício, para alterar o semiaberto para aberto o regime inicial de cumprimento de pena imposta ao paciente (HC 123.108/MG, Tribunal Pleno, DJe 01/02/2016).

Imperioso ressaltar, que a análise do bem subtraído, não é tão somente do seu valor econômico, mas também da importância do bem para a vítima. Assim é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Vale ressaltar, que há informação nos autos de que o valor “subtraído representava todo o valor encontrado no caixa (fl.11), sendo fruto do trabalho do lesado que, passada a meia-noite, ainda mantinha o trailer aberto para garantir uma sobrevivência honesta. Portanto, de acordo com a conclusão objetiva do caso concreto, entendo que não houve inexpressividade da lesão jurídica provocada (RHC 96813, Segunda Turma, DJe 24/04/2009).

Nesse sentido, fica evidenciado, que a aplicação do Princípio da Insignificância decorre de uma análise crítica, na qual é observado que o delito ali perpetrado, não é relevante para o Ordenamento Pátrio. Assim, o Direito Penal deverá cuidar apenas das piores mazelas da sociedade, levando em consideração o Princípio da Proporcionalidade e Fragmentariedade.

3.3 Da Valoração do Princípio da Insignificância Pela Autoridade Policial

Em atenção ao disposto no artigo art.2º, §1º da lei 12.830/13 e art.3º da aludida lei, entende-se que a definição de Autoridade Policial é atribuída ao cargo de delegado de polícia, privativo de bacharel em direito, de natureza jurídica, cuja função será o exercício de polícia judiciária e apuração de infrações penais. Assim, Norberto Avena acrescenta em seu magistério (2017, p. 123):

Acerca da polícia judiciária, também tratou o art. 4.º do Código de Processo Penal, estabelecendo que será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições, incumbindo-lhe a atividade destinada à apuração das infrações penais e da sua autoria. Mais tarde, dispôs o art. 2.º da Lei 12.830/2013 que “as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado”. A relevância desta normatização é notória, pois encerra a discussão acerca do caráter jurídico ou não

das funções desempenhadas pelo Delegado de Polícia, fulminando o entendimento que, a partir de interpretação literal do art. 144 da Constituição Federal, sustentava não serem jurídicas tais funções, mas tão somente atividades de segurança pública. Agiu corretamente o legislador ao assim estabelecer. Afinal, os atos que compreendem a investigação criminal, direta ou indiretamente, são praticados com supedâneo em diplomas que inserem regras jurídicas, como é o caso do Código de Processo Penal. Além disso, em determinadas hipóteses, a atuação do delegado condiciona-se a prévio pronunciamento judicial, a exemplo da busca e apreensão domiciliar, da quebra do sigilo telefônico, bancário e fiscal, da apuração da sanidade mental do investigado, da decretação da prisão temporária etc. A tudo isso, acrescente-se o fato de que, nos termos do art. 3.º da Lei 12.830/2013, o cargo de delegado de polícia é privativo de bacharel em Direito, devendo-se a ele dispensar o mesmo tratamento protocolar conferido aos magistrados, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública e aos advogados.

Nesse diapasão e, com fulcro na lei 12.830/13 a discussão acerca da natureza jurídica do cargo de delegado de polícia tornou-se sem efeitos, pois o artigo 2º da aludida lei, confirmou a natureza jurídica do cargo, restando óbvio que as atividades da autoridade policial, não são de cunho meramente administrativo, mas processual, assim diante do caso concreto exposto fará uma análise técnico jurídica, não se limitando a avaliar a presença de indícios e materialidade, mas também dos elementos que compõe a infração penal, circunstâncias, presença de qualificadoras, causas de aumento ou diminuição de pena, dentre outras.

Em concomitância com o exposto, a instauração de um inquérito policial em desfavor de qualquer indivíduo gera inúmeras consequências, diante disso, é necessário que a persecução só ocorra devido a motivos legais, e se houver justa causa. Nesse sentido, é o entendimento de Renato Brasileiro sobre o tema (2017, p. 179):

A instauração de um inquérito policial contra pessoa determinada traz consigo inegável constrangimento. Esse constrangimento, todavia, pode ser tido como legal, caso o fato sob investigação seja formal e materialmente típico, cuide-se de crime cuja punibilidade não esteja extinta, havendo indícios de envolvimento dessa pessoa na prática delituosa. Em tais casos, deve a investigação prosseguir. Todavia, verificando-se que a instauração do inquérito policial é manifestamente abusiva, o constrangimento causado pelas investigações deve ser tido como ilegal, afigurando-se possível o

trancamento do inquérito policial, objeto de nosso estudo neste tópico.

Nesse arresto de questões, é claro e objetivo que tal discussão é proveniente de imbróglios na política institucional, em face de uma ilusória hierarquia entre as instituições. Entretanto, é notório que o ordenamento jurídico brasileiro é regido por um sistema acusatório, com a clara separação das funções, e ainda, o Parquet não fica vinculado ao entendimento da Autoridade Policial, assim explana Machado (2019):

É importante ressaltar que a prerrogativa (ou dever-poder) do delegado de polícia em concluir, de maneira fundamentada, pela atipicidade do fato por ausência de expressividade da lesão ao bem jurídico protegido em nada impede que o titular do direito de ação, divergindo do entendimento firmado pela autoridade policial, resolva apresentar em juízo pretensão acusatória naquele caso concreto. É sabido que não existe qualquer vinculação na espécie. Contudo, é necessário respeitar sempre a autonomia valorativa de cada um dos órgãos estatais que atuam no sistema de Justiça criminal (polícia judiciária, Ministério Público e magistratura). Mesmo porque inexiste hierarquia entre esses órgãos. Todos são carreiras jurídicas com assento constitucional. E, acima de tudo, deveriam todos empreender medidas para a redução do arbítrio punitivo.

Dessa forma, a atuação da autoridade policial é de suma importância para que, inicialmente seja respeitado o Princípio da Legalidade, como também a proteção dos direitos individuais dos indivíduos. Nesse diapasão, já se manifestou o Ministro Celso de Mello:

o delegado de polícia é o primeiro garantidor da legalidade e da Justiça” (STF, HC 84.548, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 21/06/2012).

Portanto, de acordo com os argumentos apresentados, embora exista posicionamentos controversos, vivemos em um Estado Democrático de Direito em que a Dignidade da Pessoa Humana é tida como valor jurídico a ser observado, além do mais todo indivíduo possui direitos fundamentais a serem respeitados. Assim, em consonância com as decisões das cortes Superiores, a posição mais correta, é de que cabe a Autoridade Policial a análise do Princípio da Insignificância em claro respeito ao Ordenamento Pátrio e a justa persecução criminal.

CONCLUSÃO

Após a aceitação da Constituição Federal de 1988, por meio de um Estado Democrático de Direito, os direitos e garantias fundamentais são positivados no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e nesse diapasão, a liberdade de qualquer ser humano é tida como fundamental em nossa sociedade.

Assim, no caso da ocorrência de uma conduta considerada criminosa, qual seja o crime de furto, deve a autoridade policial, observando o caso concreto e presentes os requisitos, aplicar o princípio da insignificância. Evitando assim, todo embaraço processual para aquele indivíduo.

É nesse sentido, que o Princípio da Insignificância torna-se necessário em nosso ordenamento jurídico, para evitar assim a instauração de uma investigação criminal ou um processo penal temerário, assegurando a liberdade do inocente.

Dessa forma, o Delegado de Polícia, tem como poder-dever, reconhecendo a ocorrência de violações aos direitos fundamentais dos indivíduos, assegurar ou não deve levar a diante a persecução penal de forma temerária, agindo como a primeira autoridade a resguardar os direitos fundamentais.

Portanto, em conformidade com a Doutrina atual, reafirma-se o entendimento pela possibilidade da Autoridade Policial, analisando cada caso concreto, de forma jurídica, a aplicar o Princípio da Insignificância diante de casos de evidente atipicidade material, por meio de decisão fundamentada, e em consonância com os

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto **Tratado de direito penal: parte geral** 1.24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado: parte geral**- vol.1-11ª. Ed. Rev. Atual. e Ampl- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral (arts 1º ao 120) /** Rogério Sanches Cunha – 10. Ed. Ver, ampl. e atual – São Paulo: JusPODIVM, 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral (arts.1º ao 120) - 4ª** ed. rev., ampl, e atual.- Salvador: JusPODIVM, 2016.

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

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1, parte geral.**22.ed.-São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Comentários à Lei 12.830/2013, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida por Delegado de Polícia. Disponível em:
<https://www.dizerodireito.com.br/2013/06/comentarios-lei-128302013-investigacao.html>.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**-9ªed.rev. e atual- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo penal**; volume único-5ª ed.rev.ampl e atual.-Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

Lima, Renato Brasileira de. **Legislação Criminal Especial Comentada**: volume único-4ª ed.rev.atual.e ampl. -Salvador:JusPODIVM, 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

https://www.conjur.com.br/2015-ago-18/academia-policia-delegado-aplicar-principio-insignificancia#_ftnref24.

<https://www.conjur.com.br/2015-jul-14/academia-policia-missao-policia-judiciaria-buscar-verdade-garantir-direitos-fundamentais>.

ASPECTOS DA RESSOCIALIZAÇÃO DO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI PELA APLICABILIDADE DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DIANTE O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE

JADSON DE OLIVEIRA FONSÊCA:
Bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário Católica do Tocantins –
UNICATOLICA

VALDIRENE CÁSSIA DA SILVA¹⁰⁵

WELLINGTON GOMES MIRANDA¹⁰⁶

(orientadores)

RESUMO: Este estudo objetivou em elucidar os nuances dentre a atuação judicial, visto isso observa-se responsabilização infracional se torna aplicável apenas a indivíduos de doze anos completos a dezoito anos incompletos, conforme denominação dada pelo ECA aos adolescentes, a execução competirá a persona que cometa prática de crime, infração penal, entre demais atos ilícitos previstos por legislação especial, não sendo cabível nesses casos a responsabilização penal, em razão da sua inimputabilidade, contudo, apenas a prática desses atos lhe torna passível de o cumprimento das medidas socioeducativas. Concernente a doutrina da proteção integral o mecanismo das medidas socioeducativas é que promovam a reinserção social do adolescente e na sua garantia de direitos. dentre as seis medidas socioeducativas existentes, ambas possuem caráter pedagógico para auxiliar o crescimento. Por fim torna-se claro que o objetivo de todo o trâmite se encontra pautado na reinserção e ajustamento social e a integração à família, desta maneira estimula a correção nos moldes de crescimento de um jovem prestes a ser um adulto com plenas capacidades a se integrar numa sociedade.

Palavras-chave: Responsabilização infracional, Ressocialização do adolescente em conflito com a lei, Medidas socioeducativas

105 Doutora e Mestre em Educação pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Comunicação, Estratégias e linguagens. Graduada em Comunicação Social, habilitação em Relações Públicas. Atualmente professora titular do Centro Universitário Católica do Tocantins - UniCatólica. Membro do Programa de Pós-graduação em Ensino de Ciências e Saúde, da Universidade Federal do Tocantins-Brasil

106 Mestre em prestação jurisdicional em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Escola da Magistratura Tocantinense (ESMAT) e Universidade Federal do Tocantins. Analista Jurídico do Ministério Público do Estado do Tocantins, especialista em Direito do Trabalho pelo Instituto Processus/DF, em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela ESMAT.

ABSTRACT: This study aimed to elucidate the nuances of the judicial action, since it is observed that infraction albeit is applicable only to individuals from twelve years complete to eighteen years incomplete, denomination given by the ECA to adolescents, the execution will compete persona who commits the practice of crime, criminal offense, among other illegal acts provided for by special legislation, criminal liability, due to its imputability, however, is not appropriate in such cases, but only the practice of these acts makes it liable to comply with the socio-educational aspects. Regarding the doctrine of integral protection, the mechanism of socio-educational measures is that they promote the social reintegration of adolescents and their guarantee of rights. Finally, it is clear that the goal of the whole process is based on social insertion and adjustment and integration into the family, in this way stimulates the correction in the ways of growth of a young person about to be an adult with full capacities to integrate into a society.

Keywords: Infractional accountability, Resocialization of adolescents in conflict with the law, Socio-educational measures

Sumário: 1. Introdução. 2. Procedimento e processamento de apuração de ato infracional: 2.1. Investigação da conduta infracional; 2.2. Responsabilização judicial atribuída ao adolescente; 2.3. Execução de medida. 3. Autuação do poder judiciário; 3.1. Direitos individuais e garantias processuais; 3.2. Remissão; 3.3. Representação. 4. Medidas socioeducativas; 4.1. Advertência; 4.2. Obrigação de reparar o dano; 4.3. Prestação de serviços à comunidade; 4.4. Liberdade assistida; 4.5. Semiliberdade; 4.6. Internação; 4.6.1. Internação-sansão; 4.6.2. Internação provisória. 5. Princípio do melhor interesse; 5.1. Pena contra medida socioeducativa; 5.1.1. Unidades apropriadas; 5.1.2. Limite excepcional de vinte e um anos estatutário; 5.1.3. Alcance pedagógico. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), surgiu como resposta do Congresso Nacional a toda mobilização internacional que dava luz aos direitos e deveres a serem dispostos aos indivíduos na passagem até a plena vida adulta, as crianças e adolescentes. Com esta legislação foi disposta um conjunto de regras a serem aplicadas visando principalmente proteger estes indivíduos, contudo, também estabelecem sanções a serem aplicadas aos indivíduos descumpridores da lei.

Com o passar de décadas a visão de toda uma sociedade altera, toda uma geração cresce, todos hábitos e costumes mudam com a esta passagem de tempo. Com tantas mudanças sociais, há aqueles cidadãos que questionam se a proteção integral doutrinada por um estatuto é eficaz até hoje, estes chegam ainda a alegar que garantias especiais dispostas aos adolescentes são meramente embromação, insinuando que a falta de responsabilização penal igualmente aplicada aos imputáveis geram demasiada liberdade

aos adolescentes a infringirem a lei sem medo, propondo assim alteração ao artigo 228 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tencionando desta forma a tão discutida redução da maioria penal.

Resta inteirar-se acerca os trâmites desta seara a fim de desmistificar todos os requisitos e objetivos inerentes a responsabilização infracional e suas medidas socioeducativas disponíveis, bem como, explorar toda matéria de responsabilização infracional afim de convencer o leitor sob a importância do Princípio da Proteção Integral aos adolescentes em conflito com a lei.

A escolha da matéria adveio do exercício jurídico do pesquisador como servidor estagiário perante ao Juizado da Infância e Juventude em Palmas-TO. Diante desta experiência, este observou-se que os adolescentes em conflito com a lei, passam por uma série de etapas para sua responsabilização e reeducação.

Com intuito informatizar, a presente pesquisa tem foco inicial em ir de confronto com o ideal leigo de impunidade do adolescente infrator, o qual alegam “que não há aplicação de justiça aos menores infratores”, ponderando desta forma estes desconhecem o objetivo reeducativo das medidas socioeducativas.

A presente, contribui ainda para a compreensão da doutrina de proteção integral e suas garantias dispostas aos adolescentes em conflito com a lei, com foco de privilegiar a educação, além de o auxilia-lo socialmente, retira-lo do contexto social irregular e prepará-lo para a vida comum sem que haja resquícios de condutas reprováveis e antissociais.

Com a chegada da Constituição Federal promulgada em 1988, denominada como a Constituição Cidadã, vimos muitos direitos ao indivíduo surgirem, especialmente o direito à dignidade da pessoa humana, que está disposto no inc. III do art. 1º de nossa Magna Carta. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana teve papel primordial na instituição de um estatuto que viria a privilegiar e resguardar os direitos da criança e do adolescente (BRASIL, 1988).

Apesar de todo o movimento em torno da CRFB/88, não foi necessariamente a mesma que fomentou a legislação especial de cuidados ao indivíduo em crescimento. Os fatores que acabaram por culminar ordenamento em prol dos adolescentes, estão entrelaçados tanto em características históricas nacionais, de modo constituindo a lei maior o art. 227, este que em suma incumbe a família, sociedade, e ao Estado a prioridade absoluta no amparo de seus direitos e interesses (BRASIL, 1988), quanto, características históricas internacionais, estimulada pela Declaração Universal dos Direitos da Criança, além da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, está assinada pelo Brasil em 02 de setembro do ano de 1990 (BRASIL, 1990b).

Somente em 13 de julho de 1990, fora proclamada aos ouvidos de toda a nação, a legislação que faria amparo à nova geração, está alcunhada como o “futuro do país”. A lei nº 8.069/90 nascera, com propósito fundamental de proteção integral de seus tutelados, que por sinal assemelha-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, e para isso o Estado tinha um papel crucial, sob poder do interesse de agir, proteger e preservar os direitos fundamentais infantojuvenis.

Com uso da doutrina de proteção integral, a redação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), traz em peso seus princípios orientadores: Prioridade Absoluta, Melhor Interesse e de Municipalização. Com funções homônimas, ambos trazem maior segurança em meios às demandas de infância e juventude, entregando ao Estado encargo de priorizar o atendimento, dever de auxiliar e realçar melhores formações ao indivíduo necessitado.

Tendo em vista toda a matéria protetiva estabelecida pelo ECA, notoriamente a responsabilização do adolescente não ficaria de fora, por esta razão o estatuto prevê ao art. 112, medidas socioeducativas como forma de sanção do Estado, semelhante ao que acontece na esfera criminal, contudo, com a doutrina basilar do ECA, a proposta aqui tem intuito de resguardar seus tutelados, logo, o Poder Judiciário impõe a medida com intuito de ressocializar adolescentes, reestruturar vínculos familiares, proporcionar tratamento especializado a substância psicotrópica, se existente, além ofertar valores ao indivíduo como fator pedagógico, entre outros objetivos evolutivos (BRASIL, 1990a).

Com este alicerce, ao vislumbrarmos a sociedade palmense podemos identificar a existência de práticas infracionais, como em qualquer cidade populosa. Se há adolescentes em conflito com a lei, logo haverá um ente familiar prejudicado, um Estado preocupado em adequar esse jovem e entidades trabalhando para promover determinada ressocialização. Com base na tutela jurídica dada pelo ECA aos adolescentes infratores, de que modo o Poder Judiciário atua na aplicação de medidas socioeducativas, tendo em vista o princípio do melhor interesse?

A metodologia se faz primordial a obtenção de informações indispensáveis acerca do problema, para que este seja passível de resposta, bem como uma confirmação ou ainda uma negação das hipóteses.

Com foco em investigar todos os aspectos inerentes a responsabilização do adolescente em conflito com a lei, esta pesquisa possui característica descritiva. Neste sentido, a presente tem como finalidade inquirir materiais socioeducativos que narram o cumprimento de medida socioeducativa, especialmente a atuação do Poder Judiciário na aplicação de medidas ao avaliar todos os requisitos expressos em lei e características inerentes aos adolescentes e seus atos.

Nesse contexto, a pesquisa possui atuação com o foco na abordagem qualitativa de amostragem não probabilística intencional.

Em conformidade com o objetivo desta pesquisa, deve-se respaldar a presente sob o seguinte método de coleta de dados. Preliminarmente revisar perante ao banco literário reservado à seara infanto-juvenil, ainda mais no que se tange às definições predefinidas sobre: Adolescentes em conflito com a lei; Medidas socioeducativas; Responsabilidade infracional; e Princípio do melhor interesse. Possibilitando a fim de desmistificar o procedimento de responsabilização juvenil.

Após considerações, deve-se organizar com manuais e orientações sobre as ferramentas disponíveis nas unidades socioeducativas na hora de exercer o acompanhamento do adolescente apenado, bem como os encargos essenciais para se praticar uma correta aplicação de medida socioeducativa, além de experiências e particularidades desta dinâmica.

Por último, confeccionar uma pesquisa com foco basilar na descrição das garantias e objetivos presentes na seara infracional em contraponto com a ação punitiva da seara criminal, fundamentando assim o objetivo de identificar a atuação do judiciário em razão a responsabilização infracional ao adolescente em conflito com a lei, ressaltando, ainda mais, com base ao Princípio do Melhor Interesse, como um dos três princípios norteadores do Estatuto da Criança e do Adolescentes – ECA.

2. PROCEDIMENTO E PROCESSAMENTO DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL

2.1. Investigação da conduta infracional

Como é perceptível, a prática de atos ilícitos é publicamente repudiada além de serem legalmente sancionáveis, isso pois o interesse de se manter resguardado uma vida digna e pacífica é direito de cada cidadão em sua individualidade, quanto mais a uma sociedade plena e ao Estado de Direito.

Tendo isso em mente, certamente a resposta do Estado para os jovens não seria diferente, claro que com suas ressalvas. O ato infracional se denomina toda a ação ilícita praticada por um adolescente. Por definição já fora demonstrado que o ato infracional se trata de conduta ilegal descrita como crime ou contravenção penal, além de que o adolescente imputado dessa conduta será sujeito à imposição de medidas socioeducativas e/ou protetivas (BANDEIRA, 2006).

Anteriormente tratado, o ato infracional é restrito ao jovem em desenvolvimento, nesse sentido, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 2º esclarece que adolescente é aquele indivíduo entre 12 anos completos até os 18 anos incompletos

(BRASIL, 1990a), esse indivíduo em crescimento precisa de certo acompanhamento especial, que visam sua formação e integração social a uma sociedade plena.

Como já apontado a atribuição de ato infracional recai ao adolescente que empreende conduta reprovável e antijurídica, sendo passível dessa forma representação oferecida pelo Ministério Público, em face do adolescente praticou ato infracional, desta maneira compete na resposta do Estado sancionador como resposta (SARAIVA, 2013).

Antes de qualquer denominação dada a estes adolescentes infratores, é necessário enfatizar que estes são indivíduos com necessidades e conflitos, comuns para com sua fase de crescimento. Então não seria estranho ver um adolescente se sentir abalado a ponto de exercer uma ação desvirtuada, como meio de se adequar.

Entendendo que o sujeito em desenvolvimento esta suscetível a atritos pessoais e interpessoais, bem como a passar pela fase na qual este começa a formar opinião e consciência própria, estruturar sua identidade, além de formular um concreto projeto de vida.

Assim que entendermos por completo o intuito do ECA em instituir responsabilização especial para os adolescentes que agem de forma inconsequente e ilícita, captamos a intenção de recolher estes adolescentes com fragilidades e os atribuí-los medidas pedagógicas, os acompanhando e promovendo suas reabilitações.

Como meio de apurar os delitos cometidos por adolescentes, o ato infracional será investigado por uma autoridade policial especializada, nesse contexto é que surge a Delegacia Especializada da Criança e do Adolescente, unidade essencial para diligenciar e investigar atos envolvendo os tutelados pelo ECA, seja quando estiver situada na parte de vítima ou investigada, com fundamento ao art. 172, parágrafo único, há menção sobre a existência da autoridade policial especializada (BRASIL, 1990a).

Ainda nesse entendimento, de acordo com o apresentado pelo Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente – Brasil (2004, p. 126), as entidades municipais se adequarão conforme com recursos disponíveis na em cada circunscrição, formando assim autoridades policiais especializadas a atuar em casos de adolescentes configurados como autores de atos infracionais, diante isto, destaca-se: “Os CMDCA's deverão indicar ao Conselho Estadual a necessidade de criação de Delegacias Especializadas na apuração de ato infracional por adolescentes.”

A cada transgressão denunciada que mencionar sujeito entre 12 anos e 18 incompletos será devidamente encaminhada ao DECA, que atuará o respectivo inquérito policial, se diferenciando entre o costumeiro boletim de ocorrência circunstanciado e a apreensão em flagrante do adolescente, o primeiro por não haver urgência é remetido ao

Ministério Público após a conclusão do procedimento, demonstrado pelo parágrafo único do art. 173, por sequência, o flagrante por haver necessidade de avaliação deve ser encaminhado imediatamente ao Ministério Público, este procedimento está expressamente estabelecido ao art. 173, caput, bem como art. 175 do mesmo estatuto, para este com a oitiva do infante manifestar-se favorável ou não pela internação do investigado, seguindo o pedido deverá ser remetido ao juízo especializado no mesmo dia, devendo o magistrado analisar os elementos inerentes ao ato infracional, por fim optando pela aplicação ou não da internação provisória a ser aplicada antes da sentença, está só será cabível se fundada em indícios suficientes de autoria, materialidade, além de demonstrar imprescindível necessidade, conforme estabelece o art. 108, em seu único parágrafo (BRASIL, 1990a).

Especialmente a medida de internação provisória possui característica constritiva de medida cautelar, devendo ser aplicada por decisão bem fundamentada, está tem como objetivo de retirar o sujeito temporariamente do convívio social que está inserido, bem como resguardar sua integridade física, neste sentido o mesmo será encaminhado a unidade especializada a cumprir a medida. Entretanto, a internação provisória exige cautela, a medida preventiva tem prazo máximo de 45 dias, estabelecido em lei, art. 108, este prazo é mais que suficiente para apuração ao ato e julgamento da ação, contudo, se por alguma razão o não fizer, o interno deverá ser posto em liberdade com o fim do prazo (BRASIL, 1990a).

Importante recapitular, o Estatuto da Criança e do Adolescente traz a ideologia de proteção integral de seus tutelados, por esta razão as atribuições de atos infracionais pelos ditos adolescentes em conflito com a lei dispõem aos adolescentes procedimentos e medidas próximos ao que ocorre na instância criminal, entretanto, aqui a ação tem objetivo de preservar o adolescente. Ainda assim, há certa mistificação em sua responsabilização, sendo esta evidenciada: "A atribuição da autoria do ato infracional gera frequentemente a desqualificação dos adolescentes, como se estes deixassem de ser sujeitos de direitos e perdessem o estatuto de cidadania, levando-os à condição de assujeitamento, coisificação" (PRESTES, 2014, p. 130).

Em suma, a objetivação aqui relacionada se empenha nas diligências relacionadas na realização de um procedimento investigativo apropriado para apurar qualquer ato ilícito típico cuja um adolescente esteja figurando como autor.

Algumas dessas várias características especiais inerentes ao cunho protetor do ECA são desprivilegiadas, o fato dos adolescentes reterem diversas garantias a mais que a seara criminal está vinculado diretamente com seu desenvolvimento como indivíduo, tais fatores de nada tem a ver com a crença de impunidade.

Destarte, após toda a conclusão do presente procedimento investigativo, este documento estará disponível para o representante do Ministério Público que manifestará o que lhe entender como necessário para se garantir a lei, sendo possível a apresentação perante juízo a representação em desfavor do adolescente infrator.

2.2. Responsabilização judicial atribuída ao adolescente

Como mencionado anteriormente, a responsabilização infracional é restrita ao adolescente, por qualquer ação, se uma criança vier a cometer conduta delitiva, a ela não se atribuirá ato infracional, conseqüentemente, esta não será responsabilizada por infração podendo ser imposta medida socioeducativa. Em caso específico, a esta criança será aplicada medida protetiva, com intenção de acautelar-se, e, acompanhá-la em suas relações familiares, salientando assim, ao art. 3º, item 1 da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 (BRASIL, 1990b), todas as medidas concernentes às crianças terão consideração primordial dos interesses superiores dela, logo, os interesses seriam resguardados igualmente ao adolescente. Cabe frisar-se ainda a similaridade deste princípio com o da dignidade humana.

Portanto, após atribuído ato infracional ao adolescente, concluído o procedimento investigatório, caberá ao Ministério Público analisar todas as informações colhidas e apresentar em peça dirigida ao juízo especial, requisitando o que lhe convencer ser necessário como defensor e cumpridor da lei, seja o pedido de arquivamento dos procedimentos investigatórios, a remissão do ato infracional do adolescente como forma de exclusão do processo, ou, representação do ato infracional, como abordado por (BANDEIRA, 2006).

Mais uma vez cabe comentar a similitude do fluxo processual infracional, ao criminal, a relação desta e de outras similaridades é bem explicativo, a base do infante penal é o criminal, com as ressalvas das garantias em razão do adolescente, que devem sempre ser igual ou maiores em comparativos ao adulto em razão a doutrina do ECA, nunca podendo ser menor ao comparativo com o adulto.

Tencionando isso, após avaliação do caso concreto, o Ministério Público agirá da melhor forma, analisando características inerentes ao ato infracional, como a existência ou não de antecedentes infracionais do investigado, após ser devidamente autuado por cartório judicial, tornando-se visível o cumprimento do art. 179 do código, esta prática em conjunto dispõe melhor atuação a se proceder, resguardando o interesse na ressocialização (BRASIL, 1990a).

Em tese sobre o assunto, Batista (2013) ressalta, a responsabilização dos adolescentes autores de atos delituosos se inicia assim que alcançada a faixa etária dos doze anos, o que traria uma interpretação draconiana ao cotejar a nossa legislação com a

presente em outros países, tais quais aplica sua responsabilização com determinada faixa etária superior.

Vislumbrando o requisito etário para aplicação de uma resposta do Estado, podemos constatar seu interesse em resguardar o jovem, demonstrando assim, ao jovem todo o processo legal que passará ao se tornar totalmente capaz se não alterar sua postura diante a sociedade. Com isso caberá ao Estado atribuir uma ação que será capaz de processar e julgar o adolescente, sempre respeitando suas garantias.

Recapitulando, o Estado possui interesse legítimo de assegurar seus direitos, tanto quanto a própria família, este encargo possui origem ao instituído artigo 227 da Constituição Federal, onde inicialmente estabelece a proteção integral de toda criança e adolescente, o que recai ainda ao adolescente em conflito com a lei, pois o mesmo ao possuir atitudes antissociais não o desvia de ser possuidor de ter seu direito assegurado (BRASIL, 1988).

Ainda com a Lei Maior em mãos, devemos vislumbrarmos o artigo subsequente, nesse estabelece claramente que menores de dezoito anos são inimputáveis penalmente, estando estes sujeitos a normativa específica, sendo necessário uma ação tramitando em ente especializado que o julgue respeitando todas suas garantias.

Especificamente o processo de responsabilização ou apuração de ato infracional, como é conhecido judicialmente, se inicia após concluído os procedimentos investigatórios lavrados por delegacia especializada. Em sequência, todo este inquérito é encaminhado ao Ministério Público, de acordo ao demonstrado ao art. 176, esta entidade como cumpridora da lei decidirá entre representar judicialmente ou remirá o adolescente ao constatar práticas irrisórias perante a máquina judiciária, podendo ainda postular pelo arquivamento, ambas possibilidades de acordo aos incisos presentes ao art. 180 (BRASIL, 1990a).

Tais manifestações serão devidamente encaminhadas ao magistrado competente por dirimir estes processos, estando sob seu critério, receber o pedido de responsabilização, conhecido tecnicamente como representação, homologar a remissão pleiteada, arquivar o procedimento investigatório ou encaminhar ao Procurador Geral de Justiça para que represente o adolescente ou determine outro procurador para que o faça, conforme os art. 181 e 182 do ECA (BRASIL, 1890a).

Caso recebida a representação, inicia-se ação legal para julgar o ato do adolescente ora representado, dessa forma, até ser aplicada sentença, o adolescente aguardará uma série de etapas processuais para que as partes desmiucem totalmente o feito.

Asseverando que as medidas socioeducativas têm o objetivo de responsabilização do adolescente representado pela prática infracional, é necessário após cada caso concreto analisar a condição específica do indivíduo com formação de consciência, ainda mais quando incumbe ao Estado propiciar e garantir de integra as formas de cumprimento, bem como para seu julgamento. Como já fundado por:

Qualquer medida é necessária para sua aplicação, mas depende da verificação dos atos infracionais cometidos pelo menor, se faz necessário que o mesmo tenha cometido uma conduta típica, antijurídica e culpável, e que, a esta conduta não se aplique quaisquer das causas excludentes de ilicitude (PARENTE; TEODÓSIO; BARROS, 2019, p. 2).

Em síntese, toda ação esmiuçada tem como objeto a aplicação do Princípio do Devido Processo Legal, este que fora outorgado pelo art. 5º, LVI da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Aqui evidencia-se que nenhum indivíduo, até mesmo os adolescentes poderão ter sua liberdade temporariamente restringida sem um julgamento idôneo.

Como característica essencial para que a apuração de ato infracional ocorra, bem como outros procedimentos envolvendo os adolescentes e crianças é o segredo de justiça, este fator existe com intuito de proteger os menores, para que tais questões não se tornem um estigma para suas vidas (PRESTES, 2014).

Em momento de julgamento do adolescente infrator por seu delito cometido, o jurisdicionado como representação do Estado deve vislumbrar o Princípio do Melhor Interesse, o qual pré-estabelece a prioridade diante necessidades do adolescente, por sua vez esta como interpretação da legislação. O propósito deste princípio é formar uma base principiológica da Doutrina de Proteção Integral, bem como, nortear a aplicação de todas as normas em favor das crianças e dos adolescentes.

Sobre a matéria é necessário frisar: “Não se pode olvidar que, diante de situações envolvendo (...) adolescente, o julgador deve levar em conta o melhor interesse destes envolvidos. Deve abster-se de emitir sua opinião acerca do que compreende como “melhor” ou “pior”. (POLI; SÃO JOSE; FARIA, 2018, p. 119).

Ainda nesse sentido:

O princípio do interesse superior ou do melhor interesse limita a intervenção do Estado e da família no que tange a questões relacionadas à criança e ao adolescente, impondo àqueles a adoção de critérios que garantam os direitos subjetivos destes (POLI; SÃO JOSE; FARIA, 2018, p. 119).

Após privilegiado totalmente o contraditório, a ampla defesa do adolescente, além de percorrido por completo todo processo legal, o adolescente representado terá imposto contra seu ato uma medida socioeducativa, sendo que apreciará alguns requisitos, como: reprovação do ato, antecedentes em condutas infracionais e avaliação psicológica. Logo que a sentença for proferida, iniciará a fase executória a seguir.

A propósito, torna-se pertinente a proposição:

A competência das medidas socioeducativas são responsabilidades exclusivas do Poder Judiciário, podendo estas serem aplicadas de forma individual ou cumulativa, tendo em vista sempre a posição social em que o menor infrator se encontra, bem como as circunstâncias, gravidade e os motivos pelos quais o a infração fora cometida. (Barreto; Gondim 2019, p. 7)

Ademais, torna-se pertinente ressaltar que sentença ao qual atribui medida socioeducativa assiste a "capacidade do adolescente cumprir a medida, das circunstâncias do fato e da gravidade da infração" (SOUSA; SILVA, A., 2012, p. 11).

Com este entendimento, nota-se que o julgador avaliará toda a capacidade do adolescente, física ou mental, de entender e se capacitar perante a medida socioeducativa a ponto de mudar a sua perspectiva de vida.

2.3. Execução de medida

A legislação estatutária especial estabelece seis medidas socioeducativas a serem atribuídas aos adolescentes em conflito com a lei, estas estabelecidas no art. 112, inciso I ao VII, (BRASIL, 1890a), medidas essas que têm objetivo pedagógico oferecer valores e conscientização dos atos cometidos pelos adolescentes representados, visando sempre seu ajustamento social e integração ao seio familiar, apresentando assim um mecanismo eficiente na reinserção social e garantias de direitos (MOREIRA; GUERRA; DARWIN, 2017). Tais ações privilegiam tanto a doutrina de proteção integral adolescente, aqui chamado de socioeducando, quanto a se adequar aos princípios norteadores, ambos resguardados pelo ECA.

Por sua vez as autoras Pinto e Silva, R. (2014) apresentaram que medidas socioeducativas quando exercida pelo poder público, articulando-a com auxílio de programas de atendimento à criança e ao adolescente, tencionam atender de forma mais efetiva autores de atos infracionais a partir de ação jurídico- legal.

Consequência da apuração de ato infracional, a medida socioeducativa é imposta como ação executória sentenciada ao adolescente infrator. Logo, esta ação possui caráter

pedagógico em fazer com que o adolescente tenha seu direito à liberdade suspenso ou não, variando conforme a gravidade do ato infracional praticado.

Após iniciado a execução da medida o adolescente será encaminhado a unidade especializada em acompanhá-lo, em nenhum momento o adolescente deverá ter alguns de seus direitos feridos, mesmo se aplicada contra si reclusão a sua liberdade. Devendo dentro da unidade socioeducativas, ter acesso a atendimentos de saúde, escolar, profissionalizante, e contato com seus familiares.

Posicionando diante este tópico:

É necessário que o diferencial sócioeducativo das medidas se manifeste, inclusive, na estrutura física das instituições para adolescentes, na expectativa de se possibilitar a ressocialização, entendida como integração familiar, participação no sistema de ensino, ocupação de um lugar na comunidade e, se for o caso, exercício de uma atividade laboral (...) em princípio, teria por finalidade operar um reordenamento dos valores e padrões de conduta do sujeito transgressor (FRANCISCHINI; CAMPOS, 2005, p. 270)

Ora apresentado, a execução de medidas socioeducativas possui propósito muito importante para o socioeducando em sua personalidade e suas atitudes momento em que estiver sendo devolvido a pleno convívio social, nasce dessa necessidade de auxiliar no progresso do adolescente o Plano Individual de Atendimento - PIA.

O PIA pode ser denominado como instrumento pedagógico orientador ao organizar e direcionar as práticas do programa socioeducativo, estabelecendo ao socioeducando metas a serem alcançadas durante o cumprimento da medida imposta melhorando assim não só seu comportamento, quanto qualquer característica que o leve a praticar novos comportamentos reprováveis, especialmente focado em questões psicológicas reflexivas (TEIXEIRA, 2014).

Com tamanha finalidade, ao ser confeccionado por equipe técnica da unidade, art. 53, o PIA é requisito essencial para o deslinde da execução, nesse mesmo além de objetivos comportamentais a serem atendidos, deverá ainda constar fatores da saúde física, psicológica, escolarização, familiar e social do adolescente sentenciado, art. 54 da Lei 12.594/12 – Lei do SINASE. Por seguinte caberá a equipe técnica da unidade propor atendimento especializado ao adolescente, este deverá superar seus desvios, refletir seus atos, etc. (BRASIL, 2012).

Assim que alcançar os objetivos propostos em plano de atendimento, o socioeducando reunirá diversas características ao seu favor a serem noticiadas, neste segundo momento estará reunido todos os aspectos inerentes às particularidades do progresso do socioeducando acompanhado de acordo ao art. 43 (BRASIL, 2012), este socioeducando será avaliado pelo magistrado competente após abrir vistas ao Ministério Público e de sua defesa, sucessivamente. Podendo ser a medida ali executada extinta ou progressiva a uma mais branda, dependendo de sua evolução.

As medidas socioeducativas se dividem em três modalidades. As reclusivas restringem o direito de ir e vir do apenado, limitando a sua execução em unidade apropriada de acompanhamento, tais medidas são denominadas de Internação para casos graves, onde o apenado não poderá se ausentar da unidade sem prévias autorizações, é excepcional que durante o curso da medida se atente todos os requisitos para seu cumprimento previstos aos arts. 121 e 125, e Semiliberdade menos graves que o anterior, que ao ser atribuída ao adolescente limita este pernoitar em unidade, enquanto em seu contraturno deverá obrigatoriamente se escolarizar e se profissionalizar, art. 120 e §1º. (BRASIL, 1990a).

Já as restritivas, possuem o princípio de reeducar o socioeducando sem o retirar de seu seio familiar de forma drástica, o apenado deverá comparecer em unidade e/ou entidade especializada semanalmente para exercer encargos contra si atribuídos, além de exercer progresso em seu convívio social e familiar, tais medidas são classificadas como Liberdade Assistida, art. 117, e Prestação de Serviços à Comunidade, arts. 118 e 119. (BRASIL, 1990).

Por fim das medidas, há as mais brandas para casos de menor potencial ofensivo, estas possuem características corretivo e/ou pecuniário, onde aplicará ao apenado o dever de ser refletir sobre benefício ora aplicado, podendo se qualificar como Reparação ao Dano, momento em que adolescente ressarcirá a vítima ou restabelecerá devida característica de um bem, art. 116, e, Advertência verbal, sendo reduzida a termo assinada, art. 115. (BRASIL, 1990a).

Todos os requisitos e características mencionados até agora são inerentes ao objetivo de execução da medida socioeducativa, este procedimento é vital para correção social e auxílio na formação de um indivíduo consciente. Ora assim, o tema já viria a ser comentado:

Sob o prisma da Doutrina da Proteção Integral, a medida socioeducativa será aplicada de acordo com grau do ato ilícito cometido, ou seja, tais medidas não possuem caráter punitivo, mas possibilitam a educação e o lógico entendimento de que a conduta

por ele praticada não é aceitável para a sociedade em que vivemos (...) (PARENTE; TEODÓSIO; BARROS, 2019, p. 5)

Resumidamente, o cumprimento de medidas socioeducativas é primordial para o crescimento do socioeducando, este que mesmo dentro de uma unidade terá acesso à educação para sua formação intelectual, atendimento de saúde, acesso a cursos de formação para agregar sua vida numa pós liberação, além de outras características que alterem suas condutas. Reforçando assim a palavra-chave, toda execução de medida socioeducativa gira em torno da responsabilização do adolescente em razão ao ato cometido, com intuito educativo-reflexivo, reintegra um jovem indivíduo a sociedade e sua entidade familiar.

3. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Previsto no art. 5º, LVI da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o Princípio do devido processo legal garante a quaisquer indivíduos que o mesmo só será privado de sua liberdade ou terá algum direito restringido após a ocorrência de um processo legal, este exercido pelo Poder Judiciário, assegurando-lhe ampla defesa e o direito ao contraditório.

Somente respeitando esta exigência iniciará a responsabilização infracional, desde apuração de ato infracional diligenciada por delegacia especializada posterior representação socioeducativa. Neste último tramitará afim de processar o adolescente em conflito com a lei, ora representado, garantindo-lhe direitos individuais e processuais, afim de alcançar medida judicial adequada ao seu caso concreto.

3.1. Direitos individuais e garantias processuais

Diante a necessidade do processo de representação e o procedimento investigativo de ato infracional se adequar a exigências presumidas como o devido processo legal para sua atuação por autoridade competente, deve ressaltar que nenhum adolescente será privado de sua liberdade, senão por flagrante ou decisão bem fundamentada proferida por autoridade judiciária competente, sem que haja o devido processo legal e requisitos para complementar sua validade, conforme esclarece os artigos 106 e 110 do ECA (BRASIL, 1990a).

Desde modo, caso seja verificada que algum requisito basilar para atuação judicial foi omitido, torna-se claro a respectiva nulidade de todo trâmite, desde a inepta falha.

Ademais, são direitos individuais do adolescente permanecer apreendido em razão de ato infracional cometido em unidade apropriada, sendo comunicados as autoridades competentes e a família do adolescente, por prazo explícito na legislação, desde que haja indícios para que permaneça custodiado, conforme dispõe os arts. 107 e 108, parágrafo único (BRASIL, 1990a).

Por fim, para que corra devidamente ação em desfavor ao adolescente em conflito com a lei, a ele será asseguradas garantias processuais, previstas ao art. 111 da lei (BRASIL, 1990a), dentre elas: conhecimento pleno e formal da ação, inc. I, igualdade na relação processual lhe sendo permitido produzir provas necessárias à realizar sua defesa, inc. II, acompanhamento por advogado ou defensor público, inc. III, assistência judiciária gratuita, inc. IV, ser ouvido pessoalmente por autoridade competente, inc. V, e, ser acompanhado por seus genitores ou responsável legal em qualquer fase da ação.

Diante a estas garantias processuais ofertadas ao adolescente, nota-se necessário prestigiar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça ao comentar a matéria pautada no inc. II: "No procedimento para aplicação de medida sócio-educativa, é nula a desistência de outras provas em face da confissão do adolescente." (Súmula 342, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/06/2007, DJ 13/08/2007 p. 581)

No mesmo sentido, ao versa de matéria elencada ao inc. V: "É necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida sócio-educativa." (Súmula 265, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2002, DJ 29/05/2002 p. 135)

3.2. Remissão

Considerando ao disposto no Capítulo V, do ECA, esse que despõe sobre a remissão, torna-se claro que esta se difere da "remição" disponível na justiça criminal, sendo que esta verbaliza o ato de perdoar ou dar clemência ao autor, enquanto a remição versa como condição de diminuição da pena ora aplicada.

Assim, de acordo ao disposto no art. 126 e seu parágrafo único, competirá ao promotor natural de justiça conceder ao adolescente perdão ao adolescente autor ato de menor potencial ofensivo, observando as condições e consequências da conduta delituosa, bem como contexto social e personalidade do adolescente infrator, podendo ser requerida com cumulação de medida socioeducativa, exceto as de privação de liberdade, competirá ainda ao juiz natural homologar o petitório do *Parquet*, ou aplicação suspensão e extinção após instaurado o devido processo legal de apuração de ato infracional (BRASIL, 1990a).

Cumpra observar, que mesmo o Ministério Público cumulando medida socioeducativa, apenas cabe ao jurisdicionado aplicação da medida, a propósito, ressalta-se súmula do STJ: "A aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz." (Súmula 108, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 16/06/1994, DJ 22/06/1994 p. 16427).

De acordo com os dispostos nos artigos 127 e 128 (BRASIL, 1990a), a aplicação desta não implica na comprovação de responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, ainda assim, poderá o juiz natural, poderá rever a querer momento a

aplicação de remissão, pois possui legitimidade para assim requerer, o que trás a luz, que o presente meio não faz coisa julgada material, apenas formal.

3.3. Representação

Sendo respeitado todo o disposto diante a apuração e responsabilização infracional, competirá ao Ministério Público a representar o ato infracional, classificar seu autor, adolescente infrator, narrar os fatos ocorridos e pugnar na aplicação de medida socioeducativa.

Assim correrá todo o processo legal de apuração de ato infracional, sendo promovida a apresentação o representado, realizado estudo sobre suas condições físicas, mentais e sociais, colhido depoimento das testemunhas e ao fim, ponderado pelo juiz natural a aplicação de medida socioeducativa mais adequada.

4. MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Constatado o ato infracional cometido por conduta delituosa de adolescente após o devido procedimento legal, caberá ao magistrado competente aplicar medida socioeducativa competente, estas expressas ao art. 112, entre incisos I ao VII (BRASIL, 1990a). Tais medidas taxadas pelo ECA, frui do interesse em resgatar a cidadania, alcançada por educação em sentido amplo, direcionada a formação de caráter e sua socialização, possuindo característica preventiva.

Todavia, para sua devida aplicação, deve ser levada em consideração dos requisitos que o legislador trouxe, devendo a todo momento ser avaliada a capacidade de cumpri-la, sendo gravidade da infração, necessidades e circunstâncias do adolescente, bem como o interesse social, § 1º. Em segundo momento, devendo ser ressaltado a vedação do trabalho forçado, § 2º. Por fim, em caso do autor do ato infracional seja Pessoa com Deficiência, aplicar-se-á medida única e especializada, § 3º, (BRASIL, 1990a).

Ao prestigiar ainda ao art. 113, deverá o julgador ponderar ainda a aplicação dos dispostos aos arts. 99 e 100 (BRASIL, 1990a), levando assim a promoção e preservação de vínculos familiares e comunitários fortalecidos.

4.1. Advertência

Como ressaltado no parágrafo único do artigo 114, havendo prova de materialidade e indícios suficientes da autoria, poderá o jurisdicionado aplicar a presente medida ao representado (BRASIL, 1890a).

Válter Kenji Ishida (2016, p. 344) classificou "a medida de advertência consistindo em admoestação, ou seja, a leitura do ato cometido e o comprometimento de que a

situação não se repetirá”. Nesse aspecto a presente tende a se realizar em audiência admonitória, em conversa do magistrado com o representado, com participação do Ministério Público e a respectiva defesa, advertindo-o das consequências de nova infração, assim a medida exaure no momento de sua realização, sendo completamente desnecessário acompanhamento ao adolescente.

Este íterim é o entendimento do STF, “A medida de advertência tem caráter pedagógico, de orientação ao menor e em tudo se harmoniza com o escopo que inspirou o sistema instituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente” (Número dos Autos: RE 248.018/Sp, Rel.Min. JOAQUIM BARBOSA, j.6-5-2008).

A advertência é medida destinada em socioeducar o representado de forma branda, pelo ato infracional de menor potencial ofensivo cometido, ou seja, é mais um meio de orientar o adolescente em conflito com a lei, com objetivo de moldar a postura do indivíduo em sociedade.

4.2. Obrigação de reparar o dano

A medida de Obrigação de reparar o dano cabe apenas a casos de infrações com reflexos patrimoniais. Exige-se prova de materialidade e da autoria.

A obrigação de reparar o dano, como medida socioeducativa, deve ser suficiente para despertar no adolescente o senso de **responsabilidade** social e econômica em face do bem alheio. A medida deve buscar a reparação do dano causado à vítima tendo sempre em vista a orientação educativa a que se presta (Válter Kenji Ishida ,2016, p. 345)

No mais, coube ao presente Código Civil trazer dispositivos acerca da obrigação de indenizar terceiro que teve dano em seu patrimônio, na seara infracional, seria a personalidade física, jurídica ou até mesmo o Estado, que venha a sofrer prejuízo em patrimônio em razão de ato infracional praticada por adolescente em conflito com a lei.

Entre estes, cabe ressaltar os dispositivos, sendo o art. 927, dispõe da responsabilidade independente de culpa. Por fim art. 928, responsabilidade a ser aplicada ao incapaz se os indivíduos por ele responsável não tiverem obrigação de fazer ou não por alguma razão não dispuserem meios suficientes (BRASIL, 2002).

Devendo ser analisada o caso concreto sobre os requisitos para aplicação da presente medida, em caso de impossibilidade em demonstrar o prejuízo sofrido deverá ser desconsiderada sua aplicabilidade.

4.3. Prestação de serviços à comunidade

Definida pelo legislado, a medida consiste em realizações de uma série de tarefas gratuitas de interesses comuns por período não excedente a seis meses, assim a jornada de serviços não poderá exceder a oito horas semanais, de modo não prejudique o adolescente jornada de trabalho, especialmente em frequência escolar (BRASIL, 1990a).

A presente medida é acompanhada por equipe técnica apropriada, geralmente a mesma das medidas de Liberdade Assistida, com o CREAS, onde por meio de convênios com entidades de interesse público, atribuirá ao adolescente o cumprimento de tarefas conforme suas aptidões.

4.4. Liberdade assistida

Previsto no ECA, a Liberdade assistida, muito conhecida por sua sigla de L.A, versa de medida socioeducativa mais adequada a fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente apenado com a presente, conforme a redação do art. 118 (BRASIL, 1990a).

Esta medida consiste em comparecimento periódico em entidade apropriada, para que seja promovida as devidas orientações e entrevistas com intuito de acompanhar o socioeducando. Similarmente, este comparecimento entidade de acompanhamento apropriada, muito se aproxima da suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/1995, aplicada aos imputáveis (BRASIL, 1995).

Constitui-se ainda o prazo mínimo para fixação da liberdade assistida, de 6 meses, podendo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida (BRASIL, 1990a), após apresentado relatório obrigatório pela direção da entidade responsável de atendimento, narrando a evolução do adolescente no cumprimento da medida, que em sequência manifestada pelo Ministério Público e defensor, para enfim ser ponderado por magistrado competente (BRASIL, 2012).

Por último, prestigiando o art. 119, competirá a unidade de atendimento, prover acompanhamento do adolescente e sua família, avaliando ainda sua atual situação dentro de unidade escola, profissional, além de outros contextos de sua vida. Ressaltando, que após o vigor da Lei nº 12.435/2011, foi estabelecido o Centro de Referência Especializada de Assistência Social - CREAS (BRASIL, 2011), uma unidade pública incumbida de acompanhar o cumprimento das medidas de Liberdade assistida, entre outras funções sociais.

4.5. Semiliberdade

Válter Kenji Ishida (2016, p. 355) esclarece “o regime de semiliberdade, onde o adolescente permanece internado no período noturno, podendo, contudo, realizar atividades externas. Dentro estas atividades incluem-se a escolarização e profissionalização”.

Neste prisma, a atual medida se assemelha ao regime de semiaberto presente como pena aos imputáveis, dentro do sistema penal, sendo uma medida detentiva. Por ser medida meio, não se considera medida extrema reclusão como a internação, nem, tampouco, restritiva de direitos, como liberdade assistida ou prestação de serviços à comunidade, a este respeito a presente pode incorrer como medida mais adequada em sentença, ou, como forma processo de progressão de medida mais severa a mais branda ou regressão mais branda para mais severa.

Entretanto, para que seja ela aplicada em decisão ou sentença, deverá ser por meio de ato judicial bem fundamentado, sendo exigível comprovação de autoria e materialidade, sendo considerado todo o atual aspecto do adolescente, respeitando suas garantias previstas no ECA.

O caráter pedagógico da medida é imprescindível, assim respeitando as garantias especiais a serem resguardadas, logo adolescente será inserido unidade escolar e programas de profissionalização, para que lhe haja oportunidade de se adequar a uma rotina de boa conduta, além de participação em reuniões, grupos, cursos, para que moldem este indivíduo com bons valores.

Em suma, com aporte do § 2º, do art. 120 (BRASIL, 1990a), a presente medida ocorrerá conforme as mesmas disposições relativas à internação, previstas ao artigo subsequente.

4.6. Internação

Entre as medidas socioeducativas, a internação é a mais grave por se tratar de medida que privará o adolescente de sua liberdade, por período suficiente para que cesse o risco à sociedade como bem comum, bem como a sua integridade física diante as condutas por ele praticadas. Por se tratar de medida mais drástica, exige-se o esgotamento do devido processo legal respeitando seu respectivo trâmite, com prova suficiente de autoria e materialidade, não se admitindo sua aplicação em caso de mera confissão isolada (cf, Súmula 342 do STJ).

Diante está conjuntura, a medida de internação para ser aplicada sem infringência os direitos do adolescente, o caput do art. 121, condiciona três princípios que devem ser considerados em todo o decorrer da medida, entre ele: brevidade, tendo a medida perdurar tão somente para a readaptação do adolescente ser alcançada; excepcionalidade, ao qual a internação deverá ser a última medida a ser aplicada quando da ineficácia das demais; e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, preservar condições para o seu desenvolvimento, lhe sendo garantindo acesso a educação, profissionalização, saúde, fortalecimento de vínculo familiar, entre outras garantias (BRASIL, 1990a).

Iniciada medida de internação, adolescente será encaminhado a unidade de atendimento apropriado, aonde permanecerá privado de sua liberdade, para tanto, em unidade o mesmo fará estadia, tendo ao seu acesso, atendimento pedagógico e psicológico, orientado por profissionais capacitados para instruí-lo, posteriormente sendo o adolescente avaliado por seu progresso cumprindo a medida, § 2º, após o período de três anos, caso medida persista, o adolescente deverá ter desinternado, o inserindo em medida mais branda disponível, §§ 3º e 4º, caso o adolescente tenha alcançado a idade de vinte e um anos, o mesmo receberá liberdade compulsória, em razão do alcance máximo estatutário, § 5º, (BRASIL, 1990a).

Em contínuo, conforme estabelecido ao artigo 122 do ECA, torna-se claro as condições necessárias a serem aplicadas a medida de internação, dentre estas: quando tratar-se de conduta em ato infracional praticado com violência ou grave ameaça, inc. I, reiteração de cometimento de infrações graves, inc. II, em descumprimento reiterado e injustificável de medida imposta, inc. III, (BRASIL, 1990a). Estas condições de aplicação visam a estruturação da medida momento em que será ponderado sua viabilidade de aplicação.

4.6.1. Internação-sanção

Como hipótese, a internação-sanção é uma espécie da medida de internação definida pela legislação, de modo nítido no inc. III do artigo 122, bem como ao § 1º, ao qual estabelecem, respectivamente, tratar de medida de internação passível em circunstâncias em que o adolescente em conflito com a lei, mesmo após receber ato judicial aplicando-lhe medida e mesmo assim o descumpra reiteradamente injustificadamente, de modo que está não poderá exceder o prazo de três meses, somente sendo aplicada após devido processo legal em sede de execução de medida (BRASIL, 1990a).

Após seu cumprimento, necessário se faz o retorno do adolescente a medida anterior para que a mesma seja devidamente cumprida.

4.6.2. Internação provisória

Como terceira e última espécie da medida de internação, há a Internação Provisória, está que poderá ser decretada por magistrado em processo de conhecimento, desde que acompanhada de indícios de autoria e materialidade suficientes e a demonstração imperiosa da medida, ou seja, a consideração da gravidade do ato infracional cometido e toda sua repercussão social, pautando esta espécie na garantia de sua segurança e manutenção de ordem pública, ambos os requisitos por meio de decisão bem fundamentada, de acordo ao art. 108 e seu parágrafo único (BRASIL, 1990a).

Destaca-se que a medida, possui cunho cautelar, sendo equivalente à prisão cautelar na seara criminal. Contudo, aqui a mesma possui prazo máximo de quarenta e cinco dias, não podendo ser prorrogável. Em caso atingido o prazo sem que haja posterior decisão sobre a medida, o adolescente será desinternado, razão disso confere ao magistrado zelar pelo cumprimento do prazo legal.

5. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE

Preconizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, o Princípio do Melhor Interesse, encontra-se como orientação na hora de se ponderar questões que envolvem os indivíduos em crescimento, isto, em razão ao cunho de proteger suas garantias e acautelar o melhor interesse para sua formação social, psicológica, entre outras áreas, alcançando assim o completo desenvolvimento.

A origem do melhor interesse da criança adveio do instituto inglês *parens patriae* que tinha por objetivo a proteção de pessoas incapazes e de seus bens. Com sua divisão entre proteção dos loucos e proteção infantil, esta última evoluiu para o princípio do *best interest of child*. (Camila Colucci, 2014, p. 226)

O melhor interesse, deve ser levado em consideração ao se aplicar a medida socioeducativa, objetivando o jurisdicionado a determinar medidas considerando primazias diante as necessidades de cada adolescente. A devida aplicação do melhor interesse, faz com que o indivíduo alcance e goze de seus direitos constitucionais, proporcionando ao mesmo maior benefício, mesmo que muitas vezes colidam com a responsabilização infracional.

5.1. Pena contra medida socioeducativa

Como conhecido, as condutas delituosas previstas no Código Penal Brasileiro acompanham com o condicionamento de suas tipificações e prazo para o cumprimento de suas penas, estas por sua vez como sanção punitiva aplicada pelo Estado ao indivíduo imputável, ou seja, maior de 18 anos e que não acometido por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, oferecendo assim periculosidade a si ou a outrem.

A cada tipo penal acompanhado de sua pena abstrata, se dividindo entre a mais branda até mais gravosa, sendo ponderado pelo magistrado a majorando ou atenuando, conforme cada conduta concreta. Hodiernamente, a pena máxima a ser aplicada é de 40 anos conforme estabeleceu o pacote Anticrime (BRASIL, 2019), ao alterar o art. 75 do Código Penal (BRASIL, 1940).

Do mesmo modo estabelece o ECA, ao prever que à medida que priva o adolescente de sua liberdade não deverá exceder o prazo de três anos consecutivos, devendo ser posto em liberdade e progredido a medida mais branda que a atual, art. 121, § 3º, (BRASIL, 1990a). Por isonomia, se em casos de aplicação de medida internação como mais grave, ela possui prazo máximo, o mesmo será aplicável há medidas mais brandas, como uma garantia. Contudo o mesmo não se faz necessário visto que o intuito pedagógico é alcançado ou até mesmo condições extintivas.

5.1.1. Unidades apropriadas

Com base ao art. 123, este enfatiza que a medida de internação, bem como similitude para as demais medidas socioeducativas, seja esta especial ou não, deverão ser cumpridas em entidades exclusivas para adolescentes em local distinto de abrigos, estes por sua vez serão divididos obedecendo rigorosos critérios, sendo idade, compleição física e gravidade da ação (BRASIL, 1990a).

A atual proposição do dispositivo, visa reintegração social do adolescente em conflito com a lei apenado por medida socioeducativa, especialmente a de internação, se prestando a acompanhar atual contexto, bem como resguardar a segurança do adolescente.

5.1.2. Limite excepcional de vinte e um anos estatutário

Preceituado no ECA, art. 2º, parágrafo único (BRASIL, 1990a), de modo expresse, torna visível que o adolescente que cometer ato infracional antes de completar dezoito anos poderá ser autuado com representação judicial, podendo-lhe ser atribuído quaisquer das medidas disponíveis, desde que mais adequada, devendo ser esta executada até o cumprimento de sua finalidade, ou que seja alcançada uma das condições extintivas, sendo o alcance de vinte e um anos de idade o alcance máximo de acordo com a faixa etária regulada pelo estatuto.

Destarte, novamente é reiterado todo o alcance pedagógico e visando melhor interesse ao indivíduo, lhe dando mais oportunidade de ser reeducado e mudar sua conduta para que não seja necessária sua responsabilização diante a seara criminal como um imputável.

5.1.3. Alcance pedagógico

Por fim, com o melhor interesse da aplicação da medida socioeducativa como reeducação ao indivíduo, necessário se faz prestigiar a entendimento do Superior Tribunal de Justiça ao prestigiar condição na execução de medida socioeducativa de Liberdade Assistida:

“Súmula 605. A superveniência da maioridade penal não interfere na apuração de ato infracional nem na aplicabilidade de medida socioeducativa em curso, inclusive na liberdade assistida, enquanto não atingida a idade de 21 anos.” (TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/03/2018, DJe 19/03/2018)

Sob esta condição, a aplicação de medida, seja ela qual for, especialmente a de liberdade assistida, tem por foco alcançar o adolescente em conflito com a lei que recebeu aplicação de medida, mesmo que tenha alcançado sua maioridade penal após os dezoito anos, até o prazo do limite máximo de alcance pelo estatuto, a medida assim tramitará.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fundado na proteção integral doutrinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, é notável a metodologia pedagógica e retributiva que tramita na justiça juvenil, quando utilizados os procedimentos dispostos no ordenamento jurídico e legislações complementares.

Iniciando no recebimento da notícia de ato infracional, diversas exigências devem ser seguidas, isso ressalva a pretensão do Estado em promover ação sigilosa afim de assegurar com absoluta prioridade o direito de uma vida plena com livre acesso as mesmas áreas que aos capazes, sendo lhes aplicado uma retribuição ao ato ora cometido de forma educacional para compreensão.

Ademais, ambas as medidas dispostas no ECA, provém cunho protetivo, no intuito de impedir que o adolescente permaneça com conduta reprovável após sua maioridade, de forma a evitar que a sociedade recaia em super loteamento de unidades prisionais e dezenas de indivíduos adultos sem nenhuma oportunidade de evolução diante a falha em seu desenvolvimento.

Contudo, observa-se que há repercussão social diante a aplicação das medidas socioeducativas, que levam a crer a ineficácia do encargo protetivo-educacional em determinados crimes. No que se refere a essa tese, como apresentado por nosso ordenamento pátrio, legislação especial e complementares, desde a pretensão socioeducativa até regras a serem seguidas pelas unidades de atendimento, ambas visam ofertar ao adolescente uma nova oportunidade de se inserir em contexto social aceitável, para que não incorra de casos de reincidência.

Desse modo, conclui-se que o ECA possui condições de melhor atender os adolescentes infratores, diante sua responsabilização e reeducação social, que promovem a devida adequação ao adolescente, bem como lhe auxiliar ter progressivas condições em todas as áreas de saúde, educação e profissionalização. Porém ressalta-se que necessário

de faz no desenvolvimento e aprofundamento de pesquisas no assunto trabalhado em questão, afim de clarear o conhecimento leigo, assim como exercer melhoria nas ferramentas de sócio educação.

7. REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Marcos. **Atos Infracionais e Medidas Socioeducativas**: Uma Leitura Dogmática, Crítica e Constitucional. 1º. ed. rev. Ilhéus: Editora da UESC, p. 1- 371 , 2006.

BARRETO, Maria Clara .M.; Rebeca .S.; GONDIM. **O Estatuto da Criança e do Adolescente e as Medidas Socioeducativas: Uma Abordagem Reflexiva. Cadernos de Graduação**, Sobral, ano 1, v. 4, n. 7, ed. 1, p. 1-17, 2019. Disponível em: <https://flucianofejao.com.br/novo/wp-content/uploads/2019/09/O_ESTATUTO_DA_CRIANCA_E_DO_ADOLESCENTE_E_AS_MEDIDAS_SOCIOEDUCATIVAS_UMA_ABORDAGEM_REFLEXIVA.pdf>. Acesso em: 24 de maio de 2021.

BRASIL, a. **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] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 13 de março de 2021.

BRASIL, b. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1988. Brasília, 21 de novembro de 1990. Nações Unidas, **Convenção dos direitos da Criança**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 18 de maio 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 de setembro de 2021.

BRASIL. **Lei 12.435**, de 6 de julho de 2011. Altera a Lei 8.742 que dispõe sobre a organização da Assistência Social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12435.htm>. Acesso em: 22 de setembro de 2021.

BRASIL. **Lei 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília DF, 27 set 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 22 de setembro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 18 de setembro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Institui o Pacote Anticrime. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 18 de setembro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 108**. A aplicação de medidas socio-educativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [1994]. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas2010_7_capSumula108.pdf>. Acesso em: 19 de agosto de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 265**. É necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida sócio-educativa. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2002]. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_20_capSumula265.pdf>. Acesso em: 19 de agosto de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 342**. No procedimento para aplicação de medida sócio-educativa, é nula a desistência de outras provas em face da confissão do adolescente. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2007]. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2012_29_capSumula342.pdf>. Acesso em: 19 de agosto de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 605**. A superveniência da maioria penal não interfere na apuração de ato infracional nem na aplicabilidade de medida. Brasília, DF: Superior Tribunal, [2018]. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_605_2018_Terceira_secao.pdf>. Acesso em: 19 de agosto de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 246.018-5**, Relator Min. Joaquim Barbosa. Segunda Turma, julgado em 06 de maio de 2008. DJ 20-06-2008. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 10 de setembro.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 de março de 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.594**, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase). Brasília, DF. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm>. Acesso em: 18 de maio 2021.

COLUCCI, Camila. **Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação** prática no direito brasileiro. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-25022015-083746/publico/Camila_Fernanda_Pinsinato_Colucci_completa.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2020. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/18472/13889>>. Acesso em: 18 de maio de 2021. Disponível em: <<http://www.uesc.br/editora/livrosdigitais/atos-infracionais-medidas-socioeducativas.pdf>> Acesso em: 18 de fevereiro de 2021.

FRANCISCHINI, Rosângela; CAMPOS, Herculano Ricardo. **Adolescente em conflito com a lei e medidas socioeducativas**: Limites e (im)possibilidades. *Psico*, v. 36, n. 3, p. 267–273, 4 maio 2006. Disponível em: <<https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistapsico/article/view/1397/1097>> Acesso em: 26 de fevereiro de 2021.

ILANUD; UNICEF. *et al*, (org.). **Guia Teórico e Prático de Medidas Socioeducativas**.____; 2004. 266 p. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/politica_socioeducativa/doutrina/Guia_teorico_e_pratico_de_medidas_socioeducativas_ILANUD.pdf> Acesso em: 18 de fevereiro de 2021.

ISHIDA, Valer Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Doutrina e Jurisprudência. 17º. ed. rev. ampl. Salvador: Editora jusPODIVM, p. 1- 846 , 2016.

MOREIRA, Jacqueline de Oliveira; GUERRA, Andréa Maris Campos; DRAWIN, Carlos Roberto. **Violência Juvenil e Medidas Socioeducativas: Revisão de Literatura**. *Psic.: Teor. e Pesq.*, Brasília, v. 33, e3337, 2017. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010237722017000100305&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 13 de março de 2021. Epub 16-Out-2017. <http://dx.doi.org/10.1590/0102.3772e3337>.

PARENTE, Elenice de Lima; TEODÓSIO, Thais Wellen Ribeiro, BARROS, Brunna Sousa de. **O Menor Infrator e as Medidas Socioeducativas. Cadernos de Graduação**, Sobral, ano 1, v. 4, n. 7, ed. 1, p. 1-17, 2019. Disponível em: <https://flucianofejiao.com.br/novo/wp-content/uploads/2019/09/O_MENOR_INFRATOR_E_AS_MEDIDAS_SOCIOEDUCATIVAS.pdf>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2021.

PINTO, P.; SILVA, R. **Socioeducação: Que Prática é Essa?**. In: RODRIGUES, D.; SOUZA, I.L (org.). **Justiça Juvenil: Teoria e Prática no Sistema Socioeducativo**. 1º. ed. Natal:

Editora UFRN, 2014. p. 141-160. Disponível em:

<<https://repositorio.ufrn.br/bitstream/1/11814/1/Justi%C3%A7a%20juvenil.pdf>> Acesso em: 15 de abril de 2021.

POLI, Leonardo Macedo; SÃO JOSE, Fernanda Moraes; FARIA, Renata Mantovani de.

Análise de Alguns dos Principais Princípios Constitucionais Norteadores dos Direitos da Criança e do Adolescente. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Minas Gerais, ano 2018, v. 21, ed. 41º, p. 113-151, 2018.

PRESTES, Fabiane da Silva. Direitos Humanos, Democracia e Punição: **A Insustentável**

Tentativa de Endurecimento do Direito Penal Juvenil. Revista Direito em Debate, [S. l.], v. 23, n. 41, p. 123-146, 2014. DOI: 10.21527/2176-6622.2014.41.123-146. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/2504>>. Acesso em: 09 de abril de 2021.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente Em Conflito Com A Lei Da Indiferença À Proteção Integral: Uma Abordagem sobre a Responsabilidade Penal Juvenil.** 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. v. 1. ISBN 9780003569261. *E-book*. socioeducativa em curso, inclusive na liberdade assistida, enquanto não atingida a idade de 21 anos. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2018]. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_605_2018_Terceira_secao.pdf>. Acesso em: 19 de agosto de 2021.

SOUSA, Janaina Alves de.; SILVA, Jacqueline Aragão da.V ENCONTRO DE PESQUISA E EXTENSÃO, 2012. **A Reincidência da Delinquência Juvenil após a Aplicação das Medidas Socioeducativas do ECA** [...]. Sobral, CE: Faculdade Luciano Feijão, 2012. 1-14 p. v. 5º. Tema: Direito da Criança e do Adolescente. Disponível em:

<http://www.faculdade.flucianofejao.com.br/site_novo/anais/servico/pdfs/Artigos_completos/Dir/A_Reincidencia.pdf>. Acesso em: 24 maio 2021.

TEIXEIRA, M. A. L. **Plano Individual de Atendimento (PIA): O Presente e o Futuro do Adolescente em Cumprimento de Medida Socioeducativa.** In: RODRIGUES, D.; SOUZA, I.L (org.). **Justiça Juvenil: Teoria e Prática no Sistema Socioeducativo.** 1º. ed. Natal: Editora UFRN, 2014. p. 101-124.

<<https://repositorio.ufrn.br/bitstream/1/11814/1/Justi%C3%A7a%20juvenil.pdf>> Acesso em: 15 de abril de 2021.

O DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO E SUAS PARTICULARIDADES: INEXISTÊNCIA DE RITO SUMÁRIO, IMPROPRIEDADE DA EXPRESSÃO “PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO” E PREDOMÍNIO DO RITO ORDINÁRIO

LUIZ CAETANO DE SALLES:

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (MG)

Resumo: Este artigo é uma crítica ao uso das expressões “procedimento sumário” e “procedimento sumaríssimo” em ações individuais no direito processual do trabalho com a consequente defesa da tese de existência de um único procedimento para aplicação do direito nas lides entre empregados e empregadores na Justiça do Trabalho, onde prevalece o rito processual ordinário, o qual tem se mantido incólume ante as inovações legislativas havidas após a edição da Consolidação das Leis do Trabalho. Para desenvolver este artigo foram realizadas pesquisas bibliográfica e documental com esteio no método dedutivo.

Palavras-chave: Direito Processual do Trabalho. Procedimento sumário trabalhista. Procedimento sumaríssimo trabalhista. Procedimento ordinário trabalhista. Justiça do Trabalho.

Sumário: Introdução. 1. Surgimento da justiça do trabalho no Brasil. 2. Processo e procedimento. 3. Inexistência de procedimento ordinário no processo do trabalho. 4. Improriedade da expressão ‘procedimento sumaríssimo’ no processo do trabalho. 5. Predomínio do rito ordinário no processo do trabalho. Conclusões. Referências.

Introdução

O direito processual do trabalho tem oferecido significativas contribuições para o aprimoramento da prestação dos serviços de tutela jurisdicional estatal, não apenas no campo do conflito capital-trabalho, mas também nos conflitos cíveis, principalmente nas causas de menor potencial econômico.

Desenvolvido antes do surgimento da Consolidação das Leis do Trabalho, a popular CLT (BRASIL, 1943), o procedimento estatal para resolver conflitos de interesses entre os atores principais da relação de trabalho precisava ser simples, de baixo custo e com o mínimo de formalidades para assim viabilizar o máximo de celeridade, pois versando o busílis da questão nesses embates sobre causas de natureza alimentar, era necessária sua rápida solução, sob pena de desacreditar essa via de composição de lides e, assim, estimular o exercício arbitrário das próprias razões nos conflitos entre empregados e empregadores, o que teria desaguado em um caos social.

O procedimento previsto na CLT para o exercício da atividade jurisdicional trabalhista em ações individuais mostrou-se adequado e suficiente para essa finalidade e

por esta razão tem permanecido incólume às várias alterações legislativas ocorridas depois do seu surgimento, há quase 8 décadas, embora muitos profissionais do direito do trabalho tenham se inclinado na direção de espelhar o procedimento ordinário trabalhista nas regras do Código de Processo Civil (CPC), descurando-se, assim, de fortalecer a autossuficiência das regras processuais próprias existentes na CLT em suas aplicações na função de dizer o direito na solução de dissídios decorrentes da relação de trabalho.

O Direito Processual do Trabalho exige a sua autossuficiência, devendo o profissional do direito abster-se de alimentar o impulso de buscar aplicação do CPC para toda e qualquer questão presente em uma causa trabalhista, pois isso embaça a autonomia do processo do trabalho. Tomando a lição dos mais experientes, "a subsidiariedade das normas do processo civil no processo do trabalho emperra o procedimento, cerceia o desenvolvimento do Direito Processual do Trabalho e acarreta flagrantes injustiças." (GIGLIO & CORRÊA. 2007, p. 92).

Este artigo tem a pretensão de demonstrar a existência na legislação trabalhista de um único procedimento jurisdicional para o processamento e julgamento de dissídios individuais, a inconsistência da afirmação de existência no processo do trabalho de um rito denominado "sumário" e o erro técnico em que incorreu o legislador ao cunhar a expressão "procedimento sumaríssimo" para causas com valor de até quarenta salários mínimos, como passou a constar da CLT no ano 2000.

Essas particularidades do processo do trabalho tornam-se mais explícitas quando se dedica um pouco de atenção à história do surgimento da justiça do trabalho no Brasil, ainda que de maneira sintética, o que será feito no próximo item.

1. Surgimento da justiça do trabalho no Brasil

É importante destacar que o órgão estatal brasileiro com atribuições para dirimir questões entre empregados e empregadores foi criado no ano de 1934 pela Constituição Federal, mas sem as prerrogativas de uma instituição jurisdicional, uma vez que ficou vinculado ao poder executivo federal, como se constata da leitura do disposto no art. 122 daquela *Charta Polytica* que excluiu a Justiça do Trabalho do rol dos órgãos jurisdicionais:

"Art 122 - Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV do Título I. (*in*: Constituição de 1934)."

Embora a justiça do trabalho tenha sido criada no ano de 1934, houve um lapso de tempo de sete anos até que ela fosse efetivamente instalada, mantida a sua característica de órgão administrativo:

"Em 1º de maio de 1941, foi oficialmente instalada a Justiça do Trabalho no Brasil. Desde a Constituição de 1934 a JT estava instituída, bem como já havia sido organizada por meio do Decreto nº 1.237/1939; todavia, foi apenas em 1941 que Vargas decidiu

instalá-la oficialmente, em meio às comemorações do Dia do Trabalhador, em 1º de maio, no Estádio Vasco da Gama/RJ. (*ir*: <http://www.tst.jus.br/historia-da-justica-do-trabalho>)."

Finalmente, no ano de 1946 a Justiça do Trabalho passou a integrar o Poder Judiciário, por força do disposto no art. 94, inciso V, da Constituição Federal daquele ano, o que foi mantido nas constituições posteriores até os dias atuais.

A origem administrativa da justiça do trabalho influenciou a definição do vocabulário técnico que viria a ser utilizado no exercício da sua função jurisdicional, mantendo as expressões então consagradas, tais como "reclamação", "reclamante", "reclamado" e "notificação", as quais correspondem no vocabulário clássico do direito processual civil a "ação", "autor", "réu" e "citação", respectivamente.

A utilização de um vocabulário específico para o exercício da atividade jurisdicional na composição de conflitos de interesses no campo da relação capital-trabalho visou fortalecer o então incipiente direito processual do trabalho, mas houve críticas contundentes a essa opção, como se reproduz abaixo:

"São sobremodo desagradáveis as dessemelhanças terminológicas entre o processo do trabalho e o processo comum. Bem sabemos que esse fato teve como causa a criação dos órgãos da Justiça do Trabalho, na década de 40, como um simples braço do Poder Executivo. Os autores da CLT, então, não se animaram a utilizar o vocabulário do antigo CPC de 1939. Contudo, transcorrido meio século de vigência da CLT, é tempo mais que suficiente para promover-se a unificação da terminologia no direito processual. (SAAD, 1998, p. 391)."

O Direito Processual do Trabalho veio ao mundo jurídico por força de uma norma que contém em um único texto, regras de direito material do trabalho e regras de direito processual do trabalho – a Consolidação das Leis do Trabalho, popularmente conhecida pela sigla CLT.

Essa originalidade da CLT – de tratar de normas materiais e processuais em um único texto legal – permanece até os dias atuais e contribui para desfazer o formalismo desnecessário de que esses assuntos têm que ser tratados em leis diferentes.

Desgarrada do processo comum, pode a CLT criar para o processo do trabalho um procedimento específico e simplificado para ser utilizado quando da aplicação do direito aos casos concretos que lhes fossem apresentados para processo e julgamento de ações individuais.

Uma vez que o foco desse artigo está centrado no direito processual do trabalho, é conveniente para avançar em sua abordagem fazer uma revisão conceitual a respeito de processo e procedimento, o que se fará no item seguinte.

2. Processo e procedimento

Entre os pilares de sustentação da teoria geral do processo – jurisdição, ação e processo – torna-se necessário para os objetivos deste artigo dedicar uma atenção ao processo, eis que em torno dele agregam-se conhecimentos básicos fundamentadores da tese aqui desenvolvida.

A palavra processo em seu sentido comum significa uma sequência de ações visando um fim específico, como por exemplo o processo de industrialização de um alimento, no qual são praticadas diversas ações desde o início do processamento até a obtenção final do produto embalado e pronto para ser comercializado.

Embora existam fases ou etapas no processo, o sentido desse vocábulo induz ao entendimento de um todo uniforme, globalizado, com início, meio e fim.

Etimologicamente, a palavra processo vem do latim *pro cedere*, significando ir para frente, avançar:

“Processo é uma palavra com origem no latim *procedere*, que significa método, sistema, maneira de agir ou conjunto de medidas tomadas para atingir algum objetivo. Relativamente à sua etimologia, processo é uma palavra relacionada com percurso, e significa “avançar” ou “caminhar para a frente”. (*in*: <https://www.significados.com.br/processo/>).”

A palavra processo tem na acepção jurídica o mesmo sentido que tem no entendimento comum, pois o processo judicial é, também, um conjunto sequenciado de atos praticados visando um objetivo final a ser alcançado pelos sujeitos que dele participam.

Assim dizendo, processo judicial é o conjunto de atos sequenciados de que se vale o Estado para exercer a sua função jurisdicional visando aplicar o direito a um caso concreto que lhe é apresentado por alguém em desfavor de outrem, que são as partes litigantes no processo – autor e réu.

O jurista italiano Búlgaro (Século XII) inspirou-se no teatro para afirmar que o processo judicial é um ato encenado por três personagens principais: autor, juiz e réu. Essa afirmativa eternizou a sua célebre frase “*judicium est actus trium personarum: actoris, judicis et rei*”. (SALLES, 2020).

Muitos litros de tinta já correram no desenvolvimento de estudos e teorias sobre o processo, mas para embasar o presente artigo é recomendável limitar essa abordagem à diferenciação entre processo e procedimento.

Embora intrincados entre si, processo e procedimento têm conceitos diferentes, “sendo condenável seu emprego como se fossem vocábulos sinônimos” (SAAD, 1998, p. 63).

É primordial que o profissional do direito saiba manusear com segurança esses dois conceitos, como se afirma na doutrina, reiteradamente:

“É por meio da distinção entre processo e procedimento que o operador do Direito diferencia a Teoria do Processo da prática forense. Estar ciente de que o objeto de estudo é o processo e não o procedimento, significa pensar criativamente a disciplina, em vez de simplesmente reproduzir a realidade prática a que se acostumou ou que já se experimentou na profissão, já que o procedimento diz respeito à realidade corpórea da disciplina, correspondendo a um dos elementos que compõem o Direito Processual. (RODRIGUES & LAMY, 2018, p. 10).”

Procedimento, por sua vez, e a sequência dos atos que constituem o processo; é o passo a passo ou o caminho a ser percorrido desde o início do processo até o seu final.

Há no Código de Processo Civil a previsão de um procedimento padrão que é aplicado à maioria das pretensões deduzidas em juízo – procedimento comum – e diferentes procedimentos para pretensões mais específicas, levando-se em conta para essas a previsão de algum ato processual que será praticado ao longo do procedimento, como por exemplo a realização de uma perícia médica em processo de interdição ou a designação de agrimensor para piquetar a área de litígio em uma ação demarcatória de terras particulares.

O procedimento ou rito se desenvolve, portanto, com maior ou menor complexidade de atos, dependendo do litígio em si. O somatório de atos praticados durante o seu desenvolvimento é o processo.

“Enquanto o processo é uma unidade, como relação processual em busca da prestação jurisdicional, o procedimento é a exteriorização dessa relação e, por isso, pode assumir diversas feições ou modos de ser. A essas várias formas exteriores de se movimentar o processo aplica-se a denominação de *procedimentos*. (THEODORO JR. Humberto. 2017, p. 755).”

É importante, em função do exposto, ter clareza dessas duas grandezas distintas entre si, embora inter-relacionadas uma com a outra: processo e procedimento.

A CLT foi concebida com um único procedimento para processar e julgar ações individuais (dissídios individuais) entre empregado e empregador, sendo que referido rito não recebeu um nome legal, como ocorre com os procedimentos previstos no CPC.

A doutrina e a jurisprudência trabalhista importaram do CPC a expressão “procedimento comum” (ou “ordinário”) para esse rito das ações individuais trabalhistas, o que se mostrou desnecessário porque não existiam ritos especiais na CLT e, assim, não havia necessidade de nominar o rito único como sendo “comum” ou “ordinário”.

O fato é que as expressões “procedimento comum” e “procedimento ordinário” já se encontram sedimentadas no vocabulário do mundo processual trabalhista.

O fluxograma deste procedimento (rito) é mais bem visualizado com a ilustração abaixo:

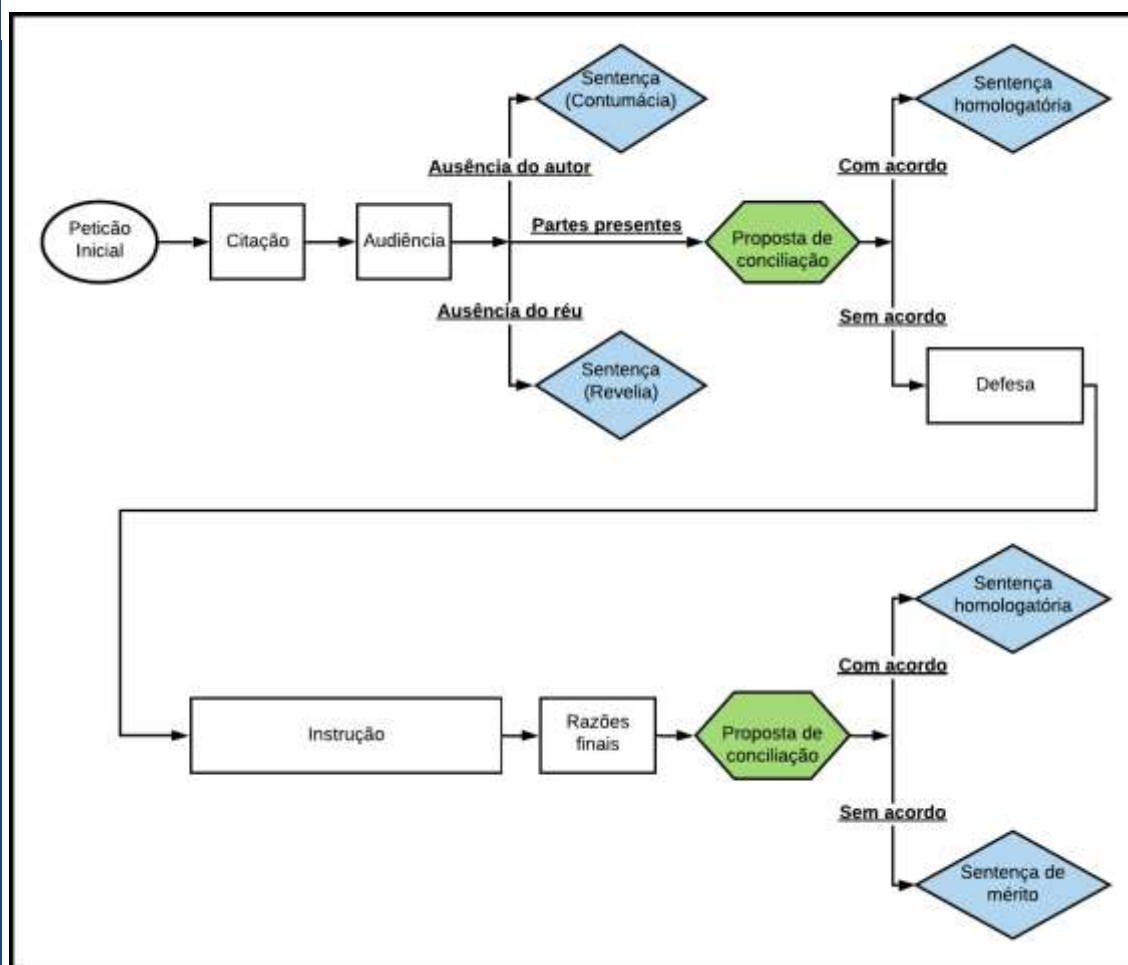


Figura 1. Fluxograma do procedimento ordinário trabalhista.

A Figura 1 contém o procedimento padrão seguido na justiça do trabalho, o qual além de ter se mostrado suficiente para os seus propósitos, serviu de referência para o procedimento previsto na lei dos juizados especiais cíveis (Lei nº 9.099/1995).

Como todo procedimento, os seus extremos são delimitados por uma petição inicial e por uma sentença, ocorrendo entre esses pontos os demais atos de um processo, tais como o acordo, a tomada de depoimentos, a confissão etc.

Esse procedimento inovou em relação ao CPC do ano de 1939 ao criar a citação pelo correio e a defesa em audiência, pois no processo civil a citação se dava por oficial de justiça e a defesa era entregue na secretaria do juízo antes da audiência de conciliação,

instrução e julgamento. O CPC atual incorporou ao seu texto a inovação da CLT de realizar a citação pelo correio (art.247/CPC).

O procedimento contido na Figura 1 concentra os seus atos em audiência: defesa, tentativa de conciliação, instrução e julgamento, sendo interessante observar o propósito conciliatório do procedimento, o qual prevê duas oportunidades para a conciliação das partes litigantes, sendo a primeira delas no início da audiência, antes da apresentação da defesa e a outra oportunidade ao final da instrução, após as razões finais pelos litigantes, sendo que a CLT atribui aos juízes e Tribunais do Trabalho o encargo de sempre utilizar “os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos” (Art. 764, § 1º da CLT).

Embora a audiência seja fracionada em duas ou mais sessões, isso não descaracteriza o rito ordinário trabalhista.

Observa-se da Figura 1, ainda, que há cinco possíveis momentos em que o juiz poderá sentenciar a causa: na abertura da audiência por ausência do autor, quando se configurará a contumácia, ou por ausência do réu, quando se configurará a confissão quanto à matéria de fato. A terceira hipótese de prolação de sentença decorrerá de as partes terem chegado a um ponto comum em suas pretensões por meio de acordo, quando a sentença o homologará fixando penalidades e despesas processuais. A quarta hipótese e prolação de sentença surgirá após a instrução do processo e exposição das razões finais pelas partes, momento em que o juiz da causa renovará seus esforços no sentido de conciliar as partes, devendo ser proferida sentença homologatória do acordo a que tiverem chegado as partes litigantes. A última hipótese de prolação da sentença ocorrerá quando não forem registradas as hipóteses anteriores e o juiz resolver o mérito do processo.

A partir daí começará a contagem do prazo recursal, o que dará início a outro procedimento.

3. Inexistência de procedimento ordinário no processo do trabalho

A Lei nº 5.584/1970 trouxe uma inovação adicional ao processo do trabalho ao limitar a interposição de recurso contra a sentença proferida em causa com valor equivalente a até 2 salários-mínimos, hipótese em que somente se admitirá recurso para tratar de matéria constitucional, como previsto em seu art. 4º. (BRASIL, 1970).

Essas causas de baixo valor econômico passaram a ser chamadas de causas de alçada exclusiva da Vara do Trabalho, ou simplesmente, causas de alçada.

É importante ter em destaque que embora a referida lei não tenha criado um segundo procedimento para o processo do trabalho, doutrina e jurisprudência se apressaram em aí vislumbrar um rito diferente do ordinário em decorrência do valor atribuído à causa, nominando esse rito como “sumário”.

Entretanto, não existe no preâmbulo do texto dessa lei e nem no seu corpo a expressão “rito sumário”, sendo que o preâmbulo apenas menciona que essa lei “dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, e dá outras providências”; não se referindo a rito ou procedimento.

A expressão ‘rito sumário’ foi e continua sendo inapropriada e indevida porque mesmo para uma causa de alçada, não houve alteração do procedimento que era seguido antes da lei em foco, uma vez que as causas ajuizadas perante a justiça do trabalho continuaram percorrendo todo o iter previsto na supra Figura 1: petição inicial, citação, audiência, contumácia ou revelia, acordo ou instrução, razões finais, nova possibilidade de sentença de acordo ou, finalmente, sentença de mérito.

À toda evidência, o rito continuou o mesmo, independentemente do valor atribuído à causa.

Não há rito diferenciado para uma causa trabalhista de 1 real e para uma causa de 100 mil reais, pois ambas tramitam pelo procedimento ordinário do processo trabalhista. O que as diferenciaria é o tratamento previsto para a fase recursal, mas aí nesse ponto já se terá esgotado o procedimento ordinário do processo de conhecimento, sendo que para a causa de alçada somente será admitido recurso ordinário que verse sobre matéria constitucional; para a outra causa o recurso poderá tratar de qualquer matéria, inclusive sobre matéria de fato.

Assim, é visível que não existe rito sumário no processo trabalho, sendo descabido o uso dessa expressão para se referir a causa com valor econômico de até 2 salários-mínimos na data do ajuizamento da ação.

A Instrução Normativa nº 27 do TST, de 16 de fevereiro de 2005, respalda o entendimento de inexistência de rito sumário no processo do trabalho, pois ela afirma que as ações ajuizadas na Justiça do Trabalho tramitarão pelo rito ordinário ou sumaríssimo, como se transcreve abaixo:

“Art. 1º. As ações ajuizadas na Justiça do Trabalho tramitarão pelo rito ordinário ou sumaríssimo, conforme previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, excepcionando-se, apenas, as que, por disciplina legal expressa, estejam sujeitas a rito especial, tais como o Mandado de Segurança, Habeas Corpus, Habeas Data, Ação Rescisória, Ação Cautelar e Ação de Consignação em Pagamento.”

Como se depreende da transcrição acima, a IN 27/TST coroa o entendimento exposto sobre os ritos processuais próprios do processo trabalhista para a resolução de dissídios individuais não prevê a existência de rito sumário a que alguns se referem ao tratar de causa de alçada exclusiva da Vara do Trabalho. (SALLES & BORGES, 2020).

4. Impropriedade da expressão ‘procedimento sumaríssimo’ no processo do trabalho

Outra inovação legislativa no processo do trabalho ocorreu no ano 2000 com a edição da Lei nº 9.957, a qual afirma, expressamente, que ela “acrescenta dispositivos à Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, instituindo o procedimento sumaríssimo no processo trabalhista.” (BRASIL, 2000).

Essa lei está na contramão do que fora vislumbrado como modelo para o funcionamento da Justiça do Trabalho no Brasil, em que se utilizaria um único rito processual para ações individuais. Com este objetivo a CLT conseguiu evitar que ela se transformasse em um “código de ritos” trabalhistas, como é o caso do Código de Processo Civil na sua área de atuação.

“O que se pretendia era a instituição de uma Justiça rápida e barata, norteadas pela oralidade processual e avessa ao formalismo jurídico, contrabalançando a desigualdade social e econômica das partes litigantes. (MARTINS FILHO. 1998, p. 186).”

Além do deslize de ter se afastado das características originais do processo do trabalho, a Lei nº 9.957 criou algumas condições diferenciadas para causas individuais cujo valor não ultrapasse quarenta vezes o salário-mínimo vigente na data do ajuizamento da ação, mas não chegou, entretanto, ao ponto de criar um rito especial para essas demandas, pois elas continuaram a tramitar pelo rito ordinário do processo do trabalho.

Semelhantemente às causas de alçada, em que somente se admite recurso ordinário que trate de matéria constitucional – sem que isso tenha o condão de gerar um procedimento especial – as causas do pretense rito sumaríssimo têm como diferenciadores das causas do rito ordinário a limitação a duas testemunhas, a citação apenas com endereço certo e a simplificação do julgamento do recurso ordinário, o qual passou a poder consistir, unicamente, da certidão de julgamento com a indicação suficiente do processo e parte dispositiva e das razões de decidir do voto prevalente. Na hipótese de a sentença ser confirmada pelos seus próprios fundamentos e estando esta circunstância registrada, passou a certidão de julgamento a servir de acórdão. (Art. 895, §1º, Inciso IV da CLT).

Quanto ao recurso de revista, a lei em foco limitou as hipóteses de seu cabimento, excluindo a divergência de julgados entre Tribunais Regionais do Trabalho, restando a sua admissão por contrariedade a súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho e violação direta da Constituição da República. (Art. 896, §6º da CLT).

Essas alterações imprimiram alguma celeridade no processamento dessas demandas com valor da causa de até 40 salários-mínimos, mas o procedimento por elas seguido continuou sendo aquele constante da Figura 1 acima exposta, isto é, o procedimento ordinário (ou comum).

É totalmente inadequada e desnecessária a afirmação contida na Lei nº 9.957 de que os dissídios individuais cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário-mínimo vigente na data do ajuizamento da reclamação ficam submetidos ao procedimento sumaríssimo

(excluídas as demandas em que seja parte a Administração Pública direta, autárquica e fundacional), pois o que há aqui é um tratamento diferenciado para a causa e não para o procedimento.

Trata-se de lei – não há a menor dúvida – mas o legislador neste caso foi muito rarefeito em termos de conteúdo de direito processual, pois deveria a norma ter se limitado a inserir essas diferenciações no procedimento ordinário trabalhista sem afirmar que estava criando um novo procedimento para o processo do trabalho, uma vez que nenhum procedimento foi criado – efetivamente – por força das modificações contidas no bojo da acima comentada Lei nº 9.957/2000.

5. Predomínio do rito ordinário no processo do trabalho

O procedimento existente no Direito Processual do Trabalho para aplicar o direito a um caso concreto de conflito de interesses individuais entre empregado e empregador está detalhado nos arts. 840 a 850, sendo de se notar que o legislador trabalhista não se preocupou, sequer, em criar um nome para este procedimento, uma vez que a CLT foi concebida com apenas um procedimento para os dissídios individuais e outro para os dissídios coletivos.

Doutrina e jurisprudência atribuíram ao procedimento para dissídios individuais o nome de “ordinário” ou “comum”, aproveitando o que existia neste sentido no CPC.

As modificações legais havidas ao longo do tempo após a edição da CLT no ano de 1943 não alteraram o procedimento comum para ações trabalhistas individuais, o qual continuou íntegro em sua originalidade e em sua aplicabilidade prática.

Para as causas com valor de até 2 salários-mínimos houve a limitação da possibilidade de interposição de recurso ordinário contra a sentença, o qual somente é admitido para tratar de matéria constitucional, mas isso não alterou em nada o rito ordinário trabalhista, o qual continuou sendo aplicado para todas as causas, independentemente do seu valor econômico.

Embora a Lei nº 9.957/2000 tenha pretendido criar um rito diferenciado para causas com valor de até 40 salários-mínimos, ela apenas limitou o número de testemunhas a prestar depoimento, tornou a sentença e o acórdão mais simples e restringiu a admissão do recurso de revista para essas demandas, mas as causas continuaram a tramitar pelo rito ordinário, com essas diferenciações comentadas, sem que isso levasse ao surgimento de um novo rito processual trabalhista.

O rito ordinário trabalhista tem, assim, sobrevivido incólume a esses experimentos legais que o legislador criou para o processo do trabalho.

Conclusões

Não há no processo do trabalho os denominados rito sumário e rito sumaríssimo, pois as demandas individuais com valores enquadrados nas definições desses supostos ritos tramitam pelo rito ordinário, originalmente criado pela CLT e que permanece incólume às leis posteriores àquela Consolidação.

A Lei nº 5.584/1970 não criou – expressamente – um rito diferenciado no processo do trabalho para demandas individuais com valor da causa de até 2 salários-mínimos, mas apenas restringiu a possibilidade de interposição de recurso ordinário contra a sentença se as razões recursais versarem sobre matéria constitucional.

Embora a Lei nº 9.957/2000 afirme, por sua vez, estar criando um rito sumaríssimo para demandas individuais trabalhistas de até 40 salários-mínimos, o que se constata é que de maneira semelhante à lei anteriormente comentada, ela não criou um rito no sentido estrito da palavra, mas apenas alguns detalhes a respeito do valor da causa, da quantidade de testemunhas e da facilitação para elaboração de sentenças e acórdãos para essas demandas.

O que se constata na prática forense é que todas as ações trabalhistas individuais tramitam pelo procedimento ordinário do processo do trabalho, o qual responde satisfatoriamente aos objetivos da Justiça do Trabalho de utilizar-se de um procedimento simplificado e de baixo custo, sem que isso prejudique o direito ao devido processo legal.

Referências

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 3 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970. Dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5584.htm>. Acesso em: 3 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.957, de 12 de janeiro de 2000. Acrescenta dispositivos à Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, instituindo o procedimento sumaríssimo no processo trabalhista. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9957.htm>. Acesso em: 3 jul. 2020.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

GIGLIO, Wagner D. & CORRÊA, Cláudia Giglio Veltri. **Direito processual do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LIMA, Fernando Antônio Negreiros. **Teoria geral do processo judicial**. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS FILHO. **Breve história da justiça do trabalho**. *In*: História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho. Iwany Ferrari, Amauri Mascaro Nascimento, Ives Gandra da Silva Martins Filho. São Paulo: LTr, 1998.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Direito processual do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

SALLES, Luiz Caetano de. **Geometria processual**: visualizando relações. Disponível em: <<https://luizcaetanosalles.jusbrasil.com.br/artigos/534390221/geometria-processual-visualizando-relacoes?ref=serp>>. Acesso em: 27 maio 2020.

_____. **Judicium est actus trium personarum: actoris, judicis et rei**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/82570/judicium-est-actus-trium-personarum-actoris-judicis-et-rei>. Acesso em: 27 maio 2020.

SALLES, Luiz Caetano de & BORGES, Isabela Cristina Ferreira. **Sentença irrecorrível na jurisdição trabalhista**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/sentenca-irrecorrivel-na-jurisdicao-trabalhista>>. Acesso em: 5 jun 2020.

THEODORO JR. Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 59. ed. São Paulo: Forense, 2017. v. 1.