

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1125

(Ano XIV)

(30/11/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR Code do Volume 1125



Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1125, (ano XIV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2022. 918 f.

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

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

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

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



Os passos para elaborar um artigo científico Temas diversos
Benigno Núñez Novo, 10.

ARTIGOS

A descriminalização do aborto em face dos direitos fundamentais da mulher: Afinal, a Descriminalização do Aborto é uma Questão de Saúde Pública?

Isabel da Silva de Carvalho, 17.

Era digital: a banalização dos crimes virtuais

Thiago Pereira Da Silva, 31.

Abuso de poder nas empresas: Empregador seus limites de poder diretivo e a incidência do assédio moral na relação de trabalho

Maria Ivanildes Pinto Vasconcelos, 40.

A Contribuição de Serviço de Iluminação Pública – COSIP em Manaus: um debate teórico em relação à sua natureza jurídica e a Taxa de Iluminação Pública - TIP.

Elias Barbosa Azevedo de Souza, 55.

A ressocialização do preso no Brasil e as consequências diante a sociedade

Paola Leandra Souza Miranda e Melissa Rodrigues Silva Araújo, 70.

Responsabilidade civil por danos a personalidade civil digital

Brenda Dias de Sousa, 86.

O princípio da insignificância nos casos de furto famélico

Gustavo Aguiar de Souza, 95.

Liberdade de imprensa e de expressão x direito à intimidade

Angela Gabriela dos Santos Feitosa, 114.

Uma análise acerca da sonegação de impostos no Brasil e potenciais danos causados à sociedade

Luciano dos Santos Alves, 13.

O crime de pedofilia na internet durante a pandemia do covid-19

Vinicius Emanuel Diniz Cavalcanti e Victoria Beatriz Barros da Silva, 143.

Uma análise sobre a recente tipificação do crime de perseguição e como impactou o meio virtual

Lucas Antônio Castelo Branco Maia, 160.

Religiosidade e religião na visão dos direitos humanos

Maria Beatriz Aires da Silva Cardoso Frosi, 178.

Adoção: irrevogabilidade em face do melhor interesse da criança

Thayanne Kellen da Silva Felix, 190.

Abandono afetivo e a responsabilidade civil: uma análise sobre a judicialização do afeto
Ita Elma Sepulchro Seidel Areas, 220.

Pandemia da covid-19 e seu impacto negativo no princípio do acesso à justiça no Brasil
Osman Gomes Da Silva e Guilherme Fernandes Bezerra, 240.

Controle de criminalidade e segurança pública
Paulo César Barreto Falcão Neto, 251.

O limite da tomada de decisão do gestor público, consoante ao poder discricionário, materializada pelo ato administrativo, frente às demandas em período de emergência e de calamidade pública no Amazonas
Luiz Franklin Chaves de Andrade, 262.

Lei geral de proteção de dados diante das declarações de imposto de renda da pessoa física
Danieli Aparecida Valeretto, Daiane Roza Figueira e Isadora Felix Alegria, 274.

Os desafios da nova concepção familiar e a falta de norma regulamentadora de adoção homoafetiva no Brasil
Patricia Barbosa De Souza, 293.

Análise dos fundamentos da prisão civil por débito alimentar e os meios executórios alternativos
Carlos Cristiano de Sousa Rêgo, 306.

Violação sexual mediante fraude
Alice da Silva Araujo, 322.

Uma análise do sistema prisional brasileiro e a evolução da pena até chegar aos dias atuais
João Cláudio de Sousa da Silva, 335.

Sistema eleitoral brasileiro: o voto como importante instrumento da democracia
Ana Karoline da Silva Bezerra, 348.

O ativismo judicial à luz da efetividade dos direitos fundamentais e do caráter criativo da interpretação jurídica
Julian Miguel de Almeida, 365.

Teletrabalho pré e pós pandemia - suas implicações na cultura e na tecnologia das empresas
Otávio Fausto Moreira da Fonseca, 378.

A contratação direta fere a isonomia na licitação?
Mario Raposo da Silva, 390.

A discriminação racial no futebol brasileiro: um estudo sobre o racismo, a legislação brasileira e o número de atos preconceituosos relacionados à origem, raça, sexo, cor e quaisquer outras formas de discriminação
Hugo Coelho Bezerra, 406.

Aspectos jurídicos da falsa “denúncia” de alienação parental no convívio familiar
Luisa Martins Miranda Costa, 421.

O consumo virtual e a proteção de dados: análise da incidência da LGPD nas transações consumeristas digitais
Marcos Paulo de Araújo, 433

Violência contra o idoso e contexto familiar: o regime de tutela constitucional da pessoa idosa em razão de insuficiência familiar

Elizabeth Garcias de Medeiros, 453.

A mitigação do princípio da vinculação ao edital nas demandas judiciais que envolvem concursos públicos

Ursula de Souza Van-erven, 468.

Planejamento sucessório a partir da constituição da holding familiar

Afonso Solidonio Silva Filho, 478.

A correlação entre os fatos imputados e a sentença penal

Alzira Lins Benayon, 479.

Princípio da insignificância e sua aplicabilidade na Lei 11.343/2006

Ydria Katherinne de Souza Silva, 512.

A crise migratória venezuelana: uma análise acerca das exigências legais para inserção de migrantes no mercado de trabalho

Mara Laisa de Brito Cardoso, 525.

Biopirataria na Amazonia: a exploração não autorizada de vegetais para uso farmacêutico x a perda da propriedade do conhecimento tradicional

Cindy Brenda Correa dos Santos, 542.

Comunidade LGBTQIA+ e a conquista de direitos

Patrícia de Medeiros Brauns, 558.

O juiz das garantias e sua efetividade constitucional: uma análise no âmbito da imparcialidade no processo penal

Carlos Laercio Ferreira da Silva e Francisco Allisson Almeida Oliveira, 590.

Distrato contratual à luz da Lei nº 13.786/18: a segurança jurídica trazida na regulamentação do distrato contratual imobiliário

Sarah Jany Barbosa de Araujo, 602.

Uma análise crítica do assédio moral e o papel do Estado para coibir e responsabilizar essa prática danosa

Júlio Neto Almeida Sales, 616.

A guarda compartilhada no contexto pandêmico à luz da convivência familiar

Luzia Macedo Vasconcelos e Hélio Augusto Passos dos Santos, 631.

A responsabilidade civil do Estado em caso de suicídio de detentos

Lucas Bernardo de Castro, 648.

Tributação ambiental: um estudo sobre o IPVA ecológico

Juliana Corrêa e Fernanda Matos Fernandes de Oliveira Jurubeba, 665.

Direitos fundamentais, as ondas renovatórias de acesso à justiça e o papel da Defensoria Pública

Caroline Austregesilo de Athayde Pessôa, 693.

Capacidade e legitimidade para ser parte no conselho de sentença: como a falta de conhecimento dos jurados pode interferir nas decisões?

Keven Glayson Martins Reis e Kelly Souza da Cruz, 701.

A ineficácia das medidas protetivas

Karoline Gonçalves Almeida, 723.

Herança digital: análise da transmissão post mortem de bens digitais no direito brasileiro

Victória Gabrielle Moreira dos Santos, 740.

Direito administrativo sancionador: Lei De Improbidade Administrativa e as inovações trazidas pela Lei Nº 14.230/2021.

Helena Paula Silva Felipe Machado, 755.

Reflexões sobre a responsabilidade civil dos pais pelos atos ilícitos dos filhos menores

Kleber Vitorino De Souza Junior, 772.

A judicialização da competência do Estado do Tocantins na fixação das alíquotas de contribuição previdenciária dos policiais e bombeiros militares.

Helio Faria da Silva, 791.

Novos contornos da terceirização trabalhista: reflexões sobre as recentes alterações da legislação trabalhista brasileira

Lucelia Ferreira Lopes Maia e Suzidarly Ribeiro Teixeira Fernandes, 809.

Estupro de vulnerável sem o contato físico

Beatriz Raquel Pontes de Lavor, 831.

O “comércio da vida”: análise do tráfico de pessoas através da comercialização de órgãos

Nathália Lucas Arraes, 852.

Criminalidade cibernética em tempos de pandemia no Brasil e o papel da responsabilidade civil no cenário atual

Bruna Gabrielly Teixeira Barbosa e Maria Eduarda Fonseca Chaves, 864.

A contratação da Fundação de Apoio Científico e Tecnológico do Tocantins (FAPTO), como interveniente administrativo e financeiro em convênio firmado com a Universidade Federal do Tocantins (UFT)

Léo Araújo Da Silva, 883

Abandono afetivo parental: responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo parental

Pedro Vitor Gonçalves da Silva, 894.

Da relativização da coisa julgada no atual Código de Processo Civil e sua afronta à democracia

Morgana Talita Tronco, 900.

OS PASSOS PARA ELABORAR UM ARTIGO CIENTÍFICO

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

RESUMO: Este artigo tem por objetivo demonstrar de forma sucinta os passos para elaborar um artigo científico. Os artigos científicos são fundamentais para a disseminação e democratização do conhecimento científico.

PALAVRAS-CHAVE: Passos; Elaboração; Artigo; Científico.

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo demostrar brevemente los pasos para preparar un artículo científico. Los artículos científicos son fundamentales para la difusión y democratización del conocimiento científico.

PALABRAS CLAVE: Pasos; Elaboración; Artículo; Científico.

ABSTRACT: This article aims to briefly demonstrate the steps to prepare a scientific article. Scientific articles are fundamental for the dissemination and democratization of scientific knowledge.

KEYWORDS: Steps; Elaboration; Article; Scientific.

INTRODUÇÃO

Artigo científico é um trabalho acadêmico que apresenta resultados sucintos de uma pesquisa realizada de acordo com o método científico aceito por uma comunidade de pesquisadores. Por esse motivo, considera-se científico o artigo que foi submetido a exame por outros cientistas, que verificam as informações, os métodos e a precisão lógico-metodológica das conclusões ou resultados obtidos.

Em geral, é uma produção curta que dificilmente ultrapassa 20 páginas. Pode ser resultado de sínteses de trabalhos maiores ou elaborados em número de três ou quatro, em substituição às teses e dissertações; são desenvolvidos, nesses casos, sob a assistência de um orientador acadêmico. São submetidos às comissões e conselhos editoriais dos periódicos, que avaliam sua qualidade e decidem sobre sua relevância e adequação ao veículo.

Antes mesmo de começar a escrever o seu artigo científico, é necessário decidir em qual revista ele será publicado.

Esta pesquisa é bibliográfica e qualitativa, justifica-se pela importância de se elaborar um artigo científico.

DESENVOLVIMENTO

O artigo científico é o registro com autoria declarada que reflete uma avaliação de um dado tema ou ideia, sendo essencial para auxiliar os profissionais de diversas áreas a adquirirem novos conhecimentos sobre determinado assunto.

1. Conheça as diferenças entre os estilos

São 3 (três) estilos: informal, jornalístico e acadêmico. Para isso, você precisa ler textos em que esses estilos apareçam.

Mas, para resumir, a escrita acadêmica é impessoal, a jornalística pretende chamar a atenção do leitor, e a informal usa linguagem coloquial (gírias, abreviações, etc).

2. Elimine palavras em excesso e torne a escrita mais objetiva

Como fazer isso? Coloque em prática o conceito de nominalização.

Nominalizar é transformar um verbo em um nome para remeter a algo já dito anteriormente.

3. Aprenda a diferença entre voz passiva e voz ativa

A definição mais simples de voz passiva é: tornar o sujeito de uma sentença o objeto de uma ação.

A voz ativa, por outro lado, tem um sujeito que pratica a ação sobre o objeto.

4. Leia artigos acadêmicos sobre o assunto que você vai escrever

Ler diferentes artigos da sua área de atuação vão lhe atualizar quanto às novidades acadêmicas, além de ser uma ótima forma de obter referências bibliográficas ou fontes de pesquisas.

Ao escrever um artigo preste atenção quanto ao uso da voz passiva. Esse tipo de escrita deve ser feito com equilíbrio, pois não é predominante no gênero acadêmico.

5. Consulte as normas técnicas da ABNT

As normas da ABNT são importantíssimas na hora de formatar seu artigo de forma adequada.

Alguns professores dão tanta importância a isso quanto dão ao texto em si. Se você pretende publicar o texto em alguma revista especializada, lembre-se de consultar a folha de estilos da mesma.

6. Preste atenção nas citações, notas de rodapé e referências bibliográficas

Plágio é a pior coisa que pode acontecer em relação a um texto desse tipo.

Não pense que citar alguém vai desmerecer seu texto, pelo contrário, citações servem para dar mais força aos seus argumentos.

7. Elimine o máximo de erros de gramática

Para isso você deve ler e reler o quanto for necessário. Erros de ortografia são inaceitáveis em artigos científicos. Lembre-se, também, de ter **cuidado com a pontuação!**

Antes de escrever seu artigo científico escolha um periódico

Você elaborou um projeto de pesquisa de um tema, realizou a pesquisa e acredita ter encontrado uma solução adequada. Chegou o momento de divulgar para a comunidade acadêmica para ser discutida e avaliada por outros cientistas através da publicação em periódicos.

E você já escolheu em qual revista irá publicar seu artigo científico? Antes de iniciar a elaboração e redação do seu artigo é recomendado que escolha uma revista científica adequada. Isso irá te poupar muito tempo em adequações às normas e ao estilo da revista, pois o artigo já será escrito, desde o início, de acordo com estes critérios.

Faça um levantamento das revistas que são referência na sua área e quais publicam artigos com o mesmo enfoque da sua pesquisa. Leia alguns artigos relacionados ao seu tema, leia também a página "instruções aos autores", verifique as regras editoriais e os critérios de avaliação dos artigos.

Pesquise o Fator de Impacto do periódico e a sua Classificação

O Fator de Impacto pode ser consultado no **Journal Citation Reports** (com o acesso via proxy ao Portal de Periódicos da Capes ou de um computador de uma instituição conveniada, clique em "establish a new session"). A classificação da revista por ser consultada no **Qualis** da Capes.

Como fazer um artigo científico passo a passo

Após escolher o periódico para publicar seu artigo científico é o momento de planejar seu conteúdo.

Para ser aceito em periódicos ou eventos, o seu artigo científico precisa estar **adequado às normas da ABNT**.

A melhor dica é escrever o texto já dentro da ABNT desde o início. Esse cuidado irá te poupar tempo e evitar estresse desnecessário com muitos detalhes acumulados e referências para formatar no final.

Pesquise e leia a **Norma ABNT NBR 6022** que fala especificamente sobre Artigos Científicos.

Agora é hora de escrever! Confira a **estrutura típica de um artigo** e dicas para elaborar cada um dos tópicos:

O artigo científico possui a seguinte estrutura:

1. Título
2. Autor (es)
3. Epígrafe (facultativa)
4. Resumo e Abstract
5. Palavras-chave
6. Conteúdo (Introdução, desenvolvimento textual e conclusão)
7. Referências.

Passo 1 – Título

Faça um título que transmita o tema principal do artigo, procure escrever um título curto e que desperte o interesse dos leitores.

Passo 2 – Autor (es)

O autor do artigo deve vir indicado do centro para a margem direita. Caso haja mais de um autor, os mesmos deverão vir em ordem alfabética.

Passo 3 – Epígrafe

É um tópico normalmente facultativo, que expressa um pensamento referente ao conteúdo principal do artigo científico.

Passo 4 – Resumo e Abstract

Como o nome sugere é uma síntese com uma quantidade pré-determinada de palavras (verifique a regra editorial do periódico que pretende publicar). O resumo deve conter o objetivo do artigo, a metodologia adotada no projeto para solucionar o problema e os resultados obtidos com a pesquisa.

Passo 5 – Palavras-chave

São palavras características do tema que servem para indexar o artigo, até 6 (seis) palavras.

Passo 6 – Conteúdo (Introdução, desenvolvimento e conclusão)

Esse passo é onde você irá dedicar maior tempo e atenção. Veja as dicas de cada etapa para elaborar um conteúdo relevante:

Introdução do artigo

Escreva alguns parágrafos que além de contextualizar o leitor com o tema seja atrativo, que seja um convite para que o leitor continue a leitura até o final do artigo. O texto de introdução precisa responder "o quê", "para quê" e o "como" da sua pesquisa científica, ou seja, expõe a problema de estudo (o quê), os objetivos (para que) e a metodologia utilizada no estudo (como).

Desenvolvimento do artigo

Nesta etapa deve-se fazer uma exposição e uma discussão das teorias que foram utilizadas para entender e esclarecer o problema, relacionando cada uma com a dúvida investigada.

Se for uma Revisão de Literatura, o objetivo é de desenvolver a respeito das contribuições teóricas a respeito do assunto abordado.

Quando o artigo inclui a pesquisa descritiva apresentam-se os resultados desenvolvidos na coleta dos dados através das entrevistas, observações, questionários, entre outras técnicas.

Para não perder a sequência lógica entre os assuntos de um tópico e sub tópico do artigo, faça um roteiro e rascunho, listando as informações e a ordem em que elas aparecerão no texto.

Insira no tópico de desenvolvimento apenas os resultados que contribuíram de fato para suas conclusões. Na apresentação dos resultados utilize gráficos, figuras que facilitam a observação dos efeitos e causas, e tabelas para dados numéricos.

Lembre-se de adequar figuras ao que o periódico pede (dimensões, resolução, tipo de arquivo). Softwares gratuitos como o **Inkscape** e o **Gimp** podem ajudar muito!

Alguns professores recomendam fazer um sub tópico para Discussão dos resultados evitando repetições desnecessárias. Ao elaborar a Discussão enfatize os resultados mais importantes e compare os resultados obtidos na sua pesquisa com os resultados obtidos por outros pesquisadores por exemplo.

Conclusão do artigo

Neste tópico são relacionadas às ideias desenvolvidas num texto que resume os principais resultados, com os comentários do autor e as contribuições trazidas pela pesquisa.

A conclusão é um fechamento do trabalho estudado que responde às hipóteses enunciadas e aos objetivos da pesquisa que foram apresentados no tópico de Introdução.

Passo 7 – Referências

Trata-se de uma listagem dos livros, artigos e outros elementos de autores efetivamente utilizados e citados ao longo do artigo.

Cuidados e dicas extras para você fazer um artigo científico

Linguagem do artigo

Para que seu artigo seja relevante exige-se que tenha linguagem correta e precisa, coerência na argumentação, clareza na exposição das ideias, objetividade, concisão e fidelidade às fontes citadas.

Use termos técnicos na medida certa, sem exageros, assim você amplia o alcance para um público maior.

Observe se não há contradições e confusões no desenvolvimento das ideias da pesquisa. A Introdução, Desenvolvimento e Conclusão devem estar alinhados e relacionados entre si, apresentados de forma lógica.

Revisão

Após redigir todo o artigo, deixe o texto “descansar” por alguns dias. Assim você se desconecta e se prepara para enxergar pontos que passaram despercebidos por estar acostumado com o texto.

Leia o artigo inteiro primeiro e obtenha uma visão do trabalho como um todo, verifique se o texto mantém uma unidade e coerência entre Introdução, Desenvolvimento e Conclusão.

Verifique se há ideias repetidas ou pontas soltas no texto, verifique a adequação da linguagem e a gramática.

Releia. Releia. E, releia. Não economize na etapa de revisão. Uma dica bacana é pedir para um colega de sua área ler o artigo. Vale até contratar um profissional especializado para revisar e corrigir erros gramaticais, ortográficos e de linguagem, além de revisar a formatação e verificar se estão de acordo com as normas da ABNT.

Acompanhe a repercussão do seu artigo científico

Após publicar sua pesquisa acompanhe a repercussão do seu trabalho no mundo científico. Obtenha feedback do seu trabalho através dos comentários (críticas e elogios) e aprenda com eles.

Pesquise quem está citando o seu artigo e quais as contribuições da pesquisa para o mundo acadêmico.

Além de contribuir para divulgação científica, escrever um artigo técnico traz uma ótima experiência profissional que enriquece o seu currículo acadêmico e profissional. É uma boa oportunidade para:

- a) ganhar reconhecimento dentro da comunidade científica;
- b) alcançar melhor colocação no mercado de trabalho;
- c) divulgar o nome da sua instituição de ensino.

CONCLUSÃO

Escrever um artigo permite aos autores o compartilhamento de informações e aprendizado contínuo, pois relaciona a busca por referenciais bibliográficos, que proporcionam conhecer vários conceitos, com o ambiente estudado que, por sua vez, vai apresentar características e até mesmo problemas; e cabe aos pesquisadores solucionar e explicar o objeto de estudo através de ferramentas e raciocínios.

Os artigos científicos são fundamentais para a disseminação e democratização do conhecimento científico. Isso sem contar que eles colocam toda a academia “na mesma página”, já que pesquisadores de diversos locais do Brasil e do mundo saberão o que está sendo feito e pensado em relação a determinado assunto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023: **informação e documentação**: referências: elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

MEDEIROS, João Bosco; ANDRADE, Maria Margarida. **Manual de elaboração de referências bibliográficas**: a nova NBR 6023:2000 da ABNT: exemplos e comentários. São Paulo: Atlas, 2001.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Manual da monografia jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

RODRIGUES, André Figueiredo. **Como elaborar referência bibliográfica**. 7. ed. São Paulo: Humanitas, 2008.

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 22ª ed. São Paulo: Cortez, 2001.

A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER: AFINAL, A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO É UMA QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA?

ISABEL DA SILVA DE CARVALHO:

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário FAMETRO.

RESUMO: O trabalho em específico irá tratar como o aborto influencia na vida da mulher. Algo bastante comum nos dias atuais, mesmo criminalizado e os perigos de se submeter ao aborto inseguro, não parecem intimidar as mulheres, e assim não evitando a sua prática. A lei em vigor hoje, que criminaliza a prática no Brasil, tem se mostrado ineficaz, ainda assim, penaliza e expõe de forma desigual as mulheres brasileiras a riscos desnecessários. Isso implica em altos custos ao sistema de saúde, danos à saúde reprodutiva individual e o óbito das mulheres. Sendo assim, o presente trabalho busca contribuir para o entendimento de que o aborto deve ser legalizado por ser uma obrigação do Estado garantir uma segurança maior às mulheres, assegurando a vida e a dignidade de todas. E principalmente, o direito à saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Aborto, Descriminalização, Estado, Saúde Pública, Brasil, Mulheres.

ABSTRACT: The specific work will deal with how abortion influences a woman's life. Something quite common nowadays, even criminalized and the dangers of submitting to unsafe abortion, do not seem to intimidate women, and thus not avoiding its practice. The law in force today, which criminalizes the practice in Brazil, has proven to be ineffective, yet it penalizes and unequally exposes Brazilian women to unnecessary risks. This implies high costs to the health system, damage to individual reproductive health and the death of women. Therefore, the present work seeks to contribute to the understanding that abortion must be legalized because it is an obligation of the State to guarantee greater security to women, ensuring the life and dignity of all. And above all, the right to health.

KEYWORDS: Abortion, decriminalization, State, public health, Brazil, women.

Sumário: Introdução. 1. Aborto. 2. O aborto no Ordenamento Jurídico. 3. O aborto como uma questão de saúde. 4. A descriminalização do Aborto como garantia dos direitos das mulheres. 5. A legalização do aborto ao redor do mundo. 6. Políticas Públicas ao Aborto. 7. Conclusão. 8. Referencial Bibliográfico.

INTRODUÇÃO

O debate alusivo ao aborto no país exige grande responsabilidade, e deve ser entendida como uma situação de saúde pública, que emerge cuidados e respeito aos direitos das mulheres.

Globalmente, o aborto continua a colocar em risco seriamente a vida e o bem-estar das mulheres, pois está entre as principais causas evitáveis de morte materna. A sua criminalização atinge principalmente mulheres em situação de vulnerabilidade, pobres, negras e indígenas. É certo dizer que o aborto já ocorre mesmo que ilegalmente, ou seja, abre espaço para que as mulheres

que buscam os meios ilícitos pela ausência de opção se submetem a procedimentos em condições longe do apropriado, quando realizados sem a necessária assepsia, por pessoas sem treinamento e por meio de equipamentos perigosos, quase sempre levam a sérias complicações e à morte.

Por se tratar de uma prática ilegal, não há dados corretos. Isso porque muitas das que fazem a interrupção da gravidez por conta própria sofrem consequências e têm que recorrer ao Sistema Único de Saúde (SUS) para atendimento.

Portanto, a descriminalização do aborto permitirá que as mulheres procurem o serviço de saúde pública, o que fará com que sejam devidamente orientadas por profissionais qualificados para tanto, contando ainda com apoio psicológico. E por fim, evitará muitas mortes ou lesões de toda a gravidade de mulheres que passam pelo procedimento clandestino.

Ademais, a criminalização do aborto é contraditória aos direitos fundamentais, dentre eles, os direitos sexuais e produtivos da mulher. Além da autonomia feminina, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais e ainda sua integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez.

1. ABORTO

Aborto é a interrupção da gravidez, com a consequente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intrauterina, a qual se dá no início da gravidez. Seguindo o parâmetro delimitado pela Medicina, o início da gravidez se dá com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, momento no qual se dá o desenvolvimento do ser gerado no útero materno até culminar no seu nascimento. Este é o entendimento que predomina na doutrina, ou seja, a proteção penal do aborto inicia-se com a fecundação. (CAPEZ, 2018)

As gestações não planejadas e os abortamentos provocados são atribuídos em grande parte, ao atraso cultural, a paternidade irresponsável, ao uso inadequado de métodos anticoncepcionais, à falta de educação sexual e o problema da gravidez na adolescência. (NADER, 2008).

2. O ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

No Código Penal atual o aborto está tipificado nos artigos 124 a 128:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena – detenção, de um a três anos.

O art. 124 fez a previsão do aborto provocado pela gestante (autoaborto) ou o aborto provocado com seu consentimento. No autoaborto, por ser um crime de mão própria, temos somente a gestante como sujeito ativo do crime, sendo o óvulo fecundado, embrião ou feto, ou seja, o produto da concepção, protegido em suas várias etapas de desenvolvimento. (ROGÉRIO GRECO, 2017)

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 – Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de três a dez anos.

O art. 125 prevê o delito de aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante, tem-se entendido que qualquer pessoa pode ser sujeito ativo dessa modalidade de aborto, uma vez que o tipo penal não exige nenhuma qualidade especial, sendo o sujeito passivo, de forma precípua, o produto da concepção e, de maneira secundária, a própria gestante. (ROGÉRIO GRECO, 2017)

Art. 126 – Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Já no art. 126 diz respeito ao aborto provocado por terceiro, com o consentimento da gestante. Aqui também qualquer pessoa poderá ser sujeito ativo do crime. Quanto ao sujeito passivo, entendemos que somente o fruto da concepção (óvulo fecundado, embrião ou feto) é que poderá gozar desse status, pois que, se a gestante permitir que com ela sejam praticadas as manobras abortivas, as lesões de natureza leve porventura sofridas não a conduzirão a também assumir o status de sujeito passivo, dado o seu consentimento. Contudo, sendo graves as lesões ou ocorrendo a morte da gestante, esta também figurará como sujeito passivo, mesmo que secundariamente, haja vista a invalidade de seu consentimento, em decorrência da gravidade dos resultados. (ROGÉRIO GRECO, 2017).

Forma qualificada

Art. 127 – As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Rogério Greco (2017) afirma que há no presente artigo uma impropriedade técnica, quando prevê forma qualificada. Pois na verdade, verifica-se não existir qualificadoras, mas existem causas especiais de aumento de pena, ou majorantes. Dessa forma, apenas no terceiro momento do critério trifásico de aplicação da pena, é que o julgador, verificadas as lesões corporais graves ou a morte gestante, aplicará o aumento de um terço, ou mesmo duplicar a pena até então encontrada.

Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I – Se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Não há como deixar de lado o raciocínio relativo ao estado de necessidade no chamado aborto necessário. Isso porque, segundo se deduz da redação do inciso I do art. do Código Penal, entre a vida da gestante e a vida do feto, a lei optou por aquela. No caso, ambos os bens (vida da gestante e vida do feto) são juridicamente protegidos. Um deve perecer para que o outro subsista. A lei penal, portanto, escolheu a vida da gestante ao invés da vida do feto. Quando estamos diante do confronto de bens protegidos pela lei penal, estamos também, como regra, diante da situação de estado de necessidade, desde que presentes todos os seus requisitos, elencados no art. 24 do Código Penal. (ROGÉRIO GRECO, 2017)

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II – Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (BRASIL, 1940).

Entendemos, com a devida vênia das posições em contrário, que, no inciso II do art. do Código Penal, o legislador cuidou de uma hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, não se podendo exigir da gestante que sofreu a violência sexual a manutenção da sua gravidez, razão pela qual, optando-se pelo aborto, o fato será típico e ilícito, mas deixará de ser culpável. (ROGÉRIO GRECO, 2017)

O aborto em caso de anencefalia também é considerado aborto legal, pois foi julgado através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, onde se julgou constitucional a interrupção da gravidez nos casos de gestação de feto anencefálico.

Capez explica que:

Não configura crime de aborto, pois não existe possibilidade de vida viável. A anencefalia é caracterizada pela má formação do tubo neural. Estando ausentes o encéfalo e a calota craniana, o que leva à morte do recém-nascido, em razão da absoluta impossibilidade de vida independente. Nesses casos, inexistente atividade cerebral. A patologia é considerada letal pela medicina. (CAPEZ, 2018)

A gestante que estiver em um desses três casos tem direito de realizar gratuitamente o aborto legal por meio do SUS – Sistema Único de Saúde. Em se tratando de gravidez que ponha risco a vida da mulher ou feto anencefálico não há limite de semanas de gestação para realizar o aborto.

Em casos de violência sexual/estupro, no Código Penal não tem um parâmetro de quantas semanas deve ser realizado o aborto legal, porém, há uma recomendação de fazer até 20 semanas de gestação, ou 22 semanas caso o feto pese menos de 500 gramas. A realização deste abortamento não se condiciona a decisão judicial, não havendo exigência de alvará ou autorização, mas a presunção da veracidade da mulher e da adolescente.

Além dessas situações em que é permitido realizar aborto no Brasil, há também a Lei 12.815/2013, que dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. A lei garante às pessoas o atendimento imediato em todos os hospitais integrante da rede do SUS.

O abortamento é considerado crime pela lei brasileira, entretanto, ele é frequentemente praticado e dificilmente a punição judicial é aplicada. Por outro lado, os casos de abortamento permitidos pela lei são relativamente pouco praticados na condição de abortamento legal, seja por falta de acesso aos serviços de saúde, seja pelo medo de incriminação e desconhecimento dos trâmites legais para realizá-lo. (NADER, 2008).

3. O ABORTO COMO UMA QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA

A abordagem do aborto como questão de saúde pública coloca acima de opiniões e crenças pessoais o bem estar da população, o direito à saúde e o tratamento integral e humanizado nos serviços públicos de saúde. E dada a magnitude da demanda sobre a rede pública, atenção ao abortamento deve sim ser enfrentada no âmbito das problemáticas da saúde pública.

As principais pesquisas sobre aborto no Brasil comprovam que a ilegalidade traz consequências negativas para a saúde das mulheres, pouco coíbe a prática e perpetua a desigualdade social, pois o aborto é vivido majoritariamente por mulheres pobres e que não tem acesso aos recursos médicos para o aborto seguro. (BRASIL, 2008)

Sanitaristas, feministas, gestores e ministros de Estado no Brasil afirmam que o aborto é uma questão de saúde pública, contudo, apesar do vasto coro que o sustenta, o debate público sobre a descriminalização do aborto caminha a passos lentos. (DINIZ; MENEZES, 2012)

A criminalização do aborto no Brasil acarreta atualmente questões que entram em conflito com os direitos fundamentais das mulheres. Porém o Estado se preocupa muito em proteger a vida intrauterina e esquecem das consequências que essa proteção pode trazer as mulheres. Com as práticas abortivas clandestinas e os seus resultados, a taxa de mortalidade materna constitui transtorno na saúde pública, saúde essa que é um direito fundamental do cidadão e dever do Estado de suprir.

Conforme a Constituição Federal diz em seu art.196:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

É nítida que a legislação brasileira é falha e ineficaz, que mesmo criminalizando o aborto não muda o fato da grande quantidade de aborto que vem ocorrendo no Brasil e como isso

expõe as mulheres ao risco, não sendo considerado um meio eficiente, pois na tentativa de proteger vida intrauterina, acaba colocando a vida do feto e da mãe em perigo.

A existência de clínicas clandestinas, com oferta de medicamentos com propriedades abortivas é a prova que existe uma demanda de mulheres que estão decididas a interromper a gestação, independente da proibição legal.

As mulheres sempre fizeram e farão aborto, e não é a criminalização que irá reduzir isso, pelo contrário, é uma das principais causas de morte materna no mundo. As que se submetem a prática ilegal, o principal método abortivo é uma combinação de chás e remédios adquiridos da internet ou no mercado negro, porém, a maioria das vezes o aborto é mal sucedido acarretando sua morte ou termina com as mulheres internadas nos hospitais públicos com a realização da curetagem e outros tratamentos pós-abortamento. A saúde das mulheres é impactada negativamente, pois sem o apoio e os recursos necessários buscam na clandestinidade o acesso aos procedimentos abortivos, levando-as a morte ou acarretando em sequelas física, psicológicas e sociais.

Conforme Roseires Pereira:

O que vemos é que o aborto continua sendo feito. A despeito de todo avanço científico na Medicina, as mulheres continuam longe de ter acesso ao que de mais moderno existe. Seguem morrendo. Se só uma for à óbito já é uma tragédia. Há outras sequelas sociais, pois muitas têm hemorragia, infecção, ficam inférteis, com dor pélvica e têm problemas a vida toda decorrentes abortos mal feitos. Parecem que as pessoas vivem fora da realidade e não enxergam que negar o direito da interrupção da gravidez à mulher é atraso social. [...] Metade das mulheres que enfrentam o aborto ilegal precisam de atendimento médico, de internação. O uso de medicamentos também reduziria o impacto na saúde pública. Sem falar que os embates morais ou religiosos não podem desobrigar o Estado de garantir o direito à saúde das mulheres, menos ainda levá-lo a criminalizar o cuidado médico no exercício de seu dever constitucional. (PEREIRA, 2018)

Podemos dizer que descriminalizar não é um meio para contrariar a legislação, o ponto central é a situação da mulher, a saúde, a vida, pois está levando em consideração o risco caso não queiram levar adiante a gestação fazendo-as tomar atitudes desesperadoras, sem decência, submetendo-as a clínicas que não fornecem parâmetros de saúde.

São muitas as razões que levam as mulheres a praticar o aborto clandestino, como falta de planejamento familiar; o desemprego; a violência doméstica; ou a simples falta de desejo de ser mãe.

Diniz afirma:

Que algumas mulheres, por diferentes razões, tomem a decisão de abortar, é uma realidade, que deve ser enfrentada de forma prudente e refletida. O

número de abortos que se produzem no mundo é amplo, mas é uma evidência também que os países que regularam o aborto voluntário por lei diminuíram essas taxas. Isso, ainda, é acompanhado de políticas educativas sobre contraceptivos e educação sexual. Portanto, em primeiro lugar: 1) o aborto é uma realidade que afeta a sociedade e que não podemos ignorar; 2) a forma de enfrentar o problema deve basear-se em políticas de prevenção de gravidez não desejada, mediante a educação; 3) a despenalização e a regulação da interrupção voluntária da gravidez oferece garantias sanitárias e jurídicas, para as mulheres que livremente decidam abortar e evitar problemas derivados do aborto clandestino. (DINIZ, 2008)

Uma vez legalizado, o aborto traria menos problemas as mulheres, trariam efeitos positivos e convenientes para a saúde pública, assim como o direito de as mesmas exercê-la de forma consciente, segura e digna.

4. A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO COMO GARANTIA DE DIREITOS DA MULHER

O direito penal não pode ser um repositório de comportamento moral e religioso. O direito penal visa proteger os bens jurídicos definidos no âmbito do Estado laico. Um país precisa respeitar os direitos básicos, principalmente no campo penal, para poder se firmar como democrático (MENDES, 2014)

Há uma posição na jurisprudência, por meio da decisão exarada no acórdão do Habeas Corpus (HC) nº 124.306 – RJ/STF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), julgado em 29/11/2016, DJe: 24/04/2017, com base numa perspectiva hermenêutica, a tensão entre o crime de aborto e os direitos fundamentais da mulher sob a égide do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Vejamos a decisão:

Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts.

124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela 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; (ii) é possível que o Estado evite 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; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus. (BRASIL, STF, 2016).

Acredita-se que a descriminalização do aborto pode contribuir para a efetivação dos direitos fundamentais das mulheres, à medida que a criminalização do aborto ofende à sua autonomia; violação do direito à integridade física e psíquica; violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher e violação à igualdade de gênero.

Nesse sentido, no que tange a violação à autonomia da mulher, o ministro Luís Roberto Barroso pontua:

A criminalização viola, em primeiro lugar, a autonomia da mulher, que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo

princípio da dignidade humana (CF/1988, art. 1º, III). A autonomia expressa a autodeterminação das pessoas, isto é, o direito de fazerem suas escolhas existenciais básicas e de tomarem as próprias decisões morais a propósito do rumo de sua vida. Todo indivíduo – homem ou mulher – tem assegurado um espaço legítimo de privacidade dentro do qual lhe caberá viver seus valores, interesses e desejos. Neste espaço, o Estado e a sociedade não têm o direito de interferir. Quando se trata de uma mulher, um aspecto central de sua autonomia é o poder de controlar o próprio corpo e de tomar as decisões a ele relacionadas, inclusive a de cessar ou não uma gravidez. Como pode o Estado – isto é, um delegado de polícia, um promotor de justiça ou um juiz de direito – impor a uma mulher, nas semanas iniciais da gestação, que a leve a termo, como se tratasse de um útero a serviço da sociedade, e não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida? (BRASIL, STF, 2016).

Barroso entende que a criminalização afeta a integridade física e psíquica da mulher.

O direito à integridade psicofísica (CF/1988, art. 5º, caput e III) protege os indivíduos contra interferências indevidas e lesões aos seus corpos e mentes, relacionando-se, ainda, ao direito à saúde e à segurança. A integridade física é abalada porque é o corpo da mulher que sofrerá as transformações, riscos e consequências da gestação. Aquilo que pode ser uma bênção quando se cuida de uma gravidez desejada, transmuda-se em tormento quando indesejada. A integridade psíquica, por sua vez, é afetada pela assunção de uma obrigação para toda a vida, exigindo renúncia, dedicação e comprometimento profundo com outro ser. Também aqui, o que seria uma bênção se decorresse de vontade própria, pode se transformar em provação quando decorre de uma imposição heterônoma. Ter um filho por determinação do direito penal constitui grave violação à integridade física e psíquica de uma mulher. (BRASIL, STF 2016)

A criminalização também viola os direitos sexuais e reprodutivos femininos, dentre eles, o direito de decidir se deseja ou não ter filhos.

[...] incluem o direito de toda mulher de decidir sobre se e quando deseja ter filhos, sem descriminalização, coerção e violência, bem como de obter o maior grau possível de saúde sexual e reprodutiva. A sexualidade feminina, ao lado dos direitos reprodutivos, atravessou milênios de opressão. O direito das mulheres a uma vida sexual ativa e prazerosa, como se reconhece à condição masculina, ainda é objeto de tabus, discriminações e preconceitos. Parte dessas disfunções é fundamentada historicamente no papel que a natureza reservou às mulheres no processo reprodutivo. Mas justamente porque à mulher cabe o ônus da gravidez, sua vontade e seus direitos devem ser protegidos com maior intensidade. (BRASIL, STF, 2016)

Vale destacar, que defender a legalização do aborto não significa apoiar a realização contínua e inconsequente da prática. Na verdade, quem luta para retirar do ordenamento jurídico criminal brasileiro a previsão deste delito tem como objetivo maior o cumprimento, pelo Estado, da sua função primordial de garantidor de direitos. (LIMA, 2013)

A maioria das mortes decorrentes de abortamentos inseguros ou decorrentes de complicações que surgiram após o abortamento ou em sua tentativa, ocorre sempre em países onde a sua lei proíbe tal prática (SÁ, 2016). A restrição faz com que milhares de mulheres se submetam a procedimentos arriscados, e mesmo assim não é o suficiente para que impeça a prática de tal conduta. Diferentemente de países onde essa restrição é menos complexa, sua taxa de mortalidade materna cai drasticamente (REBOUÇAS; DUTRA, 2011).

5. A Legalização do Aborto ao Redor do Mundo

O aborto tem se tornado mais seguro nos países onde é legal, visto que enseja o estudo e implantação de técnicas que asseguram cada vez mais efetivamente a vida e saúde da mulher.

A descriminalização do aborto em países desenvolvidos é uma lição, para uma proteção mais humana às mulheres, que devem ser estimadas como tal, capazes de escolher o que lhe serve ou não, o que irá lhe fazer bem ou não.

Nos últimos anos, diversos países da América Latina legalizaram a interrupção da gravidez, colocando um fim nos procedimentos clandestinos.

Em 2020, a Argentina aprovou a lei que permite o aborto, em todos os casos, até a 14ª semana de gestação. Em 2021, a Suprema Corte do México também legalizou a prática. Em 2022, foi a vez da Colômbia, que descriminalizou o aborto até a 24ª semana de gestação. Ademais, Uruguai, Guiana e Guiana Francesa já previam a interrupção da gravidez por lei anteriormente.

Na França, o aborto foi legalizado em 1975. Em Portugal, a legalização aconteceu em 2007. Canadá, Dinamarca, Suécia, Espanha, Cuba, Rússia, Coreia do Norte, Holanda e Nova Zelândia também estão na lista de países que legalizaram o aborto.

De acordo com os dados do Ministério da Saúde Pública, no Uruguai, que é um caso mais recente, nos primeiros anos da lei houve um aumento no número de abortos e depois foi observada uma estabilização. Entre 2013 e 2014, os dois primeiros anos da lei em vigor, o número de abortos cresceu 27%. Já entre 2016 e 2017 o aumento foi de 2%.

Soledad González, cientista política e integrante do coletivo feminista Cotidiano Mujer, explicou em entrevista à revista Gênero e Número que esse aumento faz parte da etapa de implementação da lei. Com a legalização, segundo a especialista, as mulheres passam a confiar mais no sistema de saúde e utilizá-lo com mais frequência. Não se trata necessariamente de um aumento real no número de abortos, mas um aumento no número de abortos legais, as mulheres deixem de fazê-lo de forma clandestina e passam a fazê-lo de maneira segura.

Ademais, o acesso universal e gratuito ao aborto legal e seguro faz valer os direitos fundamentais invioláveis protegidos pela nossa constituição, assim como, dignidade, igualdade, liberdade, cidadania, direito à vida, à saúde e, vale destacar, ao planejamento reprodutivo. Por esse motivo, que a luta pela descriminalização do aborto no Brasil, sem retrocesso admissível nas etapas conquistadas, constitui uma luta pela prevalência da plenitude dos direitos humanos das mulheres.

6. Políticas Públicas ao Aborto

A equação que envolve a legalização do aborto integrado a políticas de educação sexual e prevenção da gravidez resulta em menos abortos, ao contrário da criminalização que apenas contribui para colocar em risco a vida e a saúde de mulheres que não possuem recursos econômicos para realizar o procedimento de maneira segura e sigilosa.

Em uma entrevista à Folha, Drauzio Varella defende a legalização e diz:

A legalização do aborto não impede que políticas de gravidez precoce e indesejada e de educação sexual sejam implementadas. A legalização pode salvar vidas de mulheres que muitas vezes são mães, sofrem para criar os filhos sozinha, buscam prevenção no SUS, não encontra, e se torna mais uma vítima, ao abortarem em clínica clandestina, ou dentro de casa (VARELLA, Drauzio, Seminário Sabatina, Folha, 2005)

O Estado deve ser capaz de propiciar as mulheres as melhores condições para assegurar os seus direitos, é necessário enfatizar que o grave problema da saúde pública não será resolvido com a simples proibição legal. Assim como a descriminalização do aborto, constata-se também a necessidade de haver outras medidas, em políticas públicas que consigam diminuir as taxas de abortos, por meio da educação para a prevenção de gravidezes indesejadas, para assim evitar levar a óbito ou ficar com se as mulheres optam para a prática clandestina.

É recomendado pela OMS (2013), que o Estado aplique medidas que garanta as mulheres que não serão sujeitas a submeterem-se a abortamentos inseguros. As políticas devem se moldar, se adequar ao fato para que respeitem os direitos da mulher e protejam a saúde, oferecendo informações e serviços de qualidade. Existem barreiras que implantadas por leis, impedem que mulheres tenham fácil acesso sobre esses serviços, que forneçam abortamentos de qualidade, abrindo espaço para meios inseguros, então o ideal é que essas barreiras sejam afastadas para que se possa fazer uso e gozo desses direitos, como por exemplo, não ter que ser exigido à autorização de terceiros (pais, maridos ou autoridade hospitalar) para o acesso, diminuir o custo de honorários médicos para mulheres e adolescentes de baixa renda, oferecer informações sobre os meios legais e a atual situação jurídica do aborto, providenciarem mecanismos, instalações, médicos, equipamentos, aprovação de medicamentos que seja possível a realização de cirurgias e o emprego de medicamentos, providenciar transportes públicos com preços mais acessíveis e principalmente que as opiniões, crenças e valores morais não influenciem a ponto de impedir

esse direito. Barreira essas que desencoraja a mulher de buscar ajuda por esses profissionais e ter acesso a esses serviços, contribuindo para um abortamento inseguro.

Desenvolver programas que ofereçam ampla informação e acesso a serviços sexuais e reprodutivos, introduzindo o planejamento familiar, os meios de contracepção, bem como sobre serviços de abortamento legal. Ao empregar esses programas poderá reduzir a mortalidade materna, inclusive em adolescentes por causa da gravidez indesejada e precoce e da prática de abortamentos inseguros (OMS, 2013).

É necessário mudar a legislação, para aproximá-la da realidade social e de um ideal de um Estado laico e pluralista, somente com uma mudança referente à legislação do aborto é que será possível garantir uma série de direitos das mulheres, o Estado tem o dever de intervir, descriminalizando o aborto e combatendo os riscos à saúde da mulher (ANDRADE, s.d.).

7. CONCLUSÃO

O aborto é um problema de saúde pública multidimensional, complexo e polêmico que afeta diretamente os direitos das mulheres.

O aborto é, muitas vezes, realizado às escondidas ou clandestinamente, muitas gestantes se submetem a métodos inseguros para praticar o aborto na clandestinidade, fato que explica a alta mortalidade de mulheres em decorrência de procedimentos mal feitos. É inaceitável que o Estado permita que inúmeras mulheres continuem vindo a óbito todos os dias por realizarem a prática clandestinamente, é obrigação do Estado entender essa questão como saúde pública e fazer mudanças na legislação para que exista parâmetro entre o direito da vida do feto e o direito da escolha da mulher.

Além disso, internações hospitalares causadas por abortos inseguros são recorrentes, custam caro e poderiam ser evitadas se a legislação garantisse condições dignas de atendimento nos serviços de saúde e acesso ao aborto legal e inseguro.

Discriminar a mulher que procura o aborto seguro é penalizá-la duplamente. Tal decisão é de índole muito pessoal, gera consequências irreversíveis no campo psíquico e, muitas vezes, no físico, somados ao sentimento de frustração e desamparo.

Não há sentido em manter uma legislação que está na contramão do resto do mundo, precisaríamos caminhar como os países desenvolvidos entendendo que a criminalização do aborto não tem nenhum sentido, ela não reduz a taxa de aborto, mas ela cria uma obstrução para que os serviços públicos e privados prestem assistência adequada, empurrando essas mulheres para a clandestinidade.

O que faz a mulher buscar não é se a lei permite ou se proíbe, mas se ela tem uma gravidez indesejada, e esse processo para evitar isso, vai muito além da lei.

8. REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

ALMEIDA, Lucas Saldanha da Gama; RIBEIRO, Karla Maria Pinheiro; MASTRANGELO, Cristal Barreto. Aborto: a necessária ponderação e reflexão com base em um funcionalismo redutor. 2014. <<https://jus.com.br/artigos/30261/aborto>>.

ANDRADE, Camila Dias. **Descriminalização do Aborto no Brasil**: um problema de Saúde Pública.

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

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 de dez. 1940.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 12 abr. 2012. Disponível em: http://oig.cepal.org/sites/default/files2012_adpf_54-df_brasil.pdf.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306-RJ. Edilson dos Santos, Rosemere Aparecida Ferreira e Jair Leite Pereira. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 29 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Parte especial: arts 121 a 212. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2018,

Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa / Rogério Greco. – 14. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

DINIZ, D.; MENEZES, G. Aborto: Saúde das mulheres. Ciência & Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v.17, n.7, 2012.

DINIZ, Debora. Aborto e saúde pública: 20 anos de pesquisas no Brasil. Brasília: UnB, 2008.

GENERONUMERO.MEDIA

LIMA, Marina Torres Costa. Aborto e legalização: Uma necessária reflexão sobre o árduo caminho até a garantia da dignidade sexual e reprodutiva da mulher. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23776/aborto-e-legalizacao>>.

MENDES, Soraia da Rosa. Criminologia feminista: novos paradigmas. São Paulo: Saraiva, 2014.

NADER, P.R.A. et al. Aspectos sociodemográficos e reprodutivos do abortamento induzido de mulheres internadas em uma maternidade do Município da Serra, Espírito Santo. **Escola Anna Nery**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 4, 2008.

SAÚDE, Organização Mundial Da. Abortamento seguro: Orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde. **Biblioteca da OMS**, Genebra, ed. 2, 2013. Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/70914/9789248548437_por.pdf?sequence=7

SÁ, André Beltrão Gadelha de. Conteúdo Jurídico. Evolução do aborto. Ago. 2016 Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,evolucao-historica-do-aborto56669.html>>.

REBOUÇAS, Melina Séfora Souza; DUTRA, Elza Maria Do Socorro. Não Nascer: algumas reflexões fenomenológicas-existenciais sobre a história do aborto. **Psicologia em estudo**, Maringá, v. 16, n. 3, p. 419-428, jul./set. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-73722011000300009>.

2020. PEREIRA. Rosires de Andrade. A FREBRASGO E O ABORTO NO STF.FEBRASCO. 2018. Disponível em: <https://www.febrasgo.org.br/pt/noticias/item/626-a-febrasgo-e-o-aborto-no-stf#:~:text=%E2%80%9Cque%20vemos%20%C3%A9%20que,%C3%B3bito%20j%C3%A1%20%C3%A9%20uma%20trag%C3%A9dia>.

ERA DIGITAL: A BANALIZAÇÃO DOS CRIMES VIRTUAIS

THIAGO PEREIRA DA SILVA:
graduando em em Direito pela
Universidade de Gurupi (UnirG).

JOSÉ EUSTÁQUIO DE MELO JÚNIOR

(orientador)

RESUMO: A era digital, também chamada de era da informação ou era tecnológica, trouxe inúmeras mudanças ao século atual. Os seus benefícios são imensos, mas, surgiram alguns problemas, como a prática dos crimes virtuais contra o patrimônio. A presente investigação propõe-se a responder esse questionamento, por meio do emprego do método dedutivo e a partir de pesquisa bibliográfica na literatura nacional especializada. Ao final, conclui-se que existe relação direta entre a insuficiência das normas penais e a banalização da prática dos crimes virtuais contra o patrimônio no Brasil.

Palavras-chave: Internet. Era digital. Crimes virtuais.

INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende analisar o que se entende por crimes virtuais e como tem se dado a sua banalização na era digital, seja por meio da ausência de sua tipificação, ou, ainda, pela facilidade com que ocorrem sem que seja aplicada a devida punição.

No mundo hodierno, a internet tornou-se meio indispensável para a maioria da vasta população mundial, haja vista que nessa rede é possível ir além do entretenimento, sendo possibilitado ao indivíduo o desenvolvimento de pesquisas, estudo, trabalho e, até mesmo, relacionamento. Contudo, infelizmente, algumas pessoas, mal intencionadas, têm abusado desse avanço, valendo-se do artifício para praticar delitos, objetivando obter para si, vantagem em detrimento de outros usuários.

O questionamento que surge com a prática desses delitos que são identificados em meio digital refere-se à falta punibilidade por parte do Estado, dado que a criminalidade avança muito mais rapidamente pelo meio digital em relação às adaptações da nossa legislação pátria. As técnicas existentes para ter acesso ao autor do crime, nessa modalidade, ainda são objeto de estudos e se encontram em em fase de desenvolvimento.

Os crimes virtuais infelizmente se tornaram comuns no Brasil, e, infelizmente, a desídia do legislativo brasileiro na tipificação de diversas condutas cria uma aparência de que o meio digital é terra onde não existe lei, haja vista que os delituosos têm conhecimento de que tanto a sua identificação quanto a sua localização tendem a ser praticamente impossíveis nesse contexto, e ainda que venham a ser identificados, a morosidade característica do Poder Judiciário em punir tais condutas gera um sentimento de impunidade.

1. CONCEPÇÃO DOS CRIMES VIRTUAIS

As pessoas que praticam crimes virtuais não se valem dos mesmos métodos que são utilizados em delitos já conhecidos. A técnica que geralmente é empregada tende a se diferir um pouco daquela que consta nos delitos existentes no ordenamento jurídico penal pátrio, entretanto, o fim pretendido é o mesmo daquela conduta que já fora tipificada.

A intenção do indivíduo pode ser variada, podendo pretender ludibriar um indivíduo a fim de obter vantagem financeira ou mesmo pessoal, pode pretender, ainda, enganar as vítimas ou até mesmo furtar informações públicas ou particulares visando a sua utilização em proveito próprio.

Recentemente, uma das modalidades de crime virtual que se tornou prática comum na internet se dá no envio de correio eletrônico travestido de comunicação de órgão público federal, como se dá na situação da Receita Federal, do TSE (Tribunal Superior Eleitoral), da Polícia Federal e do Serasa. A metodologia que é empregada consiste em enganar o dono do endereço eletrônico vitimado, com uma comunicação afirmando que há pendência dele com aquele órgão, e que, por essa razão, deve o sujeito clicar no link apontado para que seja possível a solução do imbróglio, ou, até mesmo para conhecer mais sobre o ocorrido (MPPE, 2021).

Ao clicar sobre o endereço apontado, o usuário geralmente é redirecionado a uma página suspeita em há o intuito maliciosa de instalar algum programa contaminado para modificar configurações no aparelho da vítima, e, desde esse instante o delituoso passa a receber informações confidenciais.

Além dessa, outra modalidade bem frequente tem empregado o mesmo método consistente no envio de mensagem eletrônica à vítima, porém, em vez do remetente da comunicação ser órgão público oficial, os delituosos se valem de nomenclaturas de bancos e demais instituições financeiras.

Este método de envio de e-mail, nessa situação, já é bem mais específico, haja vista que a vítima precisa possuir algum tipo de vínculo com a instituição financeira apontada, e, ao efetuar o clique no endereço trazido na mensagem eletrônica, o usuário é redirecionado a uma página fraudulenta da Instituição Financeira, onde é orientado a digitar seus dados bancários sigilosos objetivando suposta atualização necessária de sua situação bancária, e, logo após digitar tais dados, o criminoso em epígrafe recebe todas as informações digitadas, e, dessa forma, pode praticar múltiplas transações bancárias, prejudicando a vítima do golpe (MPPE, 2021).

Há crimes em que o objetivo do delito é simplesmente demonstrar o quão frágeis são os sistemas de proteção; é o que se deu nos ataques recentes às páginas de órgãos públicos oficiais. Nessa modalidade de delito o infrator tem como motivação desafiar a segurança pública, expondo a sua fragilidade.

É possível afirmar que existe uma variedade de crimes virtuais, dos quais a maioria nem sequer possui um modus operandi que é conhecido pelos órgãos públicos de investigação, pode-se afirmar, ainda, que tantos outros nem foram identificados.

Spencer Toth Sydow (2018) leciona que o Poder Judiciário brasileiro se vale dos crimes já tipificados no ordenamento jurídico pátrio para que seja possível a adequação dos crimes virtuais, não havendo, portanto, tipificação própria senão aquela das leis especiais. Os magistrados tendem a fundamentar as suas decisões utilizando o artigo 171 do código penal para a maioria desses golpes, apontados anteriormente, o artigo *in verbis*: “Artigo 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” (CÓDIGO PENAL).

Como pode ser extraído pela leitura do artigo delineado, percebe-se que este é muito amplo e tende a abranger ainda muitas modalidades de crimes virtuais. Outros delitos, como é o caso da pedofilia são comumente amoldados no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), por envolver menores. Além desses, outras práticas delitivas não devem ser enquadradas como nenhum outro comportamento já tipificado, dado que no ordenamento jurídico pátrio a analogia como é propriamente dita só pode vir ser utilizada em benefício do réu, nunca para prejudica-lo, o que demanda a criação de novos tipos penais.

Essa dita “analogia” que vem sendo utilizada pelos magistrados na tomada de suas decisões, não passa de uma interpretação que costuma ser extensiva, ampliativa, na compreensão do delito tipificado, isto é, o crime não ocorre em meio físico, e por tal razão existe equiparação no resultado buscado pelo delituoso ao praticar tal conduta em meio digital. Nessa hipótese, não há que se falar em lacuna na legislação visando a absolvição do criminoso, restando ainda poucos delitos que são cometidos na internet e que de forma alguma possuem qualquer ligação com os crimes que já foram tipificados em lei.

3. CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA TIPIIFICAÇÃO DOS CRIMES PRATICADOS EM MEIOS VIRTUAIS

Os crimes virtuais vêm passando por um crescimento cada vez mais acelerado em nossa sociedade, conforme avança a internet, surgindo variados casos, muitos com cunho nitidamente difamatórios e ainda vexatórios, perpetrados por indivíduos que se valem da facilidade do meio.

Nos dias atuais, qualquer pessoa pode vir a ser sujeito ativo de crimes virtuais, pois basta tão somente que ela possua algum tipo de conhecimento técnico específico no meio digital que possibilite a sua atuação, haja vista que, para a prática de delitos contra criança e adolescentes é suficiente, em muitos casos, que o agente esteja apenas conectado à internet, e, por este meio, pratique a conduta delituosa. Além disso, qualquer indivíduo pode ser sujeito passivo de crimes virtuais, pois qualquer pessoa, estando conectada à internet ou não, pode ser vítima da citada conduta desvirtuada (SOARES, 2016).

Nesse ambiente digital, vêm sendo comumente praticadas variadas agressões, de múltiplas espécies, abusos vexatórios e demais violências de todos os gêneros, o que gera graves consequências de ordens psicossociais àqueles usuários violentados, ainda que não tenha havido contato físico.

Como se trata de um ambiente muito democrático e inclusivo, havendo as mais variadas formas de manifestações de pensamento, onde existe espaço aberto para diversos pontos de vista relacionados a uma ampla gama de assuntos, além da existência do direito à liberdade de expressão. É necessário, então, que cada indivíduo se responsabilize pelas manifestações que fazem no meio virtual.

Os crimes digitais, praticados em meio virtual, estão cada vez mais em alta e, com o mundo a cada dia mais conectado, o sentimento de falso anonimato propiciado pelas redes sociais está conduzindo milhares de internautas à procederem à publicação de conteúdos ofensivos e discriminatórios, muitos destes em que infelizmente acabam cometendo delitos, ainda que sem saber.

Será considerado crime quando o autor atribui à vítima a autoria de um crime sabendo da sua inocência; um fato que ofenda a reputação ou a boa fama da desta na sociedade, sendo o fato verídico ou não (SYDOW, 2018).

Se caracteriza quando um determinado comportamento, praticado por meio digital, for considerado crime. Pode ser preceituado em lei inteiramente nova ou em leis que incluem ou alteram dispositivos legais já existentes e basta adaptá-los à realidade virtual. Podendo ser enquadrados na mesma previsão legal do crime tradicional (BOMFATI e JUNIOR, 2020).

Segundo os citados autores, nessa esteira, a internet possui um agravamento na ocorrência de crimes virtuais, que é o agente ativo, movido pela ausência física. Favorecendo a conduta de vários perfis a cometerem este ato criminoso que se vale desta facilidade para atingir o bem jurídico alheio, como roubar dados, imagens e informações. Com isso condutas ilícitas tornam-se constantes.

Assim, o crime digital pode ser conceituado como qualquer conduta antijurídica e culpável, desde que realizada através de um computador conectado à internet, podendo ser realizado por pessoa física, ofendendo direta ou indiretamente a segurança jurídica da informática, constituída pelos elementos da integridade, confidencialidade e disponibilidade (SOARES, 2016).

Antes de entender como o Brasil passou a legislar sobre crimes informáticos, podemos constatar que o art.7º da Lei Federal n.12.965/2014 trouxe direitos ao usuário de internet, imprescindíveis para que sejam respeitados os direitos humanos de cada cidadão, bem como preservado todo o ordenamento jurídico, muito mais amplo que apenas as regulamentações digitais (NETO, 2020).

“Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I – inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II – inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III – inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

IV – não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização;

V – manutenção da qualidade contratada da conexão à internet;

VI – informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade;

VII – não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

VIII – informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

1. a) justifiquem sua coleta;
2. b) não sejam vedadas pela legislação; e
3. c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

IX – consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

X – exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;

XI – publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet;

XII – acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei; e

XIII – aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.”

Ele protege os dados pessoais e a privacidade dos usuários. Dessa forma, somente mediante ordem judicial pode haver quebra de dados e informações particulares existentes em sites ou redes sociais. Uma das grandes inovações diz respeito a retirada de conteúdo do ar. Antes de sua entrada em vigor, não havia uma regra clara sobre este procedimento (Notícias CNJ, 2018).

É incontestável a urgência de uma legislação que esteja muito mais sintonizada com a realidade atual. A justiça brasileira tem conseguido caminhar, ainda que com passos tímidos, diante do crescimento exponencial da internet (BOMFATI e JUNIOR, 2020).

Como bem define:

“Na realidade, estamos diante de um problema mundial, que nos coloca entre a liberdade e a segurança na internet, sobre o qual, por enquanto, podemos afirmar que se trata de um novo mundo e, infelizmente, ainda uma terra sem lei” (BOMFATI E JUNIOR, 2020, p. 164).

No Brasil foi aprovada a Lei dos Crimes Cibernéticos, conhecida como a Lei Carolina Dieckmann – Lei n.12.737/2012, que tipifica atos como invadir computadores, violar dados de usuários ou “derrubar” páginas da internet (Notícias CNJ, 2018).

Foi determinado que os Juizados Especiais são os responsáveis pela decisão sobre a ilegalidade ou não dos conteúdos. Isto se aplica aos casos de ofensa à honra ou injúria, que serão tratados da mesma forma como ocorre fora da rede mundial de computadores (Notícias CNJ, 2018).

É preciso que se entenda que a internet não é uma terra sem lei, sendo necessário a aplicação de leis nesse ambiente, a fim de responsabilizar quem comete os crimes. Relacionando com leis já vigentes que podem ser usadas e com a mesma força, em meios digitais.

Diante desse contexto, há ainda dificuldades no ordenamento jurídico brasileiro para o julgamento desse tipo de crimes, por ter dificuldades de caracterizar o ofensor e a ocorrência do crime cometido. Pois, diferentemente do que ocorre na vida real, a análise da identidade e a autenticação não podem ser visualizadas tão claramente, como aparência física, documentos, digitais, dentre outras formas que facilitam na vida real.

4. A (IN)EFICÁCIA DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

Recentemente, houve a tramitação de projetos de lei que versam sobre crimes virtuais, hoje já transformadas em leis ordinárias. O mais antigo é o PL n° 84/1999, que se transformou na lei ordinária 12.735/2012. Outro projeto de lei que mereceu destaque foi o PL n° 2.793/2011, que se

transformou na lei ordinária 12.737/2012, conhecida informalmente como “Lei Carolina Dieckman”, após escândalos motivados pelo vazamento de fotos da atriz de seu computador pessoal em maio de 2012. Tal lei tipifica condutas criminosas, como a invasão de dispositivo informático alheio com a finalidade de obter, mudar ou destruir dados ou informações, instalar vulnerabilidades entre outros (WANDERLEI, 2012, p. 43-44).

Todas essas ações não são suficientes para coibir as práticas do infrator cibernético. Há a necessidade de regulamentação da internet, o que está sendo discutido pela sociedade atualmente, através do chamado Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965). Tal instituto consiste em uma espécie de constituição da internet contendo princípios que nortearão o correto uso da internet no Brasil, além de projetar diretrizes para o Poder Público no sentido de buscar o desenvolvimento saudável da internet no Brasil (WANDERLEI, 2012, p. 38-39).

Embora tal projeto tenha dimensão exclusivamente civil, sua aprovação não causará apenas reflexos na respectiva área, mas também efeitos na esfera criminal. No entendimento de Maciel (2012, p. 1),

"uma legislação civil para a internet não pode deixar de estabelecer os limites da responsabilidade dos provedores de conexão e conteúdo, e questões relacionadas à guarda de dados, definindo o tempo que deverão armazená-los. Tais pontos são fundamentais. O primeiro por permitir a inovação e o empreendedorismo no meio digital, visto que ao empreendedor será facilitada a contabilização dos riscos jurídicos de seu negócio e assim adotar medidas preventivas. O segundo ponto, a guarda de dados, é relevante pelo fato de tais registros serem fundamentais para identificação de usuários, seja para produção de prova civil ou mesmo para subsidiar investigação criminal" (MACIEL, 2012).

No que tange à conduta transnacional dos infratores cibernéticos, os mesmos utilizam-se de tecnologia de ponta para encobrirem aspectos relacionados à materialidade dos delitos. Assim, eles se mantêm no anonimato de forma fácil, sendo indispensável uma colaboração internacional, proposta, inclusive, na Convenção de Budapeste, não ratificada pelo Brasil, a qual prioriza uma política criminal comum, com o objetivo de proteger a sociedade contra a criminalidade no meio digital através da cooperação internacional (WANDERLEI, 2012, p. 45-46; HAJE, 2011, s/p; SOUZA; PEREIRA, 2009, p. 5).

CONCLUSÃO

O presente artigo objetivou a relação entre a ineficiência da legislação brasileira e a banalização dos crimes virtuais contra o patrimônio, isto é, na internet. Analisou-se que a democratização do acesso à internet possui muitos pontos positivos, mas também negativos, pois o meio digital passou a refletir a realidade social, trazendo para as redes sociais a prática de delitos.

Entende-se que o modo de lidar com esses delitos não é suficientemente previsto na legislação brasileiro, havendo tímida disciplina sobre os novos contextos de vivência da sociedade contemporânea, que passa a maior parte do seu tempo conectada à internet, expostas às múltiplas vulnerabilidades existentes nesse meio.

Dessa forma, o presente artigo conclui que é necessário o desenvolvimento de novos diplomas legislativos, para que não seja necessário que, em decisões judiciais, magistrados possam se valer de analogia e interpretações extensivas para fundamentar os seus julgados.

Isto é, um estelionato praticado em meio virtual não deve ser equiparado ao estelionato praticado em meio físico, mas sim ter a sua tipificação própria, em lei específica sobre crimes cibernéticos.

As polícias científicas precisam, com urgência, aperfeiçoarem-se para tentar, em primeiro lugar, descobrir a identidade desses indivíduos malfeitos que agem na surdina, anonimato proporcionado pela internet, local de onde são realizadas muitas das tais operações maliciosas e, principalmente, é necessário que se discuta, ainda, como proceder à sua punição.

A legislação pátria precisa ser reformulada com certa urgência, no sentido de que deve se adequar às novas tendências mundiais, mesmo que se refere ao mundo do crime, a fim de que não mais dependa de meras analogias jurídicas, estas que vem sendo realizadas por magistrados a partir do caso concreto, praticadas para a equiparação delituosa daquele que é conhecido criminoso "digital", e, em derradeiro, os usuários precisam ter mais conhecimento mais acerca das novas práticas delitivas que tem ocorrido no meio digital, o que demanda processo de conscientização a ser agilizado pelo Governo.

O Brasil necessita, com urgência, criar legislação própria, específica para os crimes virtuais, haja vista que a internet se tornou, nos dias atuais, indispensável a toda a sociedade, não havendo mais apenas o caráter de instrumento típico de entretenimento, tal como costumava ser nos tempos idos, mas sim passando a possuir caráter informacional, sendo possível denotar certa profissionalização do seu meio.

REFERÊNCIAS

SOARES, S. S. B. "Os crimes contra honra nas perspectiva do ambiente virtual". Jus, 2016. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/54560/os-crimes-contra-honra-nas-perpectiva-do-ambiente-virtual> >. Acesso em 21/11/2022.

SYDOW, Spencer Toth. Crimes Informáticos. 3ª edição. Editora Fórum, 2018.

JÚNIOR, Armando Kolbe; BOMFATI, Cláudio Adriano. Crimes Cibernéticos. InterSaberes 1ª Edição, 01 jul 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO. Cartilha de Prevenção Aos Golpes Virtuais. 2ª edição. Editora MPPE, 2021.

ATHENIENSE, A. R. Crimes virtuais, soluções e projetos de Lei. DNT. [s.l.]. 29 out. 2004. Disponível em: <<http://www.dnt.adv.br/noticias/direito-penal-informatico/crimes-virtuais-solucoes-e-projetos-de-lei/>>. Acesso em: 21/11/2022

VEDOVATE, L. L. V. Contratos Eletrônicos. INTERTEMAS. v. 10, n. 10. Presidente Prudente, 2005.

MACIEL, R. F. Marco civil da internet: o porquê, para o quê e omissões. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3333, 16 ago. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22433>>. Acesso em: 21/11/2022

Notícias CNJ. Crimes digitais: o que são, como denunciar e quais leis tipificam como crime?, jun. 2018. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/crimes-digitais-o-que-sao-como-denunciar-e-quais-leis-tipificam-como-crime.>> Acesso em: 21/11/2022.

WANDERLEI, F. P. Crimes Cibernéticos: Obstáculos para Punibilidade do Infrator. Araguaína, 2012.

NETO, Antônio Osmar Krelling. Responsabilidade Civil- Cibercrimes. 1º Ed. Curitiba: Contentus, 2020. ISBN: 9786557452455. (Biblioteca Virtual)

WENDT, E.; JORGE, H. V. N. Crimes Cibernéticos. São Paulo: BRASPORT, 2012.

ABUSO DE PODER NAS EMPRESAS: EMPREGADOR SEUS LIMITES DE PODER DIRETIVO E A INCIDÊNCIA DO ASSÉDIO MORAL NA RELAÇÃO DE TRABALHO

MARIA IVANILDES PINTO VASCONCELOS:

Graduando do Curso de Direito do Centro
Universitário Fametro.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar a eficácia das legislações vigentes no combate e prevenção ao abuso de poder do empregador na relação de trabalho se prevalecendo da função que ocupa. A pesquisa foi realizada com base no método indutivo, visto a necessidade de leitura de vários autores. A metodologia a ser aplicada será qualitativa descritiva e comparações de bibliografias para organização de dados. Nos objetivos, a pesquisa foi exploratória, com análise de artigos e livros publicados e legislação pertinente ao tema. Quanto aos meios de investigação, a técnica utilizada foi a bibliográfica visto ser preciso a leitura de livros, doutrina e artigos. Os resultados do estudo mostram que, embora os trabalhadores tenham feito esforços e lutas na relação contratual de trabalho para que seus direitos e garantias se tornem lei e sejam cumpridos, ainda enfrentam grandes dificuldades por serem subordinados e terem vínculo empregatício. Na maioria dos casos, apenas o funcionário segue o protocolo, mas ainda está sujeito a retaliação de patrões, superiores e colegas. Portanto, concluiu-se que as políticas de prevenção devem ser aplicadas de forma mais efetiva e frequente nas organizações empresariais, propiciando maior segurança aos funcionários e mostrando aos empregadores formas de fazê-los cumprir os contratos de trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Abuso de poder. Poder diretivo. Sanções.

ABSTRACT: The present article aims to analyze the effectiveness of current legislation in combating and preventing the abuse of directive power by the employer in the employment relationship. The research was carried out based on the inductive method, give Power abuse. Directive power. sanctions the need to read several authors. The methodology to be applied will be qualitative descriptive and comparisons of bibliographies for data organization. In terms of objectives, the research was exploratory, with analysis of published articles and books and legislation relevant to the topic. Regarding the means of investigation, the technique used was the bibliography, since it is necessary to read books, doctrine, and articles. The results of the study show that, although workers have made efforts and struggles in the contractual employment relationship so that their rights and guarantees become law and are fulfilled, they still face great difficulties because they are subordinate and have an employment relationship. In most cases, only the empole follows protocol, but is still subject to retaliation from employers, superiors, and colleagues. Therefore, it was concluded that prevention policies should be applied more effectively and frequently in business organizations, showing greater.

KEYWORDS: Abuse of Power. Directive power. Sanctions.

1 INTRODUÇÃO

É importante destacar que assédio moral no local de trabalho é um fenômeno recorrente tanto no setor privado quanto no setor público. Esse tipo de situação não é algo novo, pois remonta

às origens das relações laborais, de acordo com Silva (2019), dispendo sobre o instituto assédio moral, explica que é fato que invisível, pois não trata-se de algo palpável e sim algo subjetivo, complementa ainda que, o assédio moral não é recente, sua ocorrência não é estante e sim algo enraizado na sociedade, a exemplo disso são os registros incidentes nesse sentido que permeia o surgimento de empregos no primeiro vínculo empregatício, apesar de ser algo recorrente na sociedade de modo geral, é pouco discutido o tema, surgindo em noticiários e em causa em casos concretos há poucos anos. Salienta-se que, não estamos abordando uma vertente do instituto e sim, analisando-o de forma mais abrangente, pois o assédio moral é bem mais profundo do que as maiorias das pessoas pensam ou conhecem, tendo em vista esse esclarecimento, façamos uma análise das relações de trabalho, há uma clara vantagem a mais dos empregadores, bem como a desvantagem do trabalhador, que na relação de trabalho é parte mais vulnerável da relação, por isso ainda hoje temos registros de como, por exemplo, trabalho forçado, o não reconhecimento, preconceito contra a mulher, que se olharmos mais a profundamente, em épocas mais remotas, na história da humanidade temos vários exemplos como, a escravidão por raça, cor, etnia e vulnerabilidade social, e ainda, outras espécies de exploração humana durante a o imperialismo, a tônica que não muda na história é o tratamento dado aos trabalhadores, qual seja, objeto, mercadoria (ROSA, 2016).

O presente trabalho tem como objetivo analisar a eficácia das legislações vigentes no combate e prevenção ao abuso de poder diretivo do empregador na relação de trabalho. Visando responder o seguinte questionamento: como prevenir o abuso de poder diretivo do empregador no ambiente de trabalho? A fim de preservar os empregados para que eles não sofram silenciosamente no ambiente profissional, os sindicatos locais, segundo a legislação vigente, muitas vezes podem treinar seus superiores para evitar que os funcionários sofram qualquer forma de abuso de poder no ambiente profissional.

Assim, é de suma importância que as empresas adotem práticas e políticas internas de gestão e treinamento de seus empregados afim de minimizar as possíveis ocorrências do assédio moral, para isso faz necessário, a sinalização apontando para ter a disposição pessoas treinadas para investigar e prevenir incidentes de abuso no âmbito da empresa. Nesse sentido, outro ponto sensível a este tema, é a questão da responsabilidade dos empregadores pelas ações de seus empregados, pois a cultura machista em que vivemos, muitas vezes é o impeditivo de evitar incidentes de assédio no ambiente laboral, por isso, é levando em consideração a conduta ilícita da administração, que pode resultar em futuros ajuizamentos de ações por danos morais, contra as empresas, a omissão é uma questão a ser levantada nesse caso também, pois como vimos é algo recorrente. O crime de assédio moral já foi incluído em dezenas de projetos para se ter legislações específicas sobre o tema, contudo, existe lacunas sobre a questão que precisam ser preenchidas, para estas sejam eficazes e possam surtir efeitos esperados no caso prático, pois a falta de punição é reforçar que o crime não existe ou que não é punido como deveria ser, dando um sinal verde para os assediadores continuarem com suas práticas delitivas no ambiente de trabalho.

Sendo assim, o abuso de poder é outra vertente do assédio moral, está diretamente ligado a um empregador ou chefe que tenha cargo ou função acima dos demais, que tenha autoridade superior no ambiente de trabalho, supervisionando e coordenando as atividades desempenhadas

pelo empregado, que, portanto, possui cargo e função inferior. Esse é o viés mais conhecido do tema, contudo devemos alertar que não é a única forma de assédio no âmbito laboral, podendo ocorrer com trabalhadores tenham o mesmo poder hierárquico. É preciso salientar que, apesar de parecer ser a mesma conduta, há uma diferença entre abuso de poder e assédio moral, e não podemos confundi-las, pois ambos podem fazer parte do mesmo ambiente de trabalho, mas como sabemos são difíceis de serem detectadas, principalmente pela falta de prova ou testemunho, pois como vimos quando a questão tem hierarquia, o que é abuso de poder e o que é assédio? Fica nebuloso o questionamento.

Desta forma, além da identificação das sanções que podem ser impostas aos empregadores, este estudo busca uma solução que não só seja realizada por meio de processo judicial, mas, sim ações voltadas ao combate preventivo e efetivo, assim como proteja o empregado para que este não venha perder o seu emprego, para que possa ter seu direito preservado, essa é uma questão também recorrente, pois há muitas histórias que remetem a questão da vulnerabilidade do empregado diante de seu chefe, supervisor pois por medo de perder o emprego muitas vezes sofre calado, e quando resolve exercer seus direitos não tem como contar com testemunhos de colegas pois esses também ficam com medo de perder seus empregos, como o emprego é uma questão de sobrevivência, quando é colocado na balança o empregado finda por desistir de lutar pelos direitos, e ainda, existe a questão da ameaça que o chefe incorre para ficar impune, ameaçando de demissão o funcionário que reclamar de maus tratos.

O presente artigo está baseado nos entendimentos de doutrinas e jurisprudências sobre as medidas judiciais aplicadas, bem como a extensão da responsabilidade de cada indivíduo, análise aos danos causados, e a possibilidade de indenização pelos danos causados aos empregados vítimas de abuso de poder. Quando o indivíduo exerce a função de empregador, este pela natureza de suas funções e o poder hierárquico, tem certo poder sobre o empregado, e na relação de trabalho este último tem o dever de obedecer ao detentor do poder, cargos elevados tem funções de ordenar, dirigir, supervisionar, tendo em vista a doutrina trabalhista que nos ensina que para haver relação de trabalho tem que ter hierarquia e subordinação, a natureza da função do empregado é de obediência. Por sua vez, os empregadores, tem a natureza de função de comando, e por causa dessa característica básica, podem acontecer exageros por parte desse superior hierárquico, pois temos nas mãos do indivíduo o poder de ordenar e em contra partida, sabe que o seu inferior hierárquico tem que obedecer-lo sob pena de punição ou até mesmo demissão, portanto, trata-se de um poder delicado que, é necessário que haja respeito e normas internas claras combatendo qualquer exageros nesse poder de comando e ainda, vimos na prática que é necessário a existência de departamentos especializados em detectar qualquer desmando ou abuso de poder ou assédio, e porque especializado? Porque como estando vendo, é difícil, há uma linha tênue de distinção entre os dois institutos, qual seja, abuso de poder e assédio moral.

Nesse sentido, podemos dizer que o empregador tem poderes diretivos, ação disciplinar, dentre outros, dentro do seu exercício de suas funções, para manter o local de trabalho harmônico e eficiente. Contudo, se este ultrapassar essas linhas, verifica-se a ocorrência de abuso de poder, ao passo que, não é exclusivo do superior hierárquico o cometimento do assédio moral, esse pode ser cometido por funcionários do mesmo nível de hierarquia, pois não é uma conduta apenas praticada pelo empregador, chefe, podendo ser praticado por qualquer pessoa no ambiente de

trabalho, diferentemente do abuso de poder que só poderá incorrer nesse crime o detentor dos poderes, o que necessariamente está ligado a posição e nível hierárquico.

A metodologia utilizada é enquadrada na pesquisa qualitativa e utilizamos os métodos de pesquisa bibliográfica e documental, utilizando a revisão bibliográfica em livros, artigos e periódicos, assim como a documental com a revisão de normas, diretrizes legais no nosso ordenamento jurídico.

Durante o trabalho de conclusão de curso, a coleta de dados é realizada pelos próprios pesquisadores. Com base nesses princípios, a pesquisa está dividida em três capítulos que abrangem os seguintes temas.

Primeiro capítulo visa compreender o contexto histórico do direito de trabalho, bem como breve histórico do assédio moral.

Segundo capítulo tende analisar o poder diretivo do empregador e seu vínculo na relação de trabalho.

Terceiro capítulo abordará sobre o abuso do poder diretivo e os entendimentos dos tribunais sobre este tema, bem como as sanções aplicadas ao empregador por abuso de poder.

2 CONTEXTO HISTÓRICO

2.1 Do direito de trabalho

O trabalho sempre existiu na história, por isso, temos registros remotos desde o início da humanidade da questão do trabalho, mas seu estudo e sua regulamentação só temos registros na história moderna. Tendo em vista que o trabalho é algo inerente das relações humanas, e que a pouquíssimo tempo que iniciou-se um movimento para a proteção do empregado, que na relação de trabalho é mais vulnerável que o empregador. Assim, com a globalização que podemos ver realmente as leis e a temática vir à baila no cenário mundial, tornando-se uma preocupação e tendo estudos acerca do tema, e podemos exemplificar isso aconteceu também após a Revolução Industrial e as mudanças nos meios de produção.

Apesar da consagração das liberdades e da igualdade de direitos ao longo dos séculos, alguns desses direitos foram consagrados na Constituição Federal, considerada constituição cidadã, por mencionar de forma explícita os direitos e garantias aos indivíduos, antes nunca visto na cronologia do nosso país e nem no mundo, mesmo tendo todo arcabouço jurídico acenando para assegurar direitos. Ainda assim no Brasil, vemos relações de trabalho com vícios e problemas em sua execução, pois não podemos esquecer que temos no trabalho relações interpessoais e o ser humano como os atores, tanto no polo passivo como ativo, o que pode trazer problemas, pois ainda estamos em um mundo machista e cheio de tabus, onde prevalece a vontade de uma maioria que na verdade é minoria, porém que tem voz ativa na sociedade. Conforme os ensinamentos de (KROST, 2016), coerente com os princípios da presunção de inocência, ampla defesa, justiça natural, continuidade da relação de trabalho e função social do contrato consagrados na própria lei

principal, mas sem relevância significativa em oposição, com particular destaque para a justa causa de despedimento.

Considerando o ensinamento anterior, podemos discorrer sobre os conceitos levantados e justificá-los dentro do ambiente de trabalho, onde a presunção de inocência que em nosso ordenamento jurídico privilegia o investigado, ou possível culpado na esfera criminal, não é o mesmo que acontece com o trabalhador. Quem está protegido por este instituto é o empregador, e o empregado mesmo estando em desvantagem social e econômica, tem que provar que não é culpado, pois já o é considerado a priori. Isso podemos conferir nos casos judiciais, já que, extrajudicialmente quase não encontramos precedentes nesse sentido, pois a ampla defesa e o contraditório só são exercidos pelo trabalhador no âmbito judicial, pois nas empresas não vemos casos de apuração dos fatos e o trabalhador exercendo sua defesa de forma plena, podendo até acontecer em alguns casos processo disciplinar, mas esse não tem o objetivo de garantir direitos aos funcionários e sim apenas dá a justificativa plausível para a sua demissão sumária e sem seus direitos.

Como vimos até o momento, o direito do trabalhador sempre foi uma questão delicada e cara para o trabalhador, pois este sempre está em desvantagem, seja economicamente, como social como até para exercer seus direitos. Essa visão é corrente majoritária na jurisprudência, pois se nos remetermos ao fim do regime militar onde foram suprimidos direitos dos indivíduos de forma geral, com a promulgação de nossa atual Carta Magna em 1988, vimos como dissemos anteriormente direitos e garantias individuais sendo ressalvadas pelo constituinte, contudo, podemos dizer categoricamente que não avançamos muito após a divulgação de nossa Constituição, pois houve um momento de inclusão e discussão dos direitos humanos, e nesse sentido o direito do trabalhador está dentro deste, mas nos últimos ano o que vivenciamos foi a supressão de direitos antes garantidos aos trabalhadores, porém temos que fazer uma ressalva nesse momento, que mesmo sem grandes avanços, nosso ordenamento jurídico garante direitos da dignidade do ser humano para todos os indivíduos, inclusive para o trabalhador, e rechaçando trabalhos análogos a escravidão.

Com a mudança do cenário ao longo das décadas, vimos cidades crescerem, a população crescer, a expansão do comércio, a mudança na forma de produção, a revolução industrial, a substituição da mão de obra artesanal, para uma mão de obra especializada, em operacionalizar máquinas crescentemente modernas e rápidas, tivemos uma mudança no negócio de trabalho mais conhecido como mercado de trabalho e devido à globalização, tivemos um fenômeno da organização dos mercados de trabalho, e sua forma como funciona de forma a fazer distinções mais claras e rígidas de quem chefe e quem é operário, o que antes não existia essa distinção, passamos a existir mais uma disponibilidade de operários e menos vagas de emprego e assim a quantidade de emprego diminuiu, fazendo com que a concorrência aumentasse e ainda ao globalização normatizou o consumismo como meio de consumo da população no geral, o que faz a indústria produzir mais, mas isso não aumentou as vagas, parece um contrassenso, mas a realidade foi a fatura de mão de obra ociosa, e por isso que o empregado se torna mais vulnerável nas relações de trabalho. Porém, essa especialização abriu a mente do trabalhador para que este lutasse mais pelos seus direitos o que gerou os direitos conquistados até esse momento.

Segundo com Amauri Nascimento, explica que o direito do trabalho é uma questão social, in versus:

O surgimento do direito do trabalho foi fruto de problemas sociais anteriores à revolução industrial do século XVIII e de uma resposta humanitária que se propôs a garantir ou preservar a dignidade de quem trabalha na indústria, com o desenvolvimento do trabalho industrial, da ciência e do desenvolvimento da produção de commodities na Europa e outros continentes trouxe um novo olhar. Como mostraremos, com surgimento de “coisas novas” e “ideias novas”, cresce a necessidade de dotar o ordenamento jurídico da disciplina para gerir as relações de trabalho individuais e coletivas (NASCIMENTO, 2017).

Diante do fim da “ditadura” instaurada por Getúlio Vargas, a Constituição de 1946 rompe com o corporativismo, renova as garantias dos trabalhadores, consagra o direito à greve e inclui outros como o repouso semanal remunerado e a estabilidade (BASILE, 2012, p. 20).

Mas foi, a 5 de outubro de 1988, que surgiu a maior defensora dos Direitos sociais e trabalhista, promulgada a nossa atual Constituição Federal, contendo o capítulo “Direitos Sociais” (no título “Direitos e Garantias Fundamentais”), no qual estão contemplados os maiores direitos e garantias dos trabalhadores, que não podem ser abolidos por emenda constitucional (para alguns doutrinadores, nem por nova ordem constitucional — poder constituinte originário — em face da ideia da “conquista das gerações” e do “direito adquirido social”) (BASILE, 2012, p. 20).

Com a chegada da Magna Carta, como um dos pontos positivos foi o redimensionamento das vinculações dos sindicatos com o Estado com a aplicação de dois princípios básico. Segundo o jurista Amauri Nascimento (2017, p. 83), preleciona que:

Esses princípios constituem a organização do sindicato e a autonomia deste, visto que o primeiro admite a criação livre dos sindicatos, sem a necessidade de prévia autorização estatal e o segundo garante a liberdade dos sindicalistas para praticarem, de acordo com as suas deliberações, as ações de interesse interno com liberdade administrativa.

Portanto, diversas mudanças desde o período da escravidão, até a globalização e início do capitalismo, até os dias atuais o Direito do Trabalho teve diversas mudanças, passando atualmente por preservar a dignidade do trabalhador.

2.2 Do assédio moral x abuso de poder

Na atualidade, conforme Thomé (2019, p. 23) o assédio moral é um dos problemas mais graves que os empregados enfrentam no ambiente de trabalho, e nos últimos anos tem-se revelado um fenômeno social cuja importância nunca foi tão grande no âmbito acadêmico e profissional. Sendo assim, traz-se à tona o impacto do assédio moral na advocacia, problema que

vem crescendo, mesmo em países de primeiro mundo com condições socioeconômicas superiores às potências periféricas e em promoção.

Segundo Rodrigues (2016), "o interesse pelo assédio moral no trabalho teve início na Suécia através de pesquisas de investigadores liderados pelo psicólogo alemão Heinz Leymann, o qual teoriza o fenômeno que existe inconscientemente, chamando-o de "o cerco". No entanto, esse termo não foi utilizado até o ano 1984 em uma publicação científica que descrevia um aborrecimento realizado em espaço de profissão que resultava na exclusão das vítimas dentro do meio de trabalho (BITENCOURT, 2021).

No Brasil, as discussões ganharam força nos últimos anos, impulsionadas principalmente por decisões dos tribunais regionais do trabalho. No setor público, leis municipais e estaduais estão em vigor para lidar com o assédio moral e regular as relações entre os funcionários e patrões. O Congresso está trabalhando em projetos de lei para incluir disposições específicas sobre assédio moral nas Leis Trabalhistas (FERREIRA, 2016).

A partir daí, o campo jurídico tem demonstrado particular interesse pelo assunto. Tanto a jurisprudência quanto a doutrina se empenham em definir conceitos e determinar parâmetros concretos para as pessoas poderem ter a mais precisa concepção do que é e não é assédio moral. A prova disto é o aumento considerável da literatura jurídica associada ao assunto nos últimos tempos. A jurisprudência também definiu critérios de avaliação mais concretos, fazendo do estudo de caso uma maneira de avaliar os conceitos e limites do assédio moral (NASCIMENTO, 2017).

Sendo assim, o assédio moral não é um aspecto relativamente recente no ambiente jurídico, o assédio moral sempre existiu no meio de trabalho, contudo, é pouco exposto e denunciado pelas vítimas, em decorrência do medo dos funcionários. Não é um fenômeno moderno, de qualquer forma, existe desde o momento no qual o trabalho surgiu, mas foi somente nos primeiros anos do século XXI que foi descrito como "um fenômeno destrutivo para o ambiente de trabalho que não apenas reduz a produtividade, mas também facilita a ausência e desistência de trabalho, devido ao desgaste psicológico que o assédio causa" (HIRIGOYEN, 2002, p. 65).

Nas últimas décadas, o assédio moral tem demonstrado ser um fenômeno mundial, pois com o advento da globalização, as empresas buscam aumentar sua produtividade e competitividade de uma maneira que tende a pressionar e exigir mais delas. Portanto, se os direitos dos trabalhadores não forem respeitados, eles podem assediar eticamente seus funcionários.

Contudo, as formas como as práticas ocorrem variam conforme o local, os costumes e o ambiente de trabalho, dificultando o estabelecimento de uma única nomenclatura ou comportamento resultante de um fenômeno. Ao contrário de alguns países da Europa e dos Estados Unidos, o Brasil não promulgou regulamentações federais para tratar do assédio ético. Embora existam projetos de lei sobre o assunto, apenas algumas das abordagens nas leis estaduais e municipais trazem de fato regras para o funcionalismo público.

É importante destacar que o assédio ético é uma violação dos direitos básicos dos funcionários, além de descumprir obrigações contratuais. Segundo Sérgio Pinto Martins (2015, p. 17), traz o seguinte conceito de assédio moral:

O assédio moral é um ato ilícito do empregador ou de seu agente de natureza psicológica, por ação ou omissão, intencional/culposa, de forma repetitiva e geralmente prolongada, que ofenda a dignidade, o caráter e a integridade do trabalhador. Pode trazer humilhação e constrangimento aos trabalhadores. Isso significa uma batalha estressante contra um trabalhador sendo caçado por alguém. Os trabalhadores enfrentam situações humilhantes e constrangedoras durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções.

Portanto, o assédio moral se define por se tornar um verdadeiro pesadelo no ambiente de trabalho, muitas vezes se manifestando como algo inofensivo, destruindo de forma gradual e completa o ambiente de trabalho, o principal fenômeno é a violação dos direitos de personalidade do assediado, com consequências avassaladoras para sua subjetividade, causando danos físicos e dano mental que nas maiorias das vezes é difícil de reparar.

É de máxima relevância fazer uma diferenciação de assédio moral e abuso de poder, apesar de ser situações muito parecidas, existem suas diferenciações. Como já conhecemos sobre o assédio moral, veremos a seguir breve conceituação de abuso de poder.

Segundo Tenório (2016), esse poder é conferido ao empregador para encaminhá-lo ao serviço pessoal prestado a ele pelo empregado e, portanto, fica sujeito à filiação do destinatário do serviço. Segundo Moura (2016), caracteriza que o direito ao mentor está relacionado ao empregador, pois é ele quem reconhece, paga e instrui. A direção do empregador não tem nada a ver com administrar um negócio, tem a ver com a direção dos funcionários.

O abuso de poder de direção do empregador viola reiteradamente o direito de resistência do empregado, podendo este se recusar a executar uma ordem manifestamente ilegal, contrária às boas práticas e irrelevante ao contrato (MOURA, p. 186, 2016). Sobre a conceituação de abuso de poder, para Reis (2019) apontou que o abuso de poder está relacionado à subordinação do empregado na relação de emprego, bem como ao poder de direção, controle e disciplinar do empregador da organização societária.

De acordo com Reis (2019), ele distingue entre o poder diretivo da organização, o poder de controle e o poder disciplinar exercido pelo empregador dentro de uma instituição empresarial. No qual iremos fazer breve considerações.

2.3 Do poder diretivo do empregador

Desde a antiguidade, as pessoas são acostumadas e aceitam obedecer a ordens de figuras poderosas, no quesito de poder empregatício, considerando autoridade e poder. Por isso, Barros cita: "No campo do direito o trabalho, isso não é exceção, a relação de trabalho sempre permeou o maestro e o intérprete". (Barros, 2018)

O direito de comando é o direito legalmente reconhecido do empregador de organizar a empresa, definir seu estatuto de funcionamento, instruir as atividades para atingir seus objetivos e punir os subordinados por descumprimento de sua hierarquia (FILHO, PINTO).

O empregado que é orientado pelo patrão, porque este é um subordinado do chefe, ele obedece, e inclina a cabeça naquela direção. Um dos efeitos mais importantes da relação de emprego é o poder de empregatício. Em todos os seus aspectos, instrução, regulamentação, fiscalização, disciplina. Para Delgado, "Esse poder concentra uma série de privilégios de grande valor socioeconômico, várias vezes favorecendo a imagem do empregador, conferindo-lhe enorme influência dentro dos limites do contrato e da própria sociedade" (DELGADO).

Nesse sentido, Nascimento (2017) interpreta o poder empregador como poderes de direção, estruturação, ordem, controle e fiscalização, citando:

Em uma relação de trabalho, a subordinação é uma condição e soberania é outra, com isso, o empregado é um subordinado, e o empregador tem direitos sobre seu indivíduo e sobre a maneira que as suas atividades são conduzidas.

No entanto, como já mencionado, é preciso destacar que, de acordo com o artigo 2º da CLT, o legislador descreve empregador como a empresa, pessoa física/coletiva que reconhece o risco da atividade econômica, empregando, remunerando e conduzir pessoas para a prestação de serviços. Essa direção é vista pela doutrina como poder hierárquico ou poder diretivo ou comando realizado pelo empregador sobre as tarefas do empregado".

Gomez e Gottschalk (2020) destacam que "o poder disciplinar do empregador é corolário do chamado poder diretivo ou de comando, o qual, para vários autores, é uma categoria autônoma. Fontes do poder disciplinar, são o direito de orientação geral do empregador reconhecido pelo ordenamento jurídico, é este direito de gestão integral que revela claramente a subordinação dos trabalhadores e engloba os elementos característicos do contrato de trabalho."

O poder de direção, portanto, é o poder de retratar a competência jurídica conferida ao empregador para direcionar os indivíduos a prestar serviços, organizar, controlar e punir os trabalhadores. O entendimento atual aconselha que os trabalhadores são subservientes porque o empregador pode organizar a relação empregadora, fiscalizar e até castigar o subordinado. Deste modo, sendo o empregado um trabalhador submisso, que está sujeito ao poder diretivo do empregador, do qual Martins (2018) destaca: "O poder diretivo é como o empregador determina as atividades do subordinado levando em conta o contrato de trabalho. Como se viu, já que o direito de direcionar é uma das capacidades que a Consolidação das Leis do Trabalho confia aos empregadores".

Esse poder pertence ao empregador, ou seja, o exercício do direito de dirigir é justamente o elemento juridicamente submisso na relação empregadora. Os empregados trabalham de forma subordinada devido ao exercício dos privilégios da gestão pelo empregador.

O poder diretivo vem do privilégio do inventor de dar à organização criada a direção indicada por sua escolha. Como é ele quem assumirá o risco empreendimento, é justo ter o poder de ditar o comando do negócio. Na outra ponta da sua atividade está a subordinação jurídica da comunidade, que executa as funções consequentes de suas escolhas. Isto é tão mais claro que não se pode compreender que em qualquer sociedade evoluída a presença de uma instituição sem hierarquia seja sinônimo de ordem, hierarquia de posições.

Contudo, Barros (2018) esclarece que “o detentor do comando é o empregador ou seu preposto, a quem confere alguns de seus poderes, cujos poderes variam de acordo com a natureza da relação empregatícia. Na posição fiduciária, a soberania do empregador dirigir se encontra muito fragilizada, e muito rigorosa na atividade desportiva”. Portanto, “por mais submissa que seja a classe do subordinado, terá sempre competência profissional adequada para definir sua situação jurídica em relação ao empregador, não podendo o empregador exagerar no uso de seus privilégios para proteger seus interesses privados.

Não obstante a todas estas prerrogativas do empregador, para gerir as suas atividades, e o fato de o contrato de trabalho subordinar legalmente o trabalhador, importa salientar que o empregador deve ter cuidado no exercício dos seus direitos para que não ultrapasse o exercício normal de seu exercício de direitos, caso contrário, será responsável por abuso do direito.

2.1.3.1. Limites do poder diretivo e o abuso de poder

Conforme antes visto no artigo anterior, em decorrência do contrato de trabalho, o empregador possui uma série de privilégios que visam direcionar a prestação de serviços.

Essa atribuição é legal no art. 2º da CLT também estabelece que o risco da atividade econômica é de responsabilidade do empregador. Os empregadores têm, assim, poderes para dirigir, regular e fiscalizar a prestação dos serviços nas suas atividades econômicas.

No entanto, o poder de instrução dado ao empregador não é absoluto e deverá ser limitado apenas para fins de direção da atividade econômica, não podendo dela se desviar, sob pena de ser castigado por excesso e fora da cobertura do seu poder. Portanto, os empregadores, ao exercerem seu direito de dirigir as atividades corporativas, devem ter em conta que suas ordens não podem violar os direitos sociais e pessoais de seus subordinados, especialmente aqueles baseados na dignidade humana.

Tendo em conta as práticas arbitrárias, abusivas ou ilegais, tais poderes de direção poderão ser uma ferramenta apropriada para os empregadores ignorarem ou prejudicarem os direitos individuais dos empregados. O exercício excessivo do poder de logística consiste no abuso de poder da empresa, e uso atípico do seu comando e violação dos direitos sociais, pessoais e fundamentais dos trabalhadores [...]. (Rufino Apud Ávila,2015, p.69).

O maior problema é definir os limites desse direito, considerando que os trabalhadores estão submetidos a ordem dos seus empregadores, e a legislação nacional não prevê nenhuma lei para isso. Nesse sentido, argumenta Hainzenreder (apud RAMOS E GALIA, 2013, p. 155):

Determinar os limites do poder de comando do empregador não é tarefa simples, porque a subordinação existente na relação de trabalho, ou seja, a subordinação jurídica, justifica a relativização desse poder, embora o ordenamento jurídico nacional não preveja claramente o delineamento de fiscalização e a empresa controla os limites de suas ações [...].

Como esclarecem Maranhão e Carvalho (apud OLIVEIRA, 2011, p. 228):

[...] A subordinação do empregado é legítima porque decorre do contrato: nele encontra seu fundamento e suas limitações. O conteúdo deste elemento do contrato de trabalho não pode ser assimilado ao significado medieval predominante: o empregado não é um servo e o empregador não é um patrão. Deve partir do pressuposto da liberdade individual e da dignidade do trabalhador.

De fato, no ordenamento jurídico brasileiro, ainda não há regras que definam o poder da diretiva patronal. No entanto, nosso ordenamento jurídico possui uma riqueza de princípios e regras que podem ser utilizadas caso a caso para impedir tal conduta.

Além disso, a partir do preâmbulo da Constituição Federal, consta a declaração de um Estado Democrático de Direito, voltado ao exercício dos direitos sociais e individuais pautados na dignidade do humano, cujo escopo constitui a criação de uma sociedade justa e unida, o estabelecimento de regras para determinar a privacidade e privacidade dos cidadãos sendo que a vida é inviolável. (HAIZENREDER, apud RAMOS; GALIA, 2013, p. 155).

Segundo Montoya (apud BARROS, 2011, p. 461) demonstrando sua opinião sobre o assunto, afirma que "o desempenho do poder de instrução, [...], tem limitações externas impostas pela Constituição, outras leis, contratos, as normas e limiares internos da ação coletiva, [...], ou seja, deve ser exercida de boa fé e regularmente". No que toca a isto, Resende (2013, p. 309) entende que, "Naturalmente, esse poder de supervisão é limitado. De facto, nenhum poder, como nenhum direito, é ilimitado."

Nesse contexto, as restrições são direitos fundamentais dos cidadãos (e trabalhadores) garantidos pela CRFB/88. Assim, os princípios de liberdade, igualdade, dignidade humana, intimidade etc., tornam-se balizas para que os empregadores exerçam seus poderes de inspeção.

Portanto, o tratamento dos subordinados pelos empregadores no exercício da liderança deve respeitar essas regras e princípios evitar ofensas, desrespeito e cuidar da proteção da privacidade e da intimidade dos trabalhadores.

É essencial destacar que outro aspecto que deve ser averiguado ao restringir o direito de dirigir algo é que, segundo Hainzenreder, todo o relacionamento jurídico, quer trabalhista quer de

qualquer outra natureza, deverá sempre ser pautada na dignidade humana. O autor insiste que quando se trata de direito trabalhista, o artigo é aprovado por não menos que os legisladores.

O artigo 170 da Constituição Federal vincula a vida dignificada ao princípio da valorização do trabalho humano, pois a dignidade humana é fundamento não apenas do Estado Democrático de Direito, mas das leis e relações humanas. Portanto, o poder de instrução não deve ser usado para buscar interesses ilegítimos e desrespeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais. (HAINZERENDER apud RAMOS; GALIA, 2013, p. 156).

É importante destacar que a filiação derivada de um contrato de trabalho impõe ao trabalhador certas obrigações para com o empregador, como lealdade e obediência. No entanto, a vida privada e a intimidade dos empregados estão fora do alcance do poder corporativo, pois a obediência dos empregados se limita aos contratos de trabalho.

Ao inferir o privilégio de restringir e abusar do poder de instrução além do necessário ao desenvolvimento da atividade econômica, o empregador pode considerar a sua ação inválida, pensando que isso implicaria em ilegalidade, abuso de poder, podendo o trabalhador demandar a devida compensação.

3. Conclusão

Ao elaborar esta Conclusão, retomo alguns pontos principais vistos neste artigo, comentando as aplicações de seus resultados, oferecendo sugestões para trabalhos futuros.

Quanto as possíveis aplicações dos resultados da pesquisa que ressaltou aos meus olhos foram, a primeira concerne ao fenômeno do assédio moral em ambiente laboral, pois é notória a existência desse fato desde os tempos antigos até os dias atuais, e mostrando ser uma patológica sua existência na sociedade, mas, mesmo sendo algo tão relevante e devastador ainda sim, é por vezes despercebido tanto pelas vítimas como pelas pessoas em seu redor.

Para sugestão de trabalhos futuros, propõe-se a execução do estudo aprofundado desse instituto, pois verifica-se que mesmo tendo diversos estudos com esta temática, ainda sim, é julgado tabu na sociedade moderna, que busca tanto a dita justiça social, e a justiça moral, é algo bastante relevante para estudos futuros.

Os objetivos propostos foram: como geral analisar a eficácia das legislações vigentes no combate e prevenção ao abuso de poder de direção do empregador na relação empregadora, este objetivo foi abordado ao longo do trabalho em tela, verificou-se que apesar do interesse dos legisladores e do judiciário pelo assunto, ainda há um longo trabalho a ser feito, pois apesar de existirem normas para coibir estas ações criminosas, ainda sim, é constante sua ocorrência.

Já a pergunta como prevenir o abuso de poder diretivo do empregador no ambiente de trabalho? Ao me deparar com questões como esta, observei que temos um arcabouço de normas para a defesa do trabalhador, somo o país que mais tem leis de proteção ao trabalhador, contudo nem tudo são flores, pois é notória a falta de fiscalização do bem-estar do trabalhador no seu

ambiente de trabalho e a efetiva punição para a prática de crimes dessa natureza. Portanto, precisamos de mais desempenho dos legisladores, do judiciário para que tais situações sejam rechaçadas do ambiente de trabalho. Por fim, após análise da pesquisa e a elaboração do trabalho em tela, temos a convicção que alcançamos os resultados esperados e ainda, podemos sugerir para próximos trabalhos.

4. Referências

ÁVILA, Rosemari Pedrotti – **As consequências do assédio moral no ambiente de trabalho**. 2ª ed., São Paulo: LTr.

BASILE, César Reinaldo Offa. **Direito do trabalho: teoria geral a segurança e saúde**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: Acesso em 13 de outubro. 2022.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em 07 de outubro. 2022.

BARROSO, Luis Roberto; DE BARCELLOS, Ana Paula. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Revista de direito administrativo, v. 232, p. 141-176, abr./jun., 2003. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690> Acesso em 20 de setembro 2022

BARROS, Alice Monteiro de. Assédio Moral. In: FERREIRA, Januário Justino (coord. geral); PENIDO, Laís de Oliveira (coord. científica). **Saúde Mental no Trabalho**: coletânea do Fórum de Saúde e Segurança no Trabalho do Estado de Goiás. Goiânia: Cir. Gráfica, 2013. p. 333-354.

BARROS, Renato da Costa Lino de Goes. **Assédio moral: dos efeitos e aspectos probatórios do psicoterror no ambiente de trabalho empresarial**. Publica Direito. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/renato_da_costa_lino_de_goes_barros.pdf>. Acesso em: 29 de set. de 2022.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de – **Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho: trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno**. São Paulo: LTr, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores** —Mauricio Godinho Delgado. — 18. ed.— São Paulo: LTr, 2019.

_____, Mauricio Godinho. **Relação de emprego e relações de trabalho: a retomada do expansionismo do Direito do trabalho**. In: SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves;

_____, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

FERREIRA, J. B. et al. **Situações de assédio moral a trabalhadores anistiados políticos de uma empresa pública.** Psicologia em Revista, Belo Horizonte, v. 12, n. 20, p. 215-233, 2006.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral: a violência perversa no cotidiano.** Traduzido por Maria Helena Kühner. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

HIRIGOYEN, Marie-France. Todo lo que hay que saber sobre el acoso moral en el trabajo. Barcelona: Paidós Contextos, p. 21-44, 2014.

_____. **Mal-estar no trabalho:** redefinindo o assédio moral. Trad.: Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrant Brasil, 2002.

_____. **Mal-estar no trabalho:** redefinindo o assédio moral. Trad.: Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrant Brasil, 2005.

_____. **Mal-estar no trabalho:** redefinindo o assédio moral. Trad. Rejane Janowitz. 4 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

_____. **Mal-estar no Trabalho:** redefinindo o assédio moral. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Assédio Moral no Emprego.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015

_____. **Direito do trabalho.** 15. ed., atualizada até dezembro de 2001. São Paulo: Atlas, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho.** Saraiva Educação SA, 2017.

_____, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, Sonia Mascaro. **Assédio Moral.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, Nilson de Oliveira. **Manual do poder diretivo do empregador.** São Paulo: LTR, 2009.

_____, Sônia Mascaro. **Assédio moral e dano moral no trabalho.** 3.ed. São Paulo: LTr, 2015.

RAMOS, Luís Leandro Gomes; GALIA, Rodrigo Wasem – **Assédio moral no trabalho. O abuso do poder diretivo do empregador e a responsabilidade civil pelos danos causados ao empregado** – atuação do Ministério Público do Trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

RESENDE, Ricardo. **Direito do trabalho** / Ricardo Resende. – 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

_____, Ricardo. **Direito do Trabalho Esquemático.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

RODRIGUES, M. **Categorias de assédio moral no ambiente organizacional: uma proposta de análise.** In: ANAIS ENCONTRO DA ANPAD, 2009, São Paulos.d.

RUFINO, R. C. P. **Assédio moral no âmbito da empresa.**, São Paulo: LTR 2011. 13 p.

SILVA, Roberval Peres da. **O Assédio Moral no Trabalho** / Roberval Peres da Silva. Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – Assis, 2012.

_____, D. M. P. **Psicologia jurídica no processo civil brasileiro: a interface da psicologia jurídica no processo civil brasileiro.**, São Paulo: Casa do Psicólogo 2003. 123-133 p.

THOME, C. F. **O assédio moral nas relações de emprego.** In: SEGOVIA, A. M. et al. (Orgs.). Direito individual do trabalho. São Paulo: Elsevier, 2011. 219-238 p.

A CONTRIBUIÇÃO DE SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA – COSIP EM MANAUS: UM DEBATE TEÓRICO EM RELAÇÃO À SUA NATUREZA JURÍDICA E A TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - TIP.

ELIAS BARBOSA AZEVEDO DE SOUZA:
Graduando em Direito pelo Centro
Universitário do Norte - UNINORTE

FERNANDO LOURENÇO MATOS LIMA
(orientador)

RESUMO: O presente tema é uma abordagem da natureza jurídica da TIP e COSIP, pois, apesar de ter entendimento consolidado no ordenamento jurídico, há de se observar os pontos congruentes entre ambas diante da efetividade, tendo como ponto ápice a Súmula 670 do STF. Utilizando assim a metodologia dedutiva, aplicando a técnica de pesquisa bibliográfica e textual de pesquisa bibliográfica e documental, com a utilização de artigos, livros, jurisprudências e leis, para que seja alcançado o objetivo de esclarecer os resultados da aplicação delas, cada uma dentro do seu lapso temporal de aplicabilidade perante a Lei. Neste contexto, os municípios são os personagens principais, uma vez a necessidade de receita municipal desenfreou a corrida para suprir despesas com iluminação pública, sendo instituída a primeiro momento a Taxa de Iluminação Pública, declarada, posteriormente, inconstitucional. Por conseguinte, no primeiro momento, a abordagem da transição é em foco do município de Manaus/AM, já que, por meio do Código Tributário Municipal se demonstrou um exemplo na transição para resguardar a receita, pois pensou na necessidade de observar as diretrizes constitucionais, ficando apenas o debate teórico, no plano das ideias, sobre a natureza jurídica da TIP e COSIP, contudo, o resultado vislumbrado foi que, apesar de coincidirem sobre o mesmo dilema, seus aspectos jurídicos não podem ser confundidos, pois desoam na aplicabilidade e o que o ordenamento brasileiro legisla.

Palavras-chave: COSIP. TIP. Constitucionalidade. Tributos.

ABSTRACT: The present theme is an approach to the legal nature of TIP and COSIP, because, despite having a consolidated understanding in the legal system, it is necessary to observe the congruent points between them in the face of effectiveness, having as apex point the Precedent 670 of the STF. Thus, using the deductive methodology, applying the bibliographic and textual research technique of bibliographic and documentary research, with the use of articles, books, jurisprudence and laws, so that the objective of clarifying the results of their application is achieved, each one within the its temporal lapse of applicability before the Law. In this context, the municipalities are the main characters, since the need for municipal revenue unleashed the race to meet expenses with public lighting, with the Public Lighting Tax being instituted at first, later declared unconstitutional. Therefore, at first, the transition approach is the focus of the municipality of Manaus/AM, since, through the Municipal Tax Code, an example was demonstrated in the transition to safeguard the revenue, as it thought about the need to observe the constitutional guidelines, leaving only the theoretical debate, in terms of ideas, on the legal nature of the TIP and

COSIP, however, the envisioned result was that, although they coincide on the same dilemma, their legal aspects cannot be confused, as they differ in applicability and what the Brazilian legal system legislates.

Keywords: COSIP. TIP. Constitutionality. Tribute.

1.Introdução

O debate teórico persiste na análise da natureza jurídica entre COSIP e TIP, o qual será abordado suas especificações para a efetiva aplicabilidade por meio dos municípios, mas que, para tanto, há necessidade de ser observado o que a lei resguarda.

Vale ressaltar que este debate se inicia com o fim do Fundo Nacional de Energia, pois deste modo, houve a privatização das empresas fornecedoras de energia, com isso, o débito referente à iluminação pública, que antes era concedido e arcado pelas hidrelétricas de direito pública, neste momento, é visto como um impasse nas contas das empresas privatizadas.

Diante desta situação, foi repassado aos municípios a obrigação de manter, mas que não foi ofertado medidas para que essa nova receita fosse sustentada, de modo que não colapsasse as contas públicas municipais.

Com isso, uma alternativa para suprir as necessidades vislumbradas diante da demanda foi a criação da TIP, sendo instituída por meio de lei municipal, buscando sua efetividade diante dos contribuintes.

No entanto, posterior, por meio de decisão do Supremo Tribunal Federal (Súmula 670) houve entendimento que a TIP não poderia ser aplicada deste modo, já que não correspondia ao enquadramento estabelecido pela Constituição Federal de 1988 e do Código Tributário Nacional.

Ante o exposto, a presente pesquisa busca esclarecer como os maiores prejudicados, municípios, reagiram diante de tal situação, assim como foram os meios adequados aplicados à época, para que a receita continuasse sendo garantida, deste modo, não ocasionando o colapso nas contas públicas municipais.

Para que seja vislumbrado na prática, será utilizada como modelo a cidade de Manaus, pois, como dito antes, diante da inconstitucionalidade da cobrança da TIP em face do contribuinte os municípios tiveram que se enquadrar ao novo cenário.

Com o isso, o objetivo principal para que seja esclarecido o debate teórico entre a natureza jurídica da TIP e COSIP diante dos fatores de aplicabilidade e legalidade foi utilizado o método dedutivo de pesquisa sobre o tema, fazendo abordagem inicial do contexto histórico dos tributos, assim como suas singularidades na evolução histórica na relação contribuinte e ente público.

Assim como a atuação do estado diante da necessidade de legislar sobre o tema, para garantir maior segurança aos envolvidos, com isso, há descrição de tributos e quais as suas

ramificações, tal como impostos, taxas, contribuição de melhoria, empréstimos compulsórios, dentre outros.

Ademais, a distinção entre taxas e impostos se faz necessário, para que o entendimento da Súmula 670 do STF seja compreendida diante na análise teórica da natureza jurídica abordada, visto que a aplicabilidade, assim como o fundamento jurídica da TIP e COSIP não podem ser confundidas.

Por último, o exemplo da transição de TIP para COSIP tem como paradigma o município de Manaus, já que, diante das adversidades para suprir as necessidades da receita proveniente da TIP se demonstrou adaptado ao novo cenário, já que instituiu a COSIP em seu Código Tributário Municipal.

2.Contexto histórico dos tributos

O termo tributo tem sua origem no latim, "*tributum*" que quer dizer "repartir entre as tribos", com isso, pode-se dizer que a primazia de sua aplicabilidade é em repartição em relação aos envolvidos, de forma que cada um responda pela parcela incumbida.

Diante disso, a formalização do processo de surgimento do tributo é entrelaçado com o surgimento da organização da humanidade como civilização, assim como o Estado, tendo registro que a primeira tributação ocorreu em 4.000 AC, na Mesopotâmia e segundo historiadores, os populares tinham a obrigação de destinar parte da colheita para o Estado, na sua primazia de governo, caracterizando assim a tributação.

Neste primeiro momento, a tributação era realizada de forma centralizada, no caso, aos agricultores, no entanto, com o crescimento populacional, assim como o desenvolvimento das atividades de comércio, o Estado vê a necessidade de se adequar ao processo.

Com isso, em Atenas e Roma, a tributação, por meio da concepção democrática com a presença do ente, passou a ser um processo mais burocrático, no entanto foi na Grécia, no século VII A.C, que foi desenvolvido o mecanismo conhecido e utilizado até hoje, no caso, a tributação de ser realizada e administrada pelo Estado.

Porém, foram os Romanos que aprimoraram a cobrança de tributos, pois começaram a cobrar de estrangeiros, nesta fase, há grande mudança significativa que tem reflexo até nos dias atuais, tal como a proporcionalidade e informações dos contribuintes.

Vale destacar, que neste momento, para os Romanos, não era apenas cobrança de impostos, mas sim o controle sobre inúmeras regiões, já que as atividades correspondentes de tributação eram a partir da importação de mercadoria (*portorium*) - relação comercial além do território nacional, e o consumo (*macelum*) - relação comercial realizada pela população em sua área territorial.

Posteriormente, na Idade Média, por meio da queda do Império Romano, sendo dividida em pequenos pedaços de terras, mais conhecido como feudos¹, com isso, a organização de tributação estabelecida antes não é mais utilizada, visto que, neste momento, não há a presença do Estado, mas sim dos senhores feudais.

Deste modo, a forma de pagamento não era pela moeda, o qual era dirigida pelo Estado, mas sim através da melhor parte da colheita realizada, devendo ser destinado aos nobres feudais, no final, o que restava era apenas para a sobrevivência do camponês e de sua família.

Pode-se observar que a relação entre o camponês e o senhor feudal era hierárquica, de modo que os produtores ficassem na base da pirâmide, alimentando assim o sistema feudalista, vale ressaltar que essa relação perdurava por gerações, chamada de vassalagem, em garantia de proteção.

No entanto, o sistema começou a gangrenar por causa da Guerra Santa, visto que, os senhores feudais começaram a cobrar cada vez mais impostos dos camponeses com intuito de ajudar a Igreja a conquistar a Palestina, considerada lugar sagrado para os cristãos, sendo uma grande parte dos valores da tributação destinadas às cruzadas, guerra santa, e a outra para João Sem Terra, que por sua vez pretendia não devolver o trono à Ricardo.

Diante dessa situação, em de Junho de 1.215, João Sem Terra foi obrigado a assinar a Carta Magna, o qual garantia direitos e, principalmente, deveres na relação do rei e dos seus súditos, marcando assim a limitação aos reis na cobrança de tributos.

Com o fim das cruzadas, grandes reinos sucumbiram, pois foram devastados, alguns reis morreram pela luta, com isso, uma grande parte dos camponeses começa a migrar para a cidade, neste ponto é possível notar que a exploração e tributação exacerbada começam a se dissolver, dando origem, no fim da Idade Média, às grandes cidades, os quais floresceram na Europa.

Neste momento, há influência oriental no modelo, pois surge o grande interesse por especiais, visto que eram de grande valor, dando espaço para o surgimento de nova classe social, a famosa burguesia, sendo composta por comerciantes, industriais e banqueiros. Com isso, a demanda de migração do campo para a cidade é mais forte, visto as oportunidades de emprego.

No entanto, as especiais eram de difícil acesso, visto que a rota marítima pertencia aos árabes, que não tinham uma boa relação com a Europa, mas a Itália conseguiu se unir, formando assim a corrente árabe-italiano, diante o valor das especiais, que, por sinal, foram levadas às alturas.

Com o intuito de baratear as especiarias, a Europa decide desbravar novos caminhos pelo desconhecido oceano Atlântico, no entanto, só o rei poderia financiar tal excursão, visto que realizada cobrança de tributos de seus súditos, podendo acumular voluptuosa riqueza em moeda de ouro e prata.

¹ SCHOUERI, p 48, 2019.

Neste momento, é notório que o pagamento de tributos não é mais realizado em mercadoria, mas sim moedas, perdurando por toda Idade Média, possibilitando o grande desenvolvimento marítimo, de modo que Portugal e Espanha conseguem chegar às Américas, deparando com culturas diferentes da europeia, assim como descoberta de metais preciosos.

Deste modo, com o advento dos metais preciosos, dá-se início à Revolução Industrial, assim como a ascensão da burguesia e o surgimento do Estado Absolutista, o qual era sustentado pelos comerciantes e trabalhadores.

Pode ser citado, como exemplo, o Estado Nacional da França, de Luís XIV, pois a tributação passa a ser, novamente, de forma exacerbada, para alimentar os cleros e a nobreza, devendo ser pago pela burguesia, camponeses e artesãos.

O seu sistema de tributação foi famoso por seu despotismo, tal que o lema era que o clero rezasse, que nobre morresse pela pátria e que, diante desta situação, o povo pagasse. (*L. Etat c. Est moi.. O Estado sou eu*).²

Diante desta situação, o povo reagiu, dando início à Revolução Francesa com o lema Liberdade³, Igualdade e Fraternidade, objetificando a instauração da República. Foi através deste prisma que surgiu o primeiro documento que estabelece os direitos fundamentais e inalienáveis do ser humano, de forma clara, por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789.

Neste momento, com a independência dos Estados Unidos da Coroa Britânica ocasionou impacto diretamente no Brasil, à época, colônia, pois foi visto como a possibilidade de tal movimento de libertação ser aplicado na relação de Portugal, agente colonizador do Brasil.

Sendo um dos principais movimentos a Conjuração Mineira, visto que Portugal começou a cobrar um quinto do ouro, deste modo a quinta parte de todo ouro extraído do garimpo deveriam ser destinados à Coroa Portuguesa como forma de pagamento de tributo.

Mas foi apenas no Século XVIII que o sistema começou a sucumbir, devida a baixa produção, no entanto o governo português não aceitava receber menos, devido ao seu endividamento, achando que essa defasagem fazia parte de um grande movimento de sonegação.

Com isso, a rainha D. Maria, a Louca, instituiu o regimento que caso a cota não fosse alcançada, a diferença da tributação deveria ser cobrada por uma vez por derrama, por conseguinte, quando o povo nota que existe a real possibilidade de derrama, começa o movimento para sabotar, no entanto, são delatados por Joaquim Silvério dos Reis.

² O ESTADO SOU EU é caracterizado pelo Rei Luís XIV, que viveu de 1638 a 17115.

³ Liberdade – seu conceito foi desenvolvido em 1791 por Montesquieu na Constituição Francesa. SCHOUERI, p 54, 2019.

No entanto, apesar do movimento mineiro não ser bem sucedido, inspirou, posteriormente, a Independência do Brasil no dia 07 de Setembro de 1822. Mas foi apenas em 12 de Agosto de 1834, com a decretação do Ato Adicional que foi posto limites e fundamentos no Direito Tributário Brasileiro, de forma que podem ser criados, alterados e suprimidos os tributos, conforme a competência daquele que realiza.⁴

2.1 Iluminação Pública e capacidade de atuação dos Municípios

Ao se falar em iluminação pública, uma grande parcela da população diria que é definitivamente um poste de luz realizando a iluminação da rua, de forma efetiva, mas, quando analisado amplamente, a definição vai além.

A palavra iluminar é proveniente do latim "*illuminare*", que significa derramar ou irradiar luz sobre, tonando claro, deste modo, nasce o termo iluminação, tal que é definido pelos dicionaristas como característicos do ato ou efeito do fato de iluminar, ocasionando assim a iluminação do ambiente. (FERREIRA, 1986)

Quando relacionado à definição utilizada pelo ordenamento jurídico brasileiro, não fica longe da citada acima, já que se dá a toda abrangência da luz, ou, simplesmente, o fato promovido pela ação de esclarecer ou aclarar o ambiente, como dispõe De Plácido e Silva (2004), com isso, pode-se observar que tal definição é mais completa.

Vale ressaltar que houve conflito de interesse na aplicabilidade da iluminação pública por prefeitura ou concessionária, com isso a ANEL - Agência Nacional de Energia Elétrica, por meio da Portaria DNAEE nº 158/89, solucionou, de forma que o interesse das concessionárias prevaleceria sobre as prefeituras.

Deste modo, ao citar o assunto em pauta, a ANEEL faz a definição de iluminação pública, no artigo 2º, inciso XXIV da Resolução nº 456, de 29 de novembro de 2000, como:

"o serviço que tem por objetivo prover de luz, ou claridade artificial, os logradouros públicos no período noturno ou nos escurecimentos diurnos ocasionais, inclusive aqueles que necessitam de iluminação permanente no período diurno"⁵

Ao realizar o conceito, vislumbra-se a necessidade de esclarecer o termo logradouros públicos, o qual é proveniente de lograr, que significa pastagem pública, de modo que os animais da vila possam pastar, assim como de qualquer localidade.

No entanto, pela ótica da terminologia nativa, representa local social com características amena e agradável, para maior conforto e desfrute do povo, podendo ser moradores da localidade

⁴ FERREIRA, Rodrigo. Tributos: origem e evolução.

⁵ Artigo 2º, XXIV da Resolução nº 456/2000, que foi instituída pela ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica.

ou não, tal como praças, jardins, hortos, passeios, os quais devem ser mantidos pelos poderes públicos.

Com isso, é notória que a Constituição Federal de 1988 instituiu aos Municípios a posição de componente da estrutura federativa, deixando de forma clara nos seus artigos 1º e 18, o qual dispõe sobre o tema, afirmando a aplicabilidade diante da organização dos entes pertencentes à federação.

Sendo assim, tendo autonomia para se organizar e aplicar suas políticas, devendo ser observado os limites impostos pela Carta Magna, já que não é de poder originário, mas sim prerrogativa política limitada e concedida, podendo gerir seu governo e administração.

Vale ressaltar que o Estado Membro pode delegar capacidade de atuação para os Municípios, mas quando relacionado a tributos, são privados da pessoa beneficiária, tal como a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e quem legislar estará ferindo a repartição de atribuição tributária, além de ser um ato nulo e ilegal, visto que não estará a luz da CF/88.

Ademais, no art. 30 da CF/88 especificam quais são as atribuições dos Municípios.⁶

Nesta premissa há dominância da área, devendo atuar com predominância dos interesses dos habitantes de certa localidade, levando em consideração os critérios de conveniência e oportunidade.

3.TAXA E IMPOSTOS - pontos relevantes para distinção

Considerando que taxas e impostos são tributos, logo, pode-se dizer que são regularizadas pela Constituição Federal de 1988, assim como o Código Tributário Nacional - CTN.

Desde já, há de salientar que ambas tem o fato gerador, o que enseja a relação do contribuinte com o tributo em questão, ou seja, a efetividade do negócio jurídico que estabelece responsabilidade para ambas as partes pertinentes, seja pela prestação de serviço específico ou aplicação nos meios sociais, da saúde, de segurança e iluminação pública.

Os tributos correspondem em taxas, podendo ser de polícia e de serviço público, contribuições de melhoria, impostos, empréstimos compulsórios e contribuições sociais e especiais.

No caso das taxa, sua aplicabilidade é correspondente à despesa estatal, de modo que o gasto realizado por um contribuinte não seria válido ao ponto de outro, além dele, suportasse a obrigação adquirida, com isso, há observância da teoria da equivalência, já que o contribuinte só adquire a responsabilidade na medida do grau da prestação estatal, construindo uma relação

⁶ Art. 30, CF/88: *“organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”*

sinalagmática 7da prestação realizada pela Administração sobre o tributo, já que ele só pode ser considerado devedor se se valer.

Destacam-se duas espécies, sendo a taxa de polícia, de maneira que sua atuação é objetivando resguardar o bem e convívio social, utilizando-se do Poder de Polícia pelo Estado, desde que dentro dos limites estabelecidos pela lei, tal como abusos, podendo ser citado como exemplo a Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental – TCFA8.

Já a segunda é a taxa de serviço público, correlacionando-se aos serviços públicos divisíveis e, também, específicos que estão à disposição do contribuinte, possibilitando assim a cobrança da taxa pelo seu uso, mas vale ressaltar que poderá ser cobrado no caso em que deveria ter utilizado e, por fim, acabou não utilizando, porque está caracterizada como compulsória. Podem ser citados como exemplo de taxa de serviço público os pedágios9.

As contribuições de melhorias tiveram seu surgimento no ordenamento jurídico por meio da Constituição Federal de 1934, disposta no tópico “Ordem Econômica Social”, almejando que as obras realizadas pelo Estado não fossem apenas em provimento a um pequeno grupo, com a receita pertencente ao grupo bem maior de contribuinte.

Mas foi apenas com o advento da Emenda Constitucional n. 18/65 10que foi esclarecido os requisitos para sua aplicabilidade de cobrança aos beneficiários diretos, levando em consideração o valor total da obra realizada pelo Estado e o reflexo do acréscimo do valor individual do bem do contribuinte.

Em relação aos impostos, encontram-se solidificados no art. 16 do CTN, a receita proveniente é destinada a suprir as despesas não imputáveis a selecionado grupo, deste modo a justificativa para aplicabilidade da cobrança reflete sobre a necessidade do Estado ter condições de arcar com os seus deveres estatais diante das necessidades do povo, não sendo visto pelo prisma individual, mas sim coletividade.

Vale ressaltar que há uma grande preocupação sobre a capacidade contributiva de cada um, mediante art. 3º da CF/88, que certifica a busca, em lato sensu, equidade entre os membros da sociedade. Exemplo de imposto é o IR – Imposto de Renda, neste caso, o contribuindo adquirir a obrigação em conformidade com seu ganho anual.

Ao que cabe aos empréstimos compulsórios, é notório que enquanto os tributos relatados acima, para a sua constituição, é necessário uma base de cálculo diferente dos outros, almejando

7 Sinalagmática: é o ato contínuo de reciprocidade entre as partes diante do negócio jurídico, sendo assim, há prestação e contraprestação.

8 Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental – TCFA constituída pela Lei n. 10.165/2000.

9 Pedágio é especificado na Lei Complementar n. 116/2003, por meio do ISS – Impostos Sobre Serviço de Qualquer Natureza, no item 22.01.

10 Emenda Constitucional n. 18/65 alterou o art. 19 do texto constitucional vigente à época, já no texto atual, as contribuições de melhoria estão resguardadas no art. 145, III da CF/88.

assim a não cobrança duas vezes sobre a mesma prestação de serviço, produto, etc, este se diferencia pela justificativa perante o contexto.

Está previsto no art. 148 da Constituição Federal, sendo de competência exclusiva da União devendo ser instituído por meio de lei complementar, neste presente momento, o constituinte é omissivo em relação em qual hipótese o legislador pode aplicar, mas apenas esclarece a característica de restituibilidade e finalidade (art. 15 do CTN), qual enseja caso de guerra externa ou iminência, calamidade pública ou investimento público, desde que seja de caráter urgente e de grande relevância de interesse nacional, sendo assim, ausentes essas hipóteses, não pode ser aplicado.

Concernente às contribuições sociais, estão previstas no art. 149 da Constituição Federal, em regra, só poderão ser efetivadas pela União, no entanto o texto assegura a concordância de outros entes da federação aplicarem, desde que seja apenas em face de seus servidores, para custear o regime previdência próprio.

Os recursos arrecadados serão destinados à atuação da União em prol do social, sendo elencado pelo art. 193 da CF/88, tal como: seguridade social, educação, cultura, ciência e tecnologia, comunicação social, meio ambiente, dentro outros.

Com isso, a justificativa das contribuições sociais é imediata, uma vez que busca atender os elementos da Ordem social elencados acima, buscando o bem social, por meio de que cada contribuinte pague conforme a sua capacidade contributiva, já que a base de cálculo é o pagamento da natureza jurídica instituída entre empregado e empregador.

Por último, as contribuições especiais são destinadas à intervenção no Domínio Econômico e nos interesses de categorias econômicas e profissionais, e que, apesar de estarem firmadas no mesmo artigo 11 que as contribuições sociais, sua forma e aplicabilidade, assim como o interesse de agir são dissonantes.

No que tange a mesma, sua base de cálculo está alçada sobre faturamento, valor aduaneiro, no caso de operação de importação e receita bruta, mediante art. 149, § 2º, III da Constituição Federal, já em relação dos interesses da categoria dos profissionais, vislumbra-se omissão por parte do constituinte, já que não há indicação quanto a sua aplicabilidade.

A justificativa para a aplicabilidade das contribuições especiais é para que a União tenha condições de atuar em prol da categoria profissional ou econômica que fez parte como contribuinte.

Uma análise a ser realizada é que cada tributo tem a sua base de cálculo, não podendo haver dupla tributação sob o mesmo bem ou serviço, já que o ordenamento jurídico proíbe, a não serem os empréstimos compulsórios, por meio de lei complementar, irá especificar o tempo de tributação,

11 Art. 149 da CF/88: "Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas..."

o produto, sua destinação e o retorno aos que participaram efetivamente, já que, posteriormente há restituição.

3.1 TAXAS - sua aplicabilidade.

As taxas se diferenciam dos impostos, pois são aplicados por meio de fato gerador dissonante com os impostos, visto que este último representa atividades gerais do ente que recolhe, no caso, estado, já as taxas, atividades específicas e divisíveis, por meio da atuação estatal, devendo ser individualizada. Deste modo, não comportaria a cobrança de serviço de segurança pública, defesa do território nacional, Iluminação pública e similares¹².

Podendo ser cobradas exclusivamente por impostos, visto que são indivisíveis, além do mais, a partir da Súmula 670 do Supremo Tribunal Federal, essa distinção ficou evidente, uma vez que proibiu a cobrança de iluminação pública através de taxa, como era feita anteriormente, por meio da Taxa de Iluminação Pública. (DUARTE, 2019)

Como destaca o tributarista Duarte, 2019, quando a Administração Pública, por meio de seu poder, restringe, disciplina e limita direito em prol da liberdade e interesse do da atuação pública, para que seja resguardado a segurança jurídica, assim como do povo, a tranquilidade pública, assim como o respeito à propriedade, direitos individuais e coletivos são restabelecidos sob a rocha, como é o caso do parecer do STF sobre a cobrança do tema.

No entanto, vale ressaltar que apesar de ser estabelecido sobre a rocha, não pode ser considerado como um direito imutável, visto que a sociedade está em constante evolução, seja na forma de relacionamento, organização até dos preceitos de cobrança de tributos, pois, como demonstrado antes, o povo não pode contribuir tal como peça sua existência digna num grupo.

4.Cobrança de taxa de iluminação pública - TIP

Anteriormente à Constituição Federal de 1988, no Brasil, a iluminação pública era arcada pelo Fundo Nacional de Energia, o qual a União mantinha o controle e administração, por intermédio das concessionárias de energia, neste momento, públicas.

No entanto, houve o fim do fundo, deste modo, foi repassado aos municípios, sem a especificação da fonte da receita para adimplir o encargo, conseqüentemente, ocasionando grande impacto na distribuição da receita, pois a Reforma Administrativa, por meio da Emenda Constitucional nº 19/98, fez com que o modelo energético fosse modificado, já que o serviço fora fornecido a empresas privadas.

Deste modo, a conta de iluminação pública passou a ser uma lesão ao patrimônio da empresa, visto que era privada, realizando assim entrega aos municípios da energia, no entanto, não havia contraprestação, ocasionando insuficiência de recursos.

¹² DURTE, p. 119. 2019.

Assim, a iluminação pública passou a ser custeada pela Taxa de Iluminação Pública - TIP, sendo fundamentada no artigo 145, inciso II da Constituição Federal e artigo 77 do Código Tributário Nacional, ensejando a restituição de valores ao Município, o qual foi gasto em iluminação de logradouros públicos, que coincide com o uso coletivo, como natureza da prestação do serviço.

Com isso é importante frisar o que resguarda a Carta Magna em seu artigo 45, inciso II, sendo corroborado pelo artigo 77 do CTN, de modo que a taxa deve ser utilizada por meio do fato gerador de polícia, através da atuação legítima dos Entes Públicos que compõe o estado como um todo, devendo ser efetiva ou potencial, se serviço público específico e divisível, prestado ou à disposição do contribuinte.

Neste sentido, para que a cobrança seja legal, é imprescindível que a Administração Pública consiga realizar o que é resguardado pelo ordenamento jurídico, tal como a identificação e individualização do contribuinte pelo serviço prestado, no caso, iluminação pública, o que não pode ser realizado quando é aplicado à TIP.

5. Súmula 670 do Supremo Tribunal Federal (Súmula Vinculante 41)

Como dito acima a cobrança do contribuinte do serviço de iluminação pública por meio de taxa não condizia com os regramentos do ordenamento jurídico, já que não tem a possibilidade de ser individualizada e indivisível.

Deste modo, em 1999 o Supremo Tribunal de Justiça, instigado por meio de um Recurso Extraordinário, o qual tem por número 233.332/RJ, especificadamente, em 10/03/1999 decide que

TRIBUTÁRIO. MUNICÍPIO DE NITERÓI. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. ARTS. 176 E 179 DA LEI MUNICIPAL N. 480, DE 24.11.83, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 1.244, DE 20.12.93. Tributo de exação inviável, posto ter por fato gerador serviço inespecífico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser referido a determinado contribuinte, a ser custeado por meio do produto da arrecadação dos impostos gerais. Recurso não conhecido, com declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos sob epígrafe, que instituíram a taxa no município.

Assim, por meio do entendimento exposto, foi declarada a inconstitucionalidade da cobrança da TIP, visto que não comportava os requisitos básicos.

Com isso, ensejou a Súmula 670 do STF, dispondo a proibição de cobrança de contribuição de iluminação pública por meio de taxa. Vale ressaltar que a súmula primária em questão, tornou-se a Súmula Vinculante 41.

Com isso, houve necessidade dos municípios se adequarem aos novos paradigmas jurídicos, para que a receita para custear a iluminação pública não fosse um fato gerador de rombo nas contas públicas, levando ao colapso, visto não conseguiria manter as despesas pertinentes.

Portanto, surge a necessidade de se adaptar, utilizando-se Contribuição de Iluminação Pública - COSIP, que posteriormente foi julgada pela Suprema Corte, que segundo o voto do Ministro Ricardo Lewandowski no Recurso Extraordinário correspondente ao nº 573.675, diz:

[...] respeitados os demais princípios tributários e os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, nada há de inconstitucional em identificarem-se os sujeitos passivos da obrigação em função de seu consumo de energia elétrica. Esta foi, aliás, a intenção do constituinte derivado ao criar o novo tributo, conforme se pode verificar a partir da leitura do seguinte trecho do relatório apresentado pelo Deputado Custódio Mattos à PEC 559/2002: 'A proposta, para viabilizar e facilitar a efetiva implementação da contribuição, deixa explícita a faculdade legal de cobrança na própria fatura de consumo de energia elétrica do contribuinte, que, fica implícito, seriam as pessoas físicas e jurídicas consumidoras de energia elétrica.' Com efeito, sendo a iluminação pública um serviço *uti universi*, ou seja, de caráter geral e indivisível, prestado a todos os cidadãos, indistintamente, não se afigura possível, sob o aspecto material, incluir todos os seus beneficiários no pólo passivo da obrigação tributária.... De qualquer modo, cumpre notar que os principais beneficiários do serviço serão sempre aqueles que residem ou exercem as suas atividades no âmbito do município ou do Distrito Federal, isto é, pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, identificáveis por meio das respectivas faturas de energia elétrica. [...] ... O Município..., ao empregar o consumo mensal de energia elétrica de cada imóvel, como parâmetro para ratear entre os contribuintes o gasto com a prestação do serviço de iluminação pública, buscou realizar, na prática, a almejada justiça fiscal, que consiste, precisamente, na materialização, no plano da realidade fática, dos princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva, porquanto é lícito supor que quem tem um consumo maior tem condições de pagar mais. Por fim, cumpre repelir o último argumento do recorrente, segundo o qual a base de cálculo da COSIP se confunde com a do ICMS. Tal hipótese, *permissa vênia*, não ocorre no caso, porque a contribuição em tela não incide propriamente sobre o consumo de energia elétrica, mas corresponde ao rateio do custo do serviço municipal de iluminação pública entre contribuintes selecionados segundo critérios objetivos, pelo legislador local, com amparo na faculdade que lhe conferiu a EC 39/02. [...].

Já o Ministro Marco Aurélio, no Supremo Tribunal Federal - STF, ao analisar o Recurso Extraordinário 666.404-SP, relata:

ILUMINAÇÃO PÚBLICA – CUSTEIO DE MELHORAMENTO E EXPANSÃO DA REDE – ARTIGO 149-A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – AFASTAMENTO NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à constitucionalidade da cobrança, por Municípios e Distrito Federal, de

contribuição de iluminação pública visando satisfazer despesas com melhoramento e expansão da rede.

Deste modo, reafirmam que a cobrança do contribuinte, por meio de Contribuição de Iluminação Pública, é legal, já que segue os regramentos da Constituição Federal de 1988, corroborado com o Código Tributário Nacional - CTN.

6. Transição de TIP para COSIP no município de Manaus.

No município de Manaus, a capital do Amazonas é considerada a maior cidade metropolitana da região norte, tem sua tributação municipal legal pela Lei nº 1.697 de 20 de Dezembro de 1983, a qual tem sido efetiva até a atualidade.

Mas, com o entendimento do STF, por meio da Súmula 670, que agora é Súmula Vinculante 41, em que estabelece a inconstitucionalidade de cobrança de taxa para custeio de iluminação pública, visto que para a aplicação de tal é necessário a especificação do contribuinte, assim como a individualização.

Deste modo, a aplicação do artigo 41 da Lei Municipal nº 1.697/83, do município de Manaus, tornou-se inviável, uma vez que o entendimento abordado foi declarado inconstitucional. Mas que para garantir a receita para custeio da iluminação pública, realizou a legalização da cobrança por meio da COSIP, a qual, atualmente, é regularizada pela Lei Orgânica Municipal nº 2.802 de 19 de Outubro de 2021.

Nesta lei há estabelecido a base de cálculo, sendo correspondente ao valor do serviço prestado em sua totalidade, encontrando-se na Seção II. Já na Seção seguinte, discorre sobre o sujeito passivo, podendo ser pessoa jurídica ou até mesmo física, desde que possua conexão regular e privada ao fornecimento de energia.

Com isso, é possível notar a modulação da lei municipal dentro dos requisitos estabelecidos pela Constituição Federal e Código Tributário Nacional, pois não só declara o vigor da COSIP, mas, de forma clara, especifica a aplicabilidade perante o contribuinte, formando assim maior clareza e segurança.

Portanto, o Município de Manaus diante da adversidade e instabilidade da cobrança da TIP, demonstrou-se adequada à nova realidade, a qual teve que se moldar, uma vez que um dos grandes problemas em questão é a garantia de receita para que a iluminação pública seja eficiente diante da necessidade da população, de forma que as contas públicas não fossem afetadas de diretamente e drasticamente.

7. Conclusão

Portanto, ao ser explanado sobre o surgimento da aplicabilidade da Taxa de Iluminação Pública pelos Municípios, na sua premissa foi legítima, já que se viram com o advento de uma grande receita a ser cumprida diante dos fornecedores, que por sinal, neste momento, são privadas.

A instauração de nova cobrança tributária pelos Municípios representou um pedido de socorro nas contas públicas, no entanto, o meio para que fosse formalizado não foi o adequado, visto que para que efetive a taxa, há alguns requisitos, tal como identificação e individualização do contribuinte.

Deste modo, o STF, por meio da Súmula 670 - agora é Súmula Vinculante 41, julgou a inconstitucionalidade da cobrança da TIP, visto que não condizia com os regramentos da Constituição Federal de 1988, assim como o Código Tributário Nacional.

Com isso, como debatido na presente pesquisa, o debate teórico quando relacionado a natureza jurídica da TIP e COSIP se mostrou totalmente diferente, mas o que se assemelha é a necessidade de cumprir obrigação adquiridas pelos municípios, mas que, no primeiro momento, não soube aplicar de forma adequada o que a lei constitucional resguardava, com isso, existindo o embaraço à aplicabilidade do recurso adequado.

Para que não houvesse a perda desta receita, o ente se adaptou diante da situação, criando, de forma legal e válida, a COSIP - Contribuição de Iluminação Pública, por exemplo, em Manaus é regulada pela Lei Orgânica Municipal nº 2.802 de 19 de Outubro de 2021.

8.Referências bibliográficas

COSTA, Luiz Bernardo Dias. O Tribunal de Contas no Estado Contemporâneo. 2005. 139 f. Dissertação de Mestrado (Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social) - Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba/PR. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp007979.pdf>. Acesso em 30.03.2022.

DUARTE, Francisco Leite. Direito Tributário: teoria e prática. 2019. 3ª Ed. São Pulo: Editora Afiliada, 09 de Janeiro de 2019..

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário da Língua Portuguesa. 2º Edição. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986

LIMA, Emanuel Marcos, REZENDE, Amaury José. Um estudo sobre a carga tributária no Brasil: uma análise a partir da Curva de Laffer. 2017. 18 f. Disponível em <https://www.scielo.br/j/inter/a/ttZkLzk7qdnmxZjQL7Yq8Qp/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em 31/03/2022.

GONÇALVES, Darlene Tavares. A educação fiscal escolar como fator de disseminação e formação do conhecimento dos tributos. 2019. 13 f. Trabalho de Graduação (MBA Contabilidade e Direito Tributário) - Instituto de Pós-Graduação -IPOG, Teresina/PI. Disponível em <https://ipog.edu.br/wp-content/uploads/2020/12/darlene-tavares-goncalves-16812019.pdf>. Acesso em 31/03/2022.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico/ atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 24ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004

SILVA, João Vitor Sarmento. A natureza jurídica da Contribuição Iluminação Pública e o princípio da não vinculação de receita: debate teórico. Monografia – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais – CCJS/UFCG. Disponível em <http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/xmlui/handle/riufcg/13281>. Acesso em 16/09/2022.

MATOS, Fernanda Ferreira. Análise jurídica da contribuição para o custeio da iluminação pública no Brasil: COSIP. 2005. Programa de Pós-Graduação em Engenharia da Energia.

MENDES, Amazonino Armando. Código Tributário do Município e dá outras providências. Disponível em [https://leismunicipais.com.br/a1/am/m/manaus/lei-ordinaria/1983/170/1697/lei-ordinaria-n-1697-1983-dispoe-sobre-o-codigo-tributario-do-municipio-e-da-outras-providencias?q=taxa%20de%20ilumina%E7%E3o%20p %Fablica](https://leismunicipais.com.br/a1/am/m/manaus/lei-ordinaria/1983/170/1697/lei-ordinaria-n-1697-1983-dispoe-sobre-o-codigo-tributario-do-municipio-e-da-outras-providencias?q=taxa%20de%20ilumina%E7%E3o%20p%20Fablica). Acesso em 26/09/2022.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito Tributário. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

<https://rfersantos.jusbrasil.com.br/artigos/222353175/tributos-origem-e-evolucao>. Acesso em 29 de Outubro de 2022

<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/inconstitucionalidade-contribuicao-para-custeio-servico-iluminacao-publica>. Acesso em 04 de Novembro de 2022.

<https://leismunicipais.com.br/a/am/m/manaus/lei-ordinaria/2021/281/2802/lei-ordinaria-n-2802-2021-dispoe-sobre-a-contribuicao-para-custeio-do-servico-de-iluminacao-publica-cosip>. Acesso em 04 de Novembro de 2022.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em 05 de Novembro de 2022.

A RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO NO BRASIL E AS CONSEQUÊNCIAS DIANTE A SOCIEDADE

PAOLA LEANDRA SOUZA MIRANDA:
Graduada em Direito pelo Centro Universitário
UNA Barreiro.

MELISSA RODRIGUES SILVA ARAÚJO¹³

(coautora)

LUCAS CAMPOS DE ANDRADE SILVA

(Orientador)

RESUMO: O efetivo trabalho tem como objetivo demonstrar a importância da ressocialização do preso e o efeito que isso traria para a sociedade, abordando visões gerais de todo o sistema penitenciário e seu funcionamento e a aplicação correta da lei. O foco se dá na forma que a ressocialização é feita e como seria seu modelo ideal e como essa idealização da forma correta passa pela Lei de Execução Penal que é a reguladora do sistema prisional e como o funcionamento deste sistema deveria ser e a sua realidade completamente falha. Está didaticamente dividido em três tópicos. No primeiro deles, é tratada a Lei de Execução Penal de forma breve, mostrando sua criação e seus principais focos para com o seu teor. O segundo tópico ocupa-se em verificar quanto ao sistema prisional brasileiro, levando a visão desse assunto a dois tópicos muito importantes, que são em "Como funcionaria de acordo com a lei regulamentadora" e "A realidade do dia a dia", afinal, hoje, com a grandeza da rapidez de informação por meio da internet, mais o que nos é demonstrado a anos pelos jornais, a realidade. Chegando no terceiro tópico, que trata o assunto principal da ressocialização do preso, passando por assunto de como são tratados, o que passa bem longe do ideal para aqueles que estão em cumprimento de pena, as situações que não ocorrem da forma esperada mas que ajudariam muito no retorno do convívio com a sociedade e o recomeço de uma vida, como o trabalho do preso, as visitas, educação, a assistência ao detento, as condições de saúde dentre outros. É tratado também, não só no terceiro tópico, mas como também no segundo sobre os abusos e violências sofridas dentro das prisões e como situações assim desfavorecem a reinserção e auxiliam na reincidência e na ineficiência do Estado. Para a realização deste trabalho, foram feitas pesquisas em artigos, e livros e leis que tratam da execução penal e o sistema prisional, para que o foco ficasse o máximo possível na importância deste tema e em como algumas mudanças trariam total diferença tanto na vida dessas pessoas, como na segurança no país e o desenvolvimento da sociedade.

Palavras-Chave: Ressocialização; Estado; Reinserção; Presos; Sistema Prisional.

ABSTRACT: The effective work aims to demonstrate the importance of the resocialization of the prisoner and the effect that this would bring to society, addressing overviews of the entire penitentiary system and its functioning and the correct application of the law. The focus is on the

¹³ Graduando em Direito pelo Centro Universitário UNA Barreiro.

way that resocialization is done and what its ideal model would be and how this idealization in the correct way passes through the Penal Execution Law that regulates the prison system and how the functioning of this system should be and its reality completely failure. It is didactically divided into three topics. In the first one, the Criminal Execution Law is briefly treated, showing its creation and its main focuses for its content. The second topic is concerned with verifying the Brazilian prison system, taking the view of this subject to two very important topics, which are in "How it would work according to the regulatory law" and "The reality of everyday life", after all, today, with the magnitude of the speed of information through the internet, plus what has been shown to us for years by newspapers, the reality. Coming to the third topic, which deals with the main subject of the prisoner's resocialization, going through the subject of how they are treated, which is far from ideal for those who are serving their sentence, situations that do not occur as expected but that would help much in the return of living with society and the restart of a life, such as the prisoner's work, visits, education, assistance to the detainee, health conditions, among others. It is also treated, not only in the third topic, but also in the second about the abuses and violence suffered inside the prisons and how situations like this disfavor the reintegration and help in the recidivism and the inefficiency of the State. To carry out this work, research was carried out in articles, books and laws that deal with criminal execution and the prison system, so that the focus could be as much as possible on the importance of this theme and on how some changes would make a total difference in both the lives of these people, as well as security in the country and the development of society.

Keywords: Resocialization; State; reinsertion; prisoners; Prison System.

INTRODUÇÃO

Com o presente trabalho, temos o intuito de apresentar a ressocialização dos presos, a lei que a regulamenta e como seria sua forma ideal, trata também do sistema prisional brasileiro, relatando sua atual realidade diante a sociedade, onde muitos expõem que vem de um histórico de falência significativo, em virtude a condições do próprio sistema. Diante disso, averiguando os meios de pesquisas que temos iremos mostrar as consequências que isso pode trazer perante a sociedade e no que isso pode prejudicar ou não na ressocialização do preso no Brasil.

A lei que regulamenta o sistema prisional brasileiro hoje é a Lei de Execução Penal, que é citada no primeiro capítulo de forma branda. O conteúdo desta lei se concentra nas condições para cumprimento de sentença e sobre os direitos do preso e ao tratamento de ressocialização dentro das penitenciárias. Em todo o seu discorrer, é falado sobre a saúde, trabalho, visitas, estudos, entre outros. Pensando em sua grande importância para a construção de todo o sistema prisional, visto que, se ocorresse o seu seguimento, teríamos o exemplo de sistema prisional para o mundo e a queda da taxa de criminalidade.

Como citado acima, não é realizado o respeito ao descrito na Lei de Execução brasileira, de acordo com um artigo publicado pela equipe de Redação Brasil Paralelo, postado em seu site em junho de 2022, segundo dados oficiais do governo, todos os dias um detento é assassinado no Brasil. As maiores facções criminosas do país surgiram nas penitenciárias. Mesmo o país tendo a terceira maior população carcerária do mundo, as ruas ainda estão permeadas de criminosos. (Brasil

Paralelo, 2022, n.p.)” Pensando desta forma, e abordando este tema no segundo capítulo, podemos ver que o sistema carcerário do país se encontra longe do ideal e que a sua realidade não é de um sistema acolhedor e de ressocialização, mas apenas um sistema que pune e colabora com a continuação do preso na criminalidade.

Chegando no último capítulo, é tratado o tópico principal do trabalho, que é a reinserção do preso na sociedade e como seria importante que todo o sistema funcionasse como a lei manda e como a colaboração da família e da sociedade tem grande colaboração em toda essa ressocialização. Como disposto acima, infelizmente, o nosso sistema não trabalha para a reinserção, mas para a punição, e isso colabora para sermos “3ª posição no ranking de maior população carcerária do mundo, atrás apenas de China e Estados Unidos. (IGNACIO, 2020, n.p.)”, segundo Julia Ignacio, com uma pesquisa postada no site Politize em dezembro de 2020. Visando estes dados, é focado em como o sistema deveria funcionar para que a posição desse ranking descesse, detalhando o modo em que deveriam ser tratados, as oportunidades que deveriam vir das famílias e da sociedade colaborando para o nascimento de uma nova forma de vida e como que o tratamento correto dentro do período que estivesse “pagando” pelo erro cometido diz totalmente sobre o futuro dessas pessoas.

Em suma, é discorrido sobre a grande importância da ressocialização e da aplicação das leis, e como isso afeta diretamente no futuro do país, diminuindo assim a taxa de criminalidade que vem aumentando a cada dia mais, como um exemplo, uma matéria postada no site Correio Braziliense Brasil, por Gabriela Chabalgoity, “O número de mortes por causas violentas cresceu 81% em 2022, em relação ao mês de janeiro do ano passado. (CHABALGOITY, 2022, n.p.)”, e também a taxa de reinserção que, segundo matéria do site Exame, postada em setembro de 2011, já naquela época segundo o “presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ministro Cezar Peluso. Segundo ele, atualmente cerca de 500 mil pessoas cumprem pena privativa de liberdade no Brasil. “A taxa de reincidência no nosso país chega a 70%. Isto quer dizer que sete em cada dez libertados voltam ao crime. É um dos maiores índices do mundo... (PELUSO, 2011,n.p.)”, fazendo com que todos vivam em uma sociedade mais segura.

1. LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Com a aprovação do projeto sendo no ano de 1983 e concretizando pela Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984 que se encontra até os dias de hoje sendo a Lei vigente de Execução Penal no país, ela é considerada como a base para que haja a aplicação das sentenças, sejam elas por de medida de segurança e ou por penas, podendo ser compreendida como um “Conjunto de normas e princípios que tem por objetivo tornar efetivo o comando judicial determinado na sentença penal que impõe ao condenado uma pena (privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa) ou estabelece medida de segurança. (AVENA, 2016, p. 3)”; tendo seu resultado variando pelo litígio realizado pelo criminoso, colocando o seu foco em um “castigo” para o criminoso, mas também em uma forma de tratamento em que o objetivo seja a não reinserção dessa pessoa novamente no sistema prisional, ou seja, o não cometimento de novos delitos.

Pensando desta forma, ao observarmos a estrutura da Lei de Execução Penal brasileira não manteve o seu trajeto em apenas punir e fazer com que a pessoa entenda e pague por aquele

delito, mas mostrou preocupação em como seria a vida do criminoso nesse período em que estivesse em cárcere, trazendo a tona uma forma em que ele saísse dali ressocializado. Continuando a linha de raciocínio sobre a estrutura que a Lei foi criada, segundo disposto também por Norberto Avena, "Daí o surgimento da expressão Direito de Execução Penal para denominar a disciplina que rege o processo de cumprimento da sentença penal e seus objetivos. (AVENA, 2016, p. 1)", chegando a ser considerada um direito dado ao preso.

Como já citado anteriormente sobre como foi pensado as questões tratadas pela Lei, em seu artigo 10º e 11º ficam explícitos as assistências que são dadas como direitos e quem é o responsável por colocá-las em prática.

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será: I - material;

II - à saúde;

III - jurídica;

IV - educacional;

V - social;

VI - religiosa.

Continuando com o prescrito nos artigos da Lei, o artigo 3º vem tratar sobre a asseguaração do condenado em quesitos em que a Lei de Execução Penal não abrange, ficando disposto:

Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

Sendo o artigo citado acima uma reafirmação do Caput do artigo 5º da Constituição Federal de que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...", tendo como a garantia de que, tudo que não for tratado de forma direta ou indireta pela Lei de Execução Penal, e que de alguma forma for tratado por outra Lei ou norma fundamental, permanece igual os direitos que a ele pertenciam antes trânsito em julgado da decisão condenatória, tendo essa questão também sido tratada pelo artigo 38 do Código Penal, dispondo este que "o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o

respeito à sua integridade física e moral”.

A realização da execução da pena presume que sempre haverá respeito ao que se encontra disposto na Constituição Federal, no que concerne a direitos, garantias e princípios, ou seja, tudo nela antes sempre se baseará na Lei Fundamental do país, especialmente os que se encontram citados em todo o artigo 5º.

2.- SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

2.1 Como funcionaria de acordo com a lei regulamentadora

De acordo com previsão em lei, os presos no Brasil têm garantias em diversas legislações sobre a integridade física e moral. Quando citamos a existência dessas garantias em leis, não são apenas aquelas nacionais, mas também internacionais, como um exemplo disso, no I Congresso das Nações Unidas para Prevenção do Crime e para o Tratamento de Delinqüentes, que ocorreu em Genebra, na Suíça, com em 1995, que tratou das Regras Mínimas para tratamento de reclusos.

Como já tratado em tópico anterior, existe também a Lei de Execução Penal, onde o seu teor também traz regras para tratamento dos presos, fala sobre o trabalho, a ressocialização, visitas, tratamentos, saúde, estudo e o cumprimento da pena, existindo toda uma preocupação quanto o cumprimento da pena, a garantia dos princípios e direitos humanos. No artigo 1º da Constituição Federal, também é disposto sobre a asseguaração da preservação da dignidade da pessoa humana.

Focando nas leis citadas anteriormente, que podem ser consideradas as principais regulamentadoras para o sistema prisional brasileiro atualmente, trataremos de forma mais abrangente cada direito que deveria ser respeitado para um bom cumprimento de sentença com a finalização de uma boa reinserção na sociedade, focando em tópicos dispostos na Lei de Execução penal, como os seguintes:

2.1.1 Da Assistência Material

Começaremos com a Assistência Material, que fica de forma explícita no artigo 12 e 13, que de forma simples, diz que é de responsabilidade ofertar ao preso o mínimo para que todo seu cumprimento de pena seja cumprido com o mínimo de dignidade. Sendo que a realidade é que o Estado apenas fornece aquilo que de alguma forma não pode ser evitado, como exemplo, a alimentação que é oferecida, mas na maioria das vezes não é da forma adequada. Como em um artigo escrito no Site Jusbrasil pelo Conselho Nacional de Justiça, “Enquanto na maioria dos estados é comum ouvir queixas dos detentos em relação à qualidade da comida, em Goiás, vários presos relataram que, muitas vezes, a alimentação é insuficiente. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011, n.p.)”, nos fazendo acreditar que outros direitos que envolvam qualquer tipo de assistência material não são respeitados.

2.1.2 Da Assistência à Saúde

Tratado no artigo 14, dispondo que “A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico”,

ou seja, o Estado deve oferecer aos encarcerados todo um respaldo que seja realizado qualquer tratamento necessário, porém, lembrando que em um local onde nem o alimento é de forma justa, suficiente e adequada, sabemos que a assistência à saúde também não será, levando também em consideração que no Brasil, como Renato Marcão em seu livro dispõe “que também a rede pública, que deveria prestar tais serviços, é carente e não dispõe de condições adequadas para dar atendimento de qualidade mesmo a parcela ordeira da população que também necessita de tal assistência estatal... (MARCÃO, 2021, p24)”, o problema da calamidade em saúde pública já é ruim para aqueles que nem presos estão.

2.1.3 Da Assistência Jurídica

Citada como terceira assistência na Lei, dispostas no artigo 15 e 16 e é destinada para aqueles presos que são desprovidos de recursos financeiros para arcar com advogado particular, sendo um dever do Estado garantir o auxílio. A defensoria oferecida pelo estado em tese deve suprir todos aqueles que necessitam do auxílio judiciário, mas como já citado em outras partes deste trabalho, a grande taxa de presos, junto com a sobrecarga de processos movidos no judiciário brasileiro, faz com que o serviço prestado seja lento.

2.1.4 Da Assistência Educacional

Sendo encontrado entre os artigos 17 e 21, e sendo um assunto de extrema importância, já que segundo artigo postado no site Brasil Escola, por Benigno Núñez “Dos mais de 700 mil presos em todo o país, 8% são analfabetos, 70% não chegaram a concluir o ensino fundamental e 92% não concluíram o ensino médio. Não chega a 1% os que ingressam ou tenham um diploma do ensino superior. (NÚÑEZ, s.d., n.p.)”. Observando o disposto na Lei para a assistência educacional, é existente a obrigatoriedade do ensino fundamental, também deve ser oferecido ensino profissionalizante e exige a existência de biblioteca no sistema prisional.

Na atual situação do país, o cumprimento rígido desta etapa traria uma nova realidade pois com o aprendizado, portas de oportunidades abriam e assim diminuiria a volta dessas pessoas ao sistema.

2.1.5 Da Assistência Social

De uma forma geral, como disposto no site do GOV publicado pelo Ministério da Cidadania, a assistência social tem “objetivo é garantir a proteção social aos cidadãos, ou seja, apoio a indivíduos, famílias e à comunidade no enfrentamento de suas dificuldades, por meio de serviços, benefícios, programas e projetos. (MINISTÉRIO DA CIDADANIA, 2019, n.p. “. Observando como funcionaria essa assistência para os presos, Estefânia de Sousa e Glauce Barros, em um artigo publicado na Revista da FAESF, falam que “ O Assistente Social no sistema prisional assegura os direitos ao apenado tendo como posicionamento a equidade e justiça social, construindo práticas humanas ao tratamento dos presos, viabilizando a concretização da defesa dos direitos humanos, sendo que a presença deste profissional na prisão, contribui no sentido de ressocializar o preso em seu convívio social, como também busca garantir e assegurar os direitos que ora são violados

ou ocultos, dificultando assim a ressocialização dos indivíduos na sociedade. (SOUSA e BARROS, 2017, n.p.)”, ou seja, os artigos 22 e 23 sobre a assistência social que vem para fazer ser cumprido aqueles direitos dos presos dispostos em lei.

2.1.6 Da Assistência Religiosa

Estando disposto no artigo 24 e tendo relação com o disposto no artigo 5º da Constituição Federal (1988), no “Inciso VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.”, sendo assim, é assegurado a todos aqueles em cumprimento de pena a chance da participação de cultos, ter poder escolher a crença que quiser ou não querer crer em nenhuma, como também, tem o direito de ter acesso e posse de livros referentes à religião adotada.

2.1.7 Da Assistência ao Egresso

O egresso é a liberação da pessoa do sistema prisional, segundo Rodrigo Murad em uma publicação no site JUSBASIL, “Essa assistência ao egresso visa fortalecer os laços de apoio para que sua reinserção social ocorra mesmo diante do natural preconceito da comunidade em aceitar um indivíduo que acaba de cumprir a pena. (MURAD, 2016, n.p.)”. Assim, algumas formas de assistência ao egresso estão dispostas nos artigos seguintes:

Art. 25. A assistência ao egresso consiste:

I - na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade;

II - na concessão, se necessário, de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado, pelo prazo de 2 (dois) meses.

Parágrafo único. O prazo estabelecido no inciso II poderá ser prorrogado uma única vez, comprovado, por declaração do assistente social, o empenho na obtenção de emprego.

Art. 26. Considera-se egresso para os efeitos desta Lei:

I - o liberado definitivo, pelo prazo de 1 (um) ano a contar da saída do estabelecimento;

II - o liberado condicional, durante o período de prova.

Art. 27. O serviço de assistência social colaborará com o egresso para a obtenção de trabalho.

Sendo considerado então, a assistência ao egresso um apoio dado após o cumprimento de sentença, para que haja uma mudança no estilo de vida para que esse indivíduo não volte a ser preso novamente.

2.2 A diferença entre a expectativa legal e a realidade do sistema prisional brasileiro

Conforme pode ser visto no artigo 1º da Lei de Execução Penal, onde descreve que tem como objetivo a efetivação das disposições da sentença ou decisão criminal, além de proporcionar condições básicas para o cumprimento da pena, em acordo com a reinserção social do condenado. Dessa forma garantindo os seus direitos e instaurando deveres ao mesmo, com sua finalidade de desenvolver responsabilidade e comprometimento, com o propósito da ressocialização.

Entretanto, diante do ambiente precário em que se encontra a maior parte do sistema carcerário do país, de acordo com o que se vê perante as notícias que são veiculadas pela grande mídia, é possível reconhecer que a Lei de Execução Penal, por mais inovadora que seja, é bastante falha eventualmente (BEZERRA, s.d).

Diante disso é de se observar que o sistema carcerário no Brasil é carente. Levando em consideração a situação na qual os próprios detentos são submetidos e de se considerar impiedoso, onde existe muita violência. Em decorrência dessa situação e da superlotação a um número significativo de violência sexual entre os próprios detentos, em consequência disso a várias doenças entre os mesmos. Drogas ilícitas são retidas regularmente no presídio. Por conta disso, dentro do presídio os mais fortes acabam mandando nos mais fracos (ASSIS, 2007, n.p).

Como pode ser visto no artigo 5º, XLIX, da Constituição Federal (1988), “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”, apesar do que está escrito na lei o Estado não vem assegurando aquilo que está prescrito na lei. Isto é por indiferença do governo, ou até mesmo do corpo social, no qual por várias circunstâncias se sentem encarcerados em face do medo e por se sentirem inseguros, ou até mesmo pela corrupção que existe dentro dos presídios.

Seguindo essa linha de raciocínio e o que o doutrinador Mário Ottoboni diz, “o delinquente que for condenado e preso por exigência da sociedade, à medida que recuperá-lo é um prepotente de ordem moral, o qual ninguém deve se isentar” (OTTOBONI, 2001. p. 9). A sociedade simplesmente se sentirá protegida quando o preso for recuperado. A prisão existe por punição, e não correção. O Estado não se reconhece responsável pela obrigação no que diz respeito ao condenado.

Atualmente, depois da criação da Lei de Execução Penal os presídios brasileiros se tornaram em basicamente depósitos de presos, onde a lei não é cumprida ou é cumprida parcialmente. A Lei de Execução Penal foi criada com o intuito de organizar os regimes e os estabelecimentos carcerários.

Apesar da criação da Lei de Execução Penal, não se vê nenhum Sistema Prisional no Brasil que siga realmente as normas que são estabelecidas pela Lei. Não há indícios de que alguma unidade federativa tenha, diante do injustificado descumprimento, sofrido a pena administrativa de “suspensão de qualquer ajuda financeira a elas destinada pela União, para atender as despesas de execução das penas e das medidas de segurança”.

Levando em consideração as medidas adotadas pela Lei de Execução Penal sobre o sistema de progressão da pena, pode ser notado que nem assim existe a possibilidade de um desafogamento do Sistema, devido ao grande aumento significativo a cada dia.

O artigo 85 da Lei de Execução Penal presume que deve existir compatibilidade entre a estrutura física do presídio e a sua capacidade de lotação, ainda assim, a superlotação tem como seguimento não só a violação das normas que estão devidamente prescritas na Lei de Execução Penal, mas também, dos princípios constitucionais.

Art. 85. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.

Portanto, em relação ao sistema prisional e complicado de se falar sobre a ressocialização, uma vez que ele traz bastante dificuldade para lidar com as controvérsias que acabam aparecendo e diante disso não vem a oferecer as devidas condições para a aplicação do que está vigente no artigo 83 da Lei de Execução Penal que dispõe:

Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.

Logo, pode ser observado que na prática não são todas as instituições penais que atuam conforme os referidos dispositivos legais, em consequência disso, prejudica a possibilidade de haver a ressocialização dos apenados.

3. RESSOCIALIZAÇÃO DOS PRESOS

3.1 O que é a ressocialização?

A palavra ressocialização vem de inserção em sociedade, de voltar a pertencer, e no sentido deste trabalho, quer dizer sobre o detento voltar a pertencer à sociedade, pensando desta forma, Ianca Simões e Dario Almeida, dão em seu artigo online o seguinte significado: "A ressocialização por sua vez tem a intenção de propiciar a dignidade e tratamento humanizado, mantendo a honra e a autoestima do detento, permitindo que este indivíduo tenha um acompanhamento psicológico, projetos de profissionalização e incentivos que colaborem para que os direitos básicos do condenado sejam realizados e priorizados. (Simões e Almeida, 2020, n.p.)", sendo assim, percebemos que para haver uma boa ressocialização, vem de um processo existente enquanto a pena é cumprida.

Da maneira correta, todos os atributos sobre a assistência ao preso citado no segundo tópico deste trabalho, sendo seguidos da forma que deveria ocorrer, fazem com que toda a pessoa humana do detento seja respeitada e faz com que a penitenciária cumpra seu papel de "reeducação" a maneira que quem passou por ali leve a vida, fazendo com que a realidade mude. Afinal, a convivência social juntamente com a atuação da sociedade para a ressocialização é indispensável, pois ajudando e vendo a mudança e a capacitação daquela pessoa ajuda ao preconceito ser

diminuído e a gerar oportunidades para oficializar a mudança de vida e a ressocialização e inserção positiva daquele indivíduo.

Mas a realidade do sistema prisional do país é outra, segundo Anna Judith Banco, em uma publicação no Site Jusbrasil, citando uma fala de Paulo César Seroni, “Hoje, a execução da pena privativa de liberdade parece não cumprir a dupla função de punir e recuperar para ressocializar, conforme estabelece a Lei de Execução Penal (LEP) em seu artigo primeiro, e ainda deixa uma marca na trajetória do egresso que se configura num dos elementos mais perversos, não somente de controle, mas de exclusão social, estigmatizando-o de forma negativa para sempre. (BRANCO, 2014, n.p)”. Após a inserção na sociedade, os desafios enfrentados por aqueles indivíduos que por algum motivo estiveram presos são inúmeros, afinal, quando a sociedade se vê na frente de um ex-presidiário em busca de uma oportunidade de emprego, o preconceito vem à mente e junta com tamanha criminalidade e violência que estamos vivendo e acaba retirando daquela pessoa que busca a mudança, a real oportunidade de mudar.

O trabalho iniciado já dentro das penitenciárias junto à entrada no mercado de trabalho, segundo Hygino Vasconcellos, em publicação no Site Extra Classe, indica que “trabalho prisional diminuiu as chances de reincidência criminal, como mostrou uma pesquisa feita em cadeias cariocas. As chances de novo envolvimento com o crime são de 48%, já em redução ao estudo fica em 39%. (VASCONCELLOS, 2019, n.p.)”, e isso faz com que as parcerias fechadas com empresas e penitenciárias seja de grande valor, juntamente com a colaboração de comerciantes do país, a participação familiar e todas as assistências dispostas na Lei de Execução Penal tem um valor indescritível para a vida durante e após pagamento de pena.

3.2 Reinserção do preso na sociedade

Atualmente, é de conhecimento as consequências que o aprisionamento traz para o indivíduo onde não há como o mesmo passar ileso das influências da prisão até o cumprimento de sua pena. Segundo Bittencourt, “não há como fugir do sistema. O recluso encontra-se não só fisicamente encerrado, impedido de sair, como também se encontra preso a um contexto de comportamento e usos dos quais não pode fugir”. (BITENCOURT, 2011, p.175).

Pode se ver que a ressocialização se torna cada vez mais necessária, principalmente no mundo atual, onde facções criminosas surgiram e se consideram cada vez maiores e mais poderosas, dentro e fora dos presídios.

As principais finalidades da pena e ser repressiva e punitiva, a execução da pena tem, expressamente, como um dos seus objetivos, a reinserção social. Esse objetivo está expresso no artigo 1º da Lei de Execução Penal.

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Conforme o artigo citado acima, é evidente a dupla finalidade a execução penal, qual seja, dar sentido e efetivação ao que foi decidido na sentença criminal, além de dar ao apenado as condições efetivas para que ele consiga se incluir novamente na sociedade e por fim não retornar à antiga vida do crime.

A reinserção social, passa pela humanização dos presídios, ou seja, acabando então com a sua superlotação e criando um ambiente onde respeita e cumpri o que está prescrito nos direitos humanos, com instalações e alimentação dignas, pelo cumprimento dos direitos estabelecidos na lei, quais sejam a remição, as visitas, às saídas temporárias para aqueles que estão no regime semiaberto, pela efetivação dos benefícios prisionais na época devida, por meio do incentivo ao estudo, à capacitação e às oportunidades de trabalho.

Para que isso venha a acontecer, é de suma importância a atuação em conjunto do Poder Executivo, federal e estadual, na construção ou até mesmo estruturação de mais estabelecimentos prisionais, para que as condições dos presos venha a melhorar, dando a eles um espaço digno, de acordo com o que está na lei e nas resoluções do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), alimentação adequada, espaço para a visitação e lazer e as assistências estabelecidas pela Lei de Execução Penal.

Tendo em vista que o trabalho em sua função ressocializadora e a circunstância de que o trabalho se apresenta como fator de recuperação, disciplina e aprendizado para a futura vida profissional, sua realização é prevista como um direito e ao mesmo tempo um dever do apenado no curso da execução penal conforme os artigos 41, II e 39, V da Lei de Execução Penal.

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;

Na realidade da sociedade muitos têm o pensamento de que o apenado deveria trabalhar em obras públicas em prol do desenvolvimento da cidade, portanto, a maneira mais eficaz de se imaginar a utilidade e efetivação do preso e do sistema. Pensando assim, o próprio Estado poderia ficar encarregado de buscar por empresas privadas que tem o interesse de cooperar, pois com colaboração dos interessados ajudaria em problemas como a superlotação, a inserção no mercado de trabalho e melhorando a qualidade de vida dos presos.

Sendo assim isso possibilitaria ao Estado a diminuir os gastos dos apenados, onde os mesmos estando trabalhando, arcariam com suas despesas como alimentação, produtos de higiene pessoal, entre outras coisas. É importante ressaltar que com a superlotação impossibilita que a ressocialização de qualquer indivíduo aconteça.

Com a atual realidade carcerária, é praticamente impossível no entendimento da sociedade, realizar a regeneração do preso. Em consequência disso, o indivíduo é preso, e ao invés de ser

reeducado, acabam se tornando piores e menos favoráveis a se recuperarem e voltarem para o convívio social.

É de grande importância enfatizar que os ordenamentos jurídicos existem para que esse cenário venha a mudar, mas o que falta é a sua efetiva aplicação. Visto que, o Estado vem esquecendo de exercer seu papel que é oferecer meios para recuperar o indivíduo que se encontra preso e dar oportunidades para aqueles que vivem em situação economicamente precária facilitando a delinquir e conseqüentemente aumentando a população carcerária. Melhor dizendo, é obrigação do Estado trabalhar para que não aconteça crime e possibilitar a reinserção do apenado perante a sociedade.

Em suma, observamos que o princípio da dignidade humana vem sendo bastante desrespeitado, visto que, a finalidade da ressocialização é dar absoluta condição ao condenado de voltar ao convívio social, se reerguer e trabalhar como cidadão. Ainda assim, o que a atual estrutura carcerária proporciona é, meramente, um meio favorável para o aprimoramento de bandidos nos quais são impiedosos e bárbaros.

3.3 O abuso entre os presos e a violência cometida dentro do sistema prisional

Uma das causas que colaboram tanto no aumento da violência nas ruas como na não colaboração do preso para uma ressocialização bem sucedida é os abusos sofridos dentro das penitenciárias, no Pará, Caio Maia e Taymã Carneiro, em uma publicação para o G1 PA, contava que em entrevista realizada com "custodiados, mães de detentos, agentes prisionais e advogados que apontam novos indícios de tortura, maus tratos, fornecimento de comida estragada, uso de armamentos pesados por profissionais sem treinamento adequado, abusos cometidos pelos agentes e falta de privacidade em visitas com advogados e familiares. (MAIA; CARNEIRO, 2020, n.p)". Segundo a Equipe Âmbito Jurídico, em uma publicação em seu site oficial, "O absurdo que ocorre diariamente no Sistema Carcerário Brasileiro desencadeia-se também pelo rápido crescimento populacional, que conseqüentemente gera o aumento da criminalidade. O crescimento populacional atrás das grades, além de em si mesmo ser forma de tortura, afeta os serviços de saúde oferecidos aos presos. (EQUIPE ÂMBITO JURÍDICO, 2017, n.p)".

Situações como citadas acima, vinculadas a superlotação, violências sexuais relatadas por presos mais a revolta por saber que basicamente não existe mudança de vida para eles aqui fora são causas que ajudam em acontecimentos de rebeliões, e faz com o que o próprio sistema prisional brasileiro, que é regulamentado pela Lei de Execução Penal que solicita o cumprimento de pena como a preparação da inserção na sociedade, virando o obstáculo para que isso aconteça, trazendo a tona a necessidade de uma urgente reforma em toda a organização das penitenciárias no Brasil.

Uma ponta de esperança sobre a existência de mudanças é o sistema APAC, a sigla significa Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, e sua principal função segundo Jorge Vasconcellos "é promover a humanização das prisões, sem perder de vista a finalidade punitiva da pena. Seu propósito é evitar a reincidência no crime e oferecer alternativas para o condenado se

recuperar. (VASCONCELLOS, s.d., n.p)”. Diante disso, para o funcionamento de um sistema como esse, são necessários alguns fatores, como a participação da comunidade, a ajuda entre os detentos, e o cumprimento de todas as assistências resguardadas por lei, inclusive a da Lei de Execução Penal.

Segundo dados trazidos por Elias Antônio da Luz, em publicação no site Jusbrasil, “Dados estatísticos apresentados em 2009: o custo de cada preso para o Estado corresponde a quatro salários mínimos enquanto na APAC a um salário e meio; o índice nacional de pessoas que voltam a praticar crimes é, aproximadamente, de 85% e na APAC corresponde a 8,62%. LUZ, 2015, n.p.)”, o que mostra ser um sistema eficiente, que abrange todos os tipos de penas e traz resultados de verdade, devendo ser considerado investir em mais modelos assim para a diminuição de reinserção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, por mais que exista a Lei de Execução Penal capaz de solucionar os problemas penitenciários, o que se pode ver nas instituições penitenciárias é que são um número significativo de seres humanos excluídos da sociedade, fazendo com que muitos dos seus direitos sejam desrespeitados.

A ineficiência do Estado na gestão dos serviços que deveriam ser oferecidos aos apenados e a carência de vagas nas unidades são considerados uma das causas determinantes para o caos existente.

Na sociedade há um grande receio em relação aos ex-detentos no mercado de trabalho, onde a recusas coletivas, falta de capacitação profissional e educação necessárias. Ao se depararem com a liberdade, os apenados não têm meios de manterem sua sobrevivência e acabam por cometer novas infrações, aumentando o índice de reincidência no país.

A humanização na aplicação das penas pode ser considerada uma transformação do sistema prisional brasileiro, sendo possível atingir a sua finalidade na ressocialização do preso. A sociedade e a segurança pública não serão alcançadas com a criminalização das condutas ou com o endurecimento das penas. O grande problema que o Brasil enfrenta atualmente é bastante complexo e vem de vários fatores, sendo eles sociais, econômicos e culturais.

Portanto, a solução para a situação em que vivemos no país é a verdadeira implementação das normas contidas na Lei de Execução Penal, ou seja, a efetivação de todas as garantias a que os detentos têm direito, oferecendo a eles assistência médica, jurídica, religiosa e todas as demais elencadas no decorrer desse trabalho. Somente assim alcançaram todos os objetivos visados pelos legisladores quando elaboraram as normas regulamentadoras do sistema penitenciário brasileiro.

REFERÊNCIAS

MAGNABOSCO, Danielle . **Sistema penitenciário brasileiro: aspectos sociológicos**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 3 , n. 27, 23 dez. 1998 . Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1010>. Acesso em: 16 set. 2022.

AVENA, Norberto. **Execução Penal**. Disponível em: Minha Biblioteca, 6th edição. Grupo GEN, 2019. Acesso em : 06 set. 2022

AVENA, Norberto. **Execução Penal**. Editora Grupo GEN, 2019. E-book. 9788530987411. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987411/>. Acesso em: 06 set. 2022.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1998.

Redação Brasil Paralelo. **Sistema prisional brasileiro - assassinatos diários, brigas de facções e alta reincidência criminal**. Site Brasil Paralelo, publicado em 21 jun. 2022. Disponível em: <https://www.brasilparalelo.com.br/artigos/sistema-prisional-brasileiro>. Acesso em: 20 set. 2022.

IGNACIO, Julia. **Sistema prisional brasileiro e o respeito aos direitos humanos: entenda!**. Disponível em: <https://www.politize.com.br/sistema-prisional-e-direitos-humanos-entenda/>. Acesso em: 20 sep. 2022.

CHABALGOITY, Gabriela. **Número de mortes por causas violentas cresce 81% em 2022 no Brasil**. Site Correio Braziliense Brasil, publicado em 14 fev. 2022. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2022/02/4985172-numero-de-mortes-por-causas-violentas-cresce-81-em-2022-no-brasil.html>. Acesso em: 19 set. 2022.

DA REDAÇÃO. **No Brasil, sete em cada dez ex-presidiários voltam ao crime**. Site Exame, publicado em 05 set. 2011. Disponível em: <https://exame.com/brasil/no-brasil-sete-em-cada-dez-ex-presidiarios-voltam-ao-crime/>. Acesso em: 20 set. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Mandela: regras mínimas padrão das Nações Unidas para o tratamento de presos**. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>. Acesso em: 27 set 2022.

BRASIL. **Lei de execução Penal**. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984. BRASIL.

OTTOBONI, Mário. **Ninguém é irrecuperável: APAC, a revolução do sistema penitenciário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Cidade Nova, 2001. p. 9. Acesso em: 27 set. 2022.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. Disponível em: Minha Biblioteca, (18th edição). Editora Saraiva, 2021, p. 24.

NOVO, Benigno Núñez. **A educação prisional no Brasil**. Data e local não revelados. Disponível em: <https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/educacao/a-educacao-prisional-no-brasil.htm>. Acesso em 03 out 2022.

NETA, Estefânia de Sousa Mesquita; SANTOS, Glauce Barros. **O PAPEL DO ASSISTENTE SOCIAL NO SISTEMA PENITENCIÁRIO**. REVISTA DA FAESF, 2017. Disponível em:

<https://www.faesfpi.com.br/revista/index.php/faesf/article/view/3#:~:text=O%20Assistente%20Social%20no%20sistema,pris%C3%A3o%2C%20contribui%20no%20sentido%20de>. Acesso em: 03 out 2022.

Ministério da Cidadania. **O que é assistência social**. Site GOV, Publicado em 22 de nov de 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/cidadania/pt-br/acoes-e-programas/assistencia-social/servicos-e-programas-1/o-que-e>. Acesso em: 04 out 2022.

MORÃES, Wellington Venâncio de. **Ressocialização e Sua Aplicabilidade**. Site Direito Integral, Publicado em 10 de ago de 2011. Disponível em: <https://www.direitointegral.com/2011/08/ressocializacao-e-sua-aplicabilidade.html>

PRADO, Rodrigo. **A assistência ao preso e ao egresso na Execução Penal**. Site JusBRASIL, em 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/423932625/a-assistencia-ao-presos-e-ao-egresso-na-execucao-penal>. Acesso em: 04 out 2022.

SIMÕES, Ianca; ALMEIDA, Dario. **O Trabalho como Ferramenta Essencial para a Ressocialização no Sistema Prisional**. Site JUS, publicado em 15 de outubro de 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/86031/o-trabalho-como-ferramenta-essencial-para-a-ressocializacao-no-sistema-prisional>. Acesso em 18 out 2022.

BRANCO, Anna Judith. **Violações aos direitos humanos dos encarcerados no Brasil: perspectiva humanitária e tratados internacionais**. Site Jusbrasil, publicado em 2014. Disponível em: <https://ninhajud.jusbrasil.com.br/artigos/123151293/violacoes-aos-direitos-humanos-dos-encarcerados-no-brasil-perspectiva-humanitaria-e-tratados-internacionais#:~:text=Hoje%2C%20a%20execu%C3%A7%C3%A3o%20da%20pena,perversos%2C%20n%C3%A3o%20somente%20de%20controle>. Acesso em 18 out 2022.

VASCONCELLOS, Hygino. **Em cinco anos reduziram em 30% as vagas de trabalho nas prisões**. Site Extra Classe, publicado em 18 de novembro de 2019. Disponível em: <https://www.extraclasse.org.br/justica/2019/11/em-cinco-anos-reduziram-em-30-as-vagas-de-trabalho-nas-prisoas/#:~:text=Trabalho%20diminui%20reincid%C3%Aancia%20criminal&text=As%20chances%20de%20novo%20envolvimento,ao%20estudo%20fica%20em%2039%25>. Acesso em 18 out 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão – Causas e alternativas**. 4a Ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2011. Acesso em 18 out 2022.

MAIA, Caio; CARNEIRO. Taymã. **Presídios do PA têm novos relatos de tortura e abuso contra detentos, um ano após 'Massacre em Altamira'**. Site Globo.com, publicado em 29 de julho de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2020/07/29/presidios-do-pa-tem-novos-relatos-de-tortura-e-abuso-contra-detentos-um-ano-apos-massacre-em-altamira.ghtml>. Acesso em: 18 out 2022.

Equipe Âmbito Jurídico. **O sistema carcerário brasileiro como obstáculo à ressocialização do preso.** Site Âmbito Jurídico, publicado em 01 de junho de 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-sistema-carcerario-brasileiro-como-obstaculo-a-ressocializacao-do-preso/>. Acesso em: 18 out 2022.

VASCONCELLOS, Jorge. **O que é APAC.** Site TJ MT, s.d ... Disponível em: <https://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/105/1020/APAC.doc..> Acesso em 18 out de 2022.

FILHO, José Vidal de Freitas. **A Importância Da Reinserção Social Dos Apenados.** Site Justiça & Cidadania, publicado em 04 de fevereiro de 2022. Disponível em: [https://www.editorajc.com.br/a-importancia-da-reinsercao-social-dos-apanados/#:~:text=A%20reinser%C3%A7%C3%A3o%20social%20tem%20como,%E2%80%9CPresos%20e%20direitos%20humanos](https://www.editorajc.com.br/a-importancia-da-reinsercao-social-dos-apanados/#:~:text=A%20reinser%C3%A7%C3%A3o%20social%20tem%20como,%E2%80%9CPresos%20e%20direitos%20humanos.). Acesso em 18 de out de 2022.

VIEIRA, Jeniffer. **Aplicação da Lei de Execução Penal e a Reinserção Social do Preso.** Site Jus.com.br, publicado em 13 de dezembro de 2019. Disponível em: [Aplicação da Lei de Execução Penal e a reinserção social do preso - Jus.com.br | Jus Navigandi](#). Acesso em 18 de out de 2022.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS A PERSONALIDADE CIVIL DIGITAL

BRENDA DIAS DE SOUSA:

Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins.

EMANUELLE ARAÚJO CORREIA

(orientadora)¹⁴

Resumo: O presente trabalho trata-se da responsabilidade civil aos casos causados por danos a personalidade digital, com base na legislação brasileira aplicável e na teoria da responsabilidade civil, com intuito compreender o quanto o uso da internet de forma negativa pode causar danos irreparáveis a honra e a imagem e as formas que o causador desses danos poderá ser responsabilizado civilmente pelos atos de causar danos a outrem no âmbito da internet, desta forma até que ponto o código civil se responsabiliza pela personalidade digital. O qual identificou-se que no ordenamento jurídico brasileiro há uma escassez na normatização dessa responsabilidade civil, com alguns poucos posicionamentos jurisprudenciais, mas que, segundo as normas então vigentes, é possível responsabilizar civilmente o agente por danos morais, pelos atos praticados no âmbito virtual.

Palavras-chave: Direito digital, Responsabilidade Digital, Responsabilidade Civil, Internet.

Abstract: The present work deals with civil liability for cases caused by damage to the digital personality, based on applicable Brazilian legislation and on the theory of civil liability, in order to understand how the use of the internet in a negative way can cause irreparable damage to honor and image and the ways in which the person who causes such damage can be held civilly responsible for the acts of causing damage to others within the scope of the internet, thus to what extent the civil code is responsible for the digital personality. It was identified that in the Brazilian legal system there is a shortage in the regulation of this civil liability, with a few jurisprudential positions, but that, according to the rules then in force, it is possible to hold the agent civilly responsible for moral damages, for acts practiced in the virtual environment.

Keywords: Digital Law, Digital Liability, Civil Liability, Internet.

Sumário: 1. Introdução; 2. Responsabilidade Civil; 3. Direitos Digital; 4. Responsabilidade Civil Por Danos a personalidade digital; 5. Considerações finais; 6. Referências.

¹⁴ Possui graduação em Direito pela Faculdade UNIRG-TO; Especialização "lato-sensu" em Direito Processual Civil e Penal (2006) e em Direito Público (2007), pela Faculdade FESURV-GO; Mestrado em Direito pela Universidade de Marília-SP (2010), Doutorado em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2017). Atua como advogada no Estado do Tocantins e como Professora no curso de Direito da Católica do Tocantins. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Civil e Direito Processual Civil.

Introdução

No cenário atual em que o mundo se encontra pode-se afirmar que é a famosa era virtual que nossos antepassados já previam que iriam dominar o mundo no século presente, o acesso ao mundo virtual esta presente praticamente em todas as ocasiões da vida, e com essa vasta presença no dia a dia, houve se a necessidade de criar o “direito digital” que é um ramo criado para que haja uma forma de regulamentar todos os tipos de relações no âmbito virtual, com o alto avanço da tecnologia houve a necessidade de criar um direito que pudesse editar regras e normas para manter as relações e assim evitar práticas lesivas.

Existe dois lados do mundo virtual, um lado em que pessoas usam para práticas saldáveis e existe um lado um pouco mais obscuro em que pessoas mal-intencionadas podem causar danos irreparáveis à honra e imagem, ao publicar informações que visem atingir a moralmente alguém, e as consequências podem acarretar danos incalculáveis.

Todo cidadão tem uma personalidade jurídica e desta maneira é de essencial importância que cumpra a responsabilidade civil também âmbito virtual.

A responsabilidade civil consiste na obrigação que uma pessoa tem de reparar ou compensar um dano causado a outrem decorrente da prática de ato ilícito. Nesse sentido, a responsabilidade civil busca regulamentar as situações em que uma pessoa pode ser considerada responsável e a proporção do dano que devera ser reparada.

Prevista no Artigo 927 do Código Civil Brasileiro – CC, O qual dispõe que aquele, por ato ilícito, causar dano a outrem, tem a obrigação de reparar. O ato ilícito ocorre quando alguém, por ação ou omissão voluntaria, negligência ou imprudência, viola direito e causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral; ou ainda, quando o titular de um direito, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Se tratando de responsabilidade civil por danos a personalidade digital, anos atrás era mais complexo fazer com que esses direitos e deveres virtuais fossem cumpridos, porém essa falta de legislação que pudesse falar sobre esse assunto foi suprida pela Lei 12.965/14, mas conhecida como o “Marco Civil da Internet”.

1. Responsabilidade Civil

Segundo Gonçalves, (2019), a responsabilidade civil apresenta a realidade social, ou seja, toda ação que apresenta prejuízo em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. A qual é destinada a manter o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano e exatamente o interesse em estabelecer a harmonia e o equilíbrio violado pelo dano que constitui a fonte criadora da responsabilidade civil.

Portanto, é imprescindível entender o que significa a palavra responsabilidade, a qual a sua originalidade é do latim *respondere*, que encerra a ideia de segurança ou garantia da restituição

ou compensação do bem sacrificado. Teria então, o significado de recomposição de obrigação de restituir ou ressarcir. (GONÇALVES, 2019).

Diante disto, a responsabilidade civil consiste na reparação do dano causado a outrem, podendo o agente causador do dano ser obrigado a reparar a vítima no que lhe foi lesado. E essa reparação correspondente ao ressarcimento, a indenização ou a retribuição, que é devida pelo causador do dano.

Cavaliere entende que:

Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano, em outras palavras responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente jurídico preexistente, uma obrigação descumprida. Daí ser possível dizer que toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil. (CAVALIERE, 2012).

Dessa forma, onde há violação de um dever jurídico e dano, tem obrigação de indenizar, ou seja, a responsabilidade civil ocorre a partir da prática de um ato ilícito e tem por finalidade fazer com a vítima seja amparada ou colocada em uma situação que estaria se não tivesse ocorrido o ato ilícito.

Ato ilícito: É a prática da violação de um dever jurídico de não violar o direito e não lesionar outrem. Dever este que está previsto no artigo 186 do Código Civil Brasileiro, segundo o qual quem age ou se omite de maneira voluntária, negligente ou imprudente, violando direito e causando danos a outrem, mesmo que seja exclusivamente de forma moral, pratica ato ilícito. Continuando, o artigo 187 prescreve que também incorre na prática de 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.

Culpa: É o meio que se perfaz o ato ilícito, sendo necessário para a responsabilização do autor pela infringência do direito e provocação de ano a outrem. E através da culpa surge a necessidade de ressarcir ou ser condenado pela conduta culposa. Nesse sentido, Cavaliere entende que:

A ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva. (CAVALIERE, 2012).

Conduta ou ato humano: Consiste na voluntariedade de uma ação ou omissão. E essa ação ou omissão são condutas causadoras de danos. A ação é caracterizada por fazer algo que venha trazer prejuízo, dano ou lesão a alguém e a omissão é um não fazer que o agente poderia agir e não agiu, colocando alguém ou a si mesmo em situação de perigo, causando o dano. Para Cavaliere (2012), conduta é o "comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação

ou omissão, produzindo consequências jurídicas”.

Nexo de causalidade: É o liame entre a conduta do agente e o fato danoso, o qual é necessário para que seja atribuída a responsabilidade civil a alguém. Nesse sentido leciona Gonçalves (2019): “Um dos pressupostos da responsabilidade civil é a existência de um nexos causal entre o fato ilícito e o dano produzido. Sem essa relação de causalidade não se admite a obrigação de indenizar”.

Desse modo é possível verificar que sem o nexos causal não há que se falar em reparação ou indenização pelo dano causado à vítima, pois a relação de causalidade entre a conduta do infrator e o dano produzido é imprescindível.

Dano: Segundo Cavaliere (2012), dano é uma lesão a um interesse jurídico tutelado, material ou moral, dano este que a responsabilidade civil objetiva reparar, e sem o mesmo não há obrigação de indenização, o dano pode ser material, quando o agente pratica diretamente contra a vítima ou ao seu patrimônio; ou imaterial, quando afeta a personalidade, a liberdade, a honra etc.

A responsabilidade civil pode ser subjetiva ou objetiva, como regra geral o Código Civil adota a responsabilidade civil subjetiva, assim Gonçalves, (2019) preceitua: “O Código Civil brasileiro, malgrado regule muitos casos especiais de responsabilidade objetiva, filiou-se como regra à teoria “subjetiva”. É o que se pode verificar no art. 186, que erigiu o dolo e a culpa como fundamentos para obrigar à reparação do dano.

Neste íterim, a responsabilidade subjetiva exige ato ilícito, dano, nexos causal e agir culposo. Este último sendo o diferencial da responsabilidade subjetiva, a qual é pressuposto para indenização.

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa. (GONÇALVES, 2019).

Nesse contexto, a culpa é o elemento que causou o dano e por este motivo deve ser verificada, tendo em vista que só será possível obter a reparação pelo dano sofrido mediante a comprovação da culpa do agente.

A responsabilidade civil objetiva está prevista no parágrafo único do artigo 927, do Código Civil, o qual explica que não é necessário a comprovação de culpa para obrigar o agente a reparar o dano e ocorre em atividades que são desenvolvidas normalmente e que podem implicar riscos aos direitos do cidadão. O referido parágrafo único, discorre ainda que a responsabilidade objetiva ocorre apenas nos casos previstos em lei. Sendo assim, não depende de culpa, apenas exigindo o risco da atividade, o dano e o nexos causal. Nesse sentido Gonçalves menciona:

Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexos de

causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa. (GONÇALVES, 2019).

Dessarte, na responsabilidade objetiva, a qual é observada principalmente nas relações de consumo, almejando proteger o direito do consumidor que é a parte mais frágil nessa relação, não há a necessidade de comprovação de culpa, bastando apenas que a conduta praticada pelo agente tenha gerado dano e que tenha nexo causal.

2. Direito digital

Em meados de 2012 com a Lei nº 12.737 mais conhecida como a lei Carolina Dieckmann, surgiu a lei que conceitua o direito digital e trazendo medidas a serem adotadas quando ocorre esses atos, que se caracterizam através da intervenção negativa no desenvolvimento. Tal prática pode ser promovida por milhares de usuários, prejudicando a convivência saudável com este.

Apesar de ter problemas antigos ao decorrer dos anos desde a explosão em massa que passaram a ter acesso a internet, o direito digital é considerado um direito relativamente novo no Brasil.

A lei 12.737/2012 foi a primeira lei no Brasil que tipificou esse tipo de ato ilícito, acolhendo diversos comportamentos, que visam ferir moralmente o cidadão através deste meio de comunicação.

Quando falamos em responsabilidade civil que acontece no mundo real, os seus descumpridores geralmente estão presentes no ato, o qual se torna mais fácil encontrar provas e testemunhas que buscam facilitar a reparação do dano causado por tal descumprimento, quando se trata do digital já é outra situação pois existe uma série de programas e sistemas de cracker, que podem conseguir ocultar os rastros do ilícito, por meio de IP falsos.

A lei nº 12.965/2014 por nome de Marco Civil da internet, visa estabelecer conceitos, garantias e deveres do uso da internet, bem como regular a responsabilidade civil de fornecedores e usuários, dispõe ainda proteger a privacidade e os dados pessoais de assegurar a inviolabilidade e discricção do curso de suas comunicações.

O marco civil da internet recebe tanto críticas favoráveis quanto desfavoráveis, a primeira a ser apresentada nesse trabalho é a celeridade com a qual o projeto foi aprovado.

Segundo Peck (2014) a urgência com qual o projeto de lei foi posto em votação, após anos parado, traz uma consequência ao seu texto, que seja a falta de correções de questões fundamentais, questões essas que foram responsáveis pela sua criação, e que seriam necessárias para evitar a sua interpretação errônea. Nesse sentido Gilberto Gil em uma petição online criada pelo próprio menciona:

A intensa participação e mobilizações de organizações da sociedade civil e ativistas da liberdade na internet, que estiveram envolvidos com o Marco

Civil desde sua primeira redação até a vitória obtida nesta terça-feira na Câmara. O fato de ser um texto elaborado com ampla participação popular garantiu ao Marco Civil uma legitimidade conferida a poucas matérias que tramitam pelo Congresso Nacional. A permanente pressão da sociedade civil nas redes, em defesa da aprovação do texto, surtiu efeito para lá de positivo. Cerca de 350 mil pessoas assinaram a petição online puxada por Gilberto Gil; [...]” (BARBOSA: EKMAN. 2014)

Como apresentado pela citação acima, houve a participação popular na elaboração do projeto de lei que recentemente foi convertido em lei, recebendo uma significativa pressão social por meio das redes sociais para a sua aprovação, demonstrando assim o apelo social positivo que o marco civil da internet obteve.

O direito Digital é fundamental para que seja cumprindo a responsabilidade civil e reparar os danos.

3. Responsabilidade Civil por danos a personalidade digital

A responsabilidade civil consiste na reparação de um dano causado a outrem, sendo caracterizado através de uma conduta comissiva ou omissiva, com culpa e relação de causalidade entre a ação ou omissão e o dano causado. O dano praticado pelo agente é um dano moral, o qual é uma lesão imaterial, ou seja, não lesiona o patrimônio, sendo mais difícil de se comprovar pois afeta a moralidade, intimidade e a integridade do indivíduo.

Os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal são indispensáveis para o ser humano, pois são essenciais para uma vida igualitária em sociedade.

A responsabilidade civil por danos a personalidade digital decorrente da inviolabilidade da responsabilidade no âmbito digital, pois constitui abuso moral e descumprimentos aos deveres da responsabilidade civil, e tendo em vista as consequências a pessoa que descumprir passa a ter o dever de reparar o dano causado.

A teoria do risco por se tratar de um direito que nasceu em meio a era da industrialização, adequa-se perfeitamente ao direito digital, que “vem resolver os problemas da reparação do dano onde a culpa não é um elemento indispensável, ou seja, onde há responsabilidade mesmo sem culpa em determinadas situações” (PECK,2010, p.400).

Diante disto, antes de tomar qualquer tipo de atitude ao colocar algo na internet, seja em público ou privado, deve-se certificar do que está enviando, pois, as vezes por alguns deslizes a pessoa pode estar praticando um ato que esteja descumprindo a responsabilidade civil e acarretando danos morais

A teoria do risco, tendo como fundamento a sua aplicação no Art.927, parágrafo único do Código Civil, dispõe sobre a possibilidade do protestador ser responsabilizado sem a comprovação de sua culpa, em decorrência de sua má utilização por seu usuário.

Nesse sentido, temos a jurisprudência do Tribunal de Justiça:

E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL – EXCLUSÃO DE PÁGINA DE RELACIONAMENTO – ORKUT – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO – INSURGÊNCIA DA RÉ. 1. É deficiente a fundamentação do recurso que, acusando omissão no acórdão recorrido, não indica os pontos sobre os quais recai o suposto vício. Incidência da Súmula 284/STF. 2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que "o dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02" (RE sp 1308830/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/2012, D Je 19/06/2012). Contudo, o provedor de conteúdo de internet responderá solidariamente com o usuário autor do dano se não retirar de imediato o material moralmente ofensivo inserido em sítio eletrônico. 3. Revela-se impossível o exame da tese fundada na inexistência de desídia da recorrente ao não retirar o perfil denunciado como falso e de conteúdo ofensivo (página de relacionamento – Orkut), porque demandaria a reexame de fatos e provas, providência vedada a esta Corte em sede de recurso especial nos termos da Súmula 7/STJ. 4. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias a título de indenização por dano moral pode ser revisto, no âmbito de recurso especial, tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou excessiva, distanciando-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Incidência da Súmula 7/STJ. 5. Agravo regimental desprovido". (AgRg no AREsp 240.713/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 17/09/2013, DJe 27/09/2013)

A ementa acima demonstra o entendimento do STJ acerca da utilização da teoria do risco na solução do conflito envolvendo dano moral em redes sociais com o genitor alienado.

A responsabilidade civil que todo cidadão, empresa, pessoa pública e profissional de qualquer área devem ter. O código civil Brasileiro dispõe que a responsabilidade civil é toda ação ou omissão que gera violação de uma norma jurídica legal ou contratual.

No Brasil, o ordenamento jurídico estabelece as normas necessárias para o bom convívio em sociedade. Essas normas cuidam da responsabilidade civil e garantem a reparação de danos, por meios amigáveis ou judiciais, a todos que seguem as regras. Regras essas que valem também para o famoso meio digital, nesse período de pandemia uma frase que se ouve muito pela população é "As pessoas pensam que à internet é uma terra sem lei".

A responsabilidade civil é algo que se deve ser cumprido, em qualquer lugar que a pessoa física ou jurídica esteja, devido a isto é de total relevância que seja investigado a fundo as diversas maneiras de exigir esse direito, pode parecer que o direito digital é algo novo, porém internet não criou um direito, mas sim um novo veículo de comunicação, que apesar de suas peculiaridades, se devem aplicar as regras dos ramos dos Direitos já existentes assim como é feito nos demais meios de comunicação.

O artigo 7º da lei 12.965/14 expõe os direitos e garantias dos usuários da internet, e em seu inciso primeiro, dispõe que: a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente a sua violação.

Portanto fica evidenciado que no meio digital podem ocorrer o ato em que podem se caracterizar de descumprimento da responsabilidade civil do usuário, obrigando-o a reparar os danos sofridos pelas vítimas.

4. Considerações Finais

A responsabilidade civil visa reparar um dano sofrido, dano este que, por se tratar de um ato realizado no meio virtual os usuários que descumprem na maioria das vezes em que cometeu, achar que não poderá lhe acarretar consequências.

O uso da internet de forma negativa pode causar danos irreparáveis a honra, na atual sociedade em que vivemos, pode se afirmar que é a doença do século se chama "likes", sem pensar na dor do outro em questões de segundos alguém pode simplesmente violar a integridade do outro por algumas simples curtidas.

Não se deve confundir liberdade de expressão com ferir intencionalmente o outro, desta forma, aquele comentário maldoso, desnecessário, uma mentira exposta para prejudicar a imagem de uma ou até mesmo um vídeo ou foto divulgado na internet, poderá o usuário autor ser punido mesmo que no ambiente virtual.

Por meio desta pesquisa foi possível compreender o quanto o uso da internet de forma negativa pode causar danos irreparáveis a honra e a imagem e as formas que o causador desses danos poderá ser responsabilizado civilmente, uma vez que a violação da intimidade e da vida dos usuários, que por bastante tempo teve seus direitos violados sem que houvesse uma legislação da própria internet para sanar conflitos.

A Lei 12.965/14 fechou lacunas da precariedade de normas que pudessem regulamentar os danos causados nas redes, objetivando maior controle e trazendo benefícios para sociedade, assegurando a inviolabilidade dos princípios, além de uma vida digna e saudável, dando amparo e garantindo justiça.

Referências

Aumento do uso da internet no Brasil. Disponível em: <https://ibge.gov.br/>

ALENCAR, Morgana. **Tire suas dúvidas sobre o Marco Civil da internet**, Aurum, 2022. Disponível em: (<https://www.aurum.com.br/blog/marco-civil-da-internet/>.) Acesso em 14/03/2022.

BARBOSA, Bia; EKMAN, Pedro. **Marco civil aprovado: dia histórico para a liberdade de expressão**.

BRASIL. **Lei Nº12.965 DE 23 DE ABRIL DE 2014**. Site Planalto, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm Acesso em: 28/06/2022.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro. Artigo 927**.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm Acesso em: 22/04/2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 24/04/2022.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CHARMONE, Marcelo Azevedo. **O Dano na responsabilidade Civil**. Jus Navigan, Teresina, ano 2013, n1805, 10 jun. 2008.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, A. M. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. IV.

SOUSA, Armando. O Direito Digital e a indenização por danos morais em redes sociais. **Âmbito. Disponível em:** <https://www.google.com.br/amp/s/ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-127/o-direito-digital-e-a-indenizacao-por-danos-morais-em-redes-sociais/>. Acesso em : 21/09/2022.

SOUZA, Cleber Augusto Rosa; GOULART, Gabriela Camilo. **Atos Ilícitos: Responsabilidade Civil**. Jus.com.br, 2015. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/37317/atos-ilicitos-responsabilidade-civil#:~:text=O%20instituto%20da%20responsabilidade%20civil,repairar%20ou%20indenizar%20os%20anos>>. Acesso em: 04 de abril de 2021.

SOARES, Anderson. **Marco Civil da Internet e a Garantia Constitucional da Privacidade e Liberdade de Expressão**. Jus.com.br, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/30520/marco-civil-da-internet-e-a-garantia-constitucional-da-privacidade-e-liberdade-de-expressao>. Acesso em: 14 de abril de 2022.

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CASOS DE FURTO FAMÉLICO

GUSTAVO AGUIAR DE SOUZA:
Graduando em Direito pelo Centro
Universitário Fametro.

RESUMO: No Brasil, as condições econômicas permitem com que indivíduos tenham que tentar furtar alimentos para se alimentarem, na tentativa arriscada da manutenção da vida, submetendo a condições e atos que ferem o princípio da dignidade humana visto que se recorre como última ou pior alternativa mediante algo que não há escolha, senão ser radical para manter-se vivo ou sobreviver mais um dia. O furto famélico, no entanto, quando realizado em primeiro grau é aplicável a excludente de tipicidade, no qual pode-se aplicar o princípio da insignificância, onde não representa a mínima perturbação social e não representa alto custo. Assim, este artigo tem como principal objetivo analisar os casos em que o princípio da insignificância incide sobre os furtos famélicos. Justifica-se a pesquisa pela importância dessa temática perante a dificuldade socioeconômica que assola algumas partes do país, fazendo-se conhecer sobre as particularidades que trazem o ordenamento jurídico sobre esse assunto. Assim, o furto famélico por ser um furto realizado para suprir uma necessidade de manutenção da vida, levando-se os valores subtraídos pode ser aplicado o princípio de significância. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica realizada a partir da análise e reflexão de conteúdos encontrados nas bases de dados, revistas, teses, livros e no próprio ordenamento jurídico.

Palavras-Chave: Furto famélico. Insignificância. Princípio. Penal.

Sumário: 1. Introdução. 2. Código Penal: 2.1 Crime e aspecto relevante: 2.1.1 Fato típico; 2.1.2 Conduta; 2.1.3 Do Resultado; 2.1.4 Nexo Causal; 2.1.5 Tipicidade; 2.2. Condutas comissivas e omissivas; 2.3 Culpabilidade; 3. Furto: 3.1 Furto Simples; 3.2 Furto qualificado; 3.3 Furto Famélico; 4. Jurisprudência voltada para o furto famélico: 4.1 Furto Famélico nos tribunais; 4.2 Decisões em que a incidência do princípio da insignificância não se aplica. 5 Conclusão. 6. Referência.

1 INTRODUÇÃO

O país durante muitos anos vem enfrentando uma significativa quantidade de ocorrências que envolvem a criminalidade em diversas cidades do Brasil, podendo apresentar números lastimáveis, evidenciando o crescimento gradativo de todos tipos de crimes. A quantidade de crimes faz com que haja uma quantidade maior de repressão, no qual o Estado utiliza do seu poder para atuar, como principal intuito de conseguir alcançar a paz e a harmonia social, que resulta em prisões cada vez mais lotadas acima do que é suportado.

No entanto, algumas condições econômicas tem feito com que os indivíduos possam subtrair itens alheios para uso próprio ou para comercialização. Dentro desse tipo de furto voltado

para gênero alimentício existe o furto famélico, que é quando o indivíduo furta alimento para saciar sua própria fome. Diante a isto, indaga-se: o que justifica a não punição por furto famélico pelo princípio da insignificância e a sua incidência?

Contudo há entendimento de que, quando o indivíduo furta para tentar suprir sua própria fome, este por sua vez já se encontra punido pela condição em que se encontra, no qual precisa se submeter a atos de risco para tentar alimentar para preservar a manutenção do seu próprio corpo. Com isso, o princípio da insignificância ou da bagatela que determina a não punição para atos ou condutas que representem danos irrelevantes para bem jurídico no qual rege o direito penal.

Diante a isto, este artigo tem como principal objetivo analisar os casos em que o princípio da insignificância incide sobre os furtos famélicos. Como objetivos específicos, busca-se descrever o conceito de furto famélico e suas interpretações nos tribunais; Verificar dentro do Código Penal as possibilidades de um furto famélico ser inimputável; Pontuar os casos em que o princípio da insignificância foi devidamente aplicado em ocorrência de um furto famélico e a apresentar outros casos ocorridos dentro dos Tribunais em que a pena sobre furto é aplicada mesmo o objeto de furto sendo alimentos.

Trata-se, portanto, de uma pesquisa bibliográfica no qual, foram realizadas pesquisas em revistas, livros, teses, leis, bem como na própria Constituição e no ordenamento jurídico que embasa o Direito Penal, para responder à pesquisa norteadora que direciona toda a pesquisa em epígrafe.

2 CÓDIGO PENAL

2.1 Crime e aspectos relevantes

Torna-se importante evidenciar que quando se pretende citar qualquer ato que é contrário à lei, facilmente pode-se relacionar com algo criminoso, ilegal ou ilícito, considerado também como uma contravenção ou delito, contudo nos termos jurídicos cada palavra possui um significado diferenciado. Essa diferenciação está relacionada com o que está discriminado no Decreto-Lei 3.914/41, junto ao seu art. 1º, que discrimina como crime toda e qualquer infração que a lei determina uma pena de reclusão ou detenção (BRASIL, 1941).

Pode-se citar com isso as concepções que adviriam do Código Penal Francês criado em 1791, que afirmava que os crimes retira vavam das pessoas direitos naturais, bem como violavam também os direitos advindos de contratos sociais, como no caso de aquisição de propriedades, e traziam contravenções que infringiam os regulamentos de polícia (PRADO, 2005, p.255).

Em outros países assim como o Brasil, bem como na Alemanha e Itália há uma divisão bipartida das infrações no qual se divide em contravenções e crimes ou delitos. O que diferencia um do outro é exclusivamente a quantidade que está relacionada com a conduta e pena. Isso porque os crimes e delitos são punidos com penas que privam a liberdade, bem como pode restringir outros direitos sendo aplicados com multa, como descrita pelo art. 32 do Código Penal.

Por outro lado, a contravenção que por sua vez é sancionada com prisão simples e multa, conforme decreto-lei 3.688/1941 denominada de Lei das Contravenções Penais (PRADO, 2005, p.256).

Dessa forma, as contravenções penais são consideradas como delitos-anões, que por sua vez são as infrações menos graves, composta geralmente por aquelas no qual são ofendidos bens jurídicos não importantes como no caso daqueles protegidos quando há uma figura típica de delito (GRECO, 2007, p.138).

No tocante da aplicação das penas, por sua vez as contravenções são puníveis com prisões simples, quando há casos de crime ou delito ocorre a prisão de uma forma mais diferenciada no qual há a prisão na modalidade de reclusão e detenção, conforme as instruções que estão presentes no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal. No entanto, quando pretende-se referir sobre qualquer uma das duas formas, pode-se utilizar a expressão infração penal (GRECO, 2007, p.136).

De acordo com Delmanto (2007, p. 105), pode-se afirmar que para compreender o fenômeno chamado de "crime" se faz necessário entender como ocorreu a evolução das escolas criminais, como discrimina *in verbis*:

Para que se possa entender o fenômeno "crime" é indispensável além de se conhecer a evolução das escolas penais (Cf. notas no início dos comentários a este código) que se estabeleçam os conceitos fundamentais de Direito Penal em um Estado Democrático de Direito: o conceito de bem jurídico, conduta, tipo penal e antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade.

Dessa maneira, quando se fala de crime as principais palavras que podem descrever esse fenômeno são violência, roubo, furto, assassinato, agressão, no geral são palavras que remetem a emprego de comportamentos agressivos e com atitudes brutais, no qual utiliza-se força física ou violência emocional, no entanto não pode-se generalizar que o crime está presente com essas características, pois existem mecanismos de trazer danos a outros sem que possa usar a força física ou ser brutal.

Por outro lado, no tocante do que é caracterizado como crime, Capez (2007, p.113) descreve como algo que "[...] pode ser definido como todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade ou paz social.

Assim, o conceito de crime está relacionado com o seu conteúdo ilícito, que por sua vez pode trazer danos à alguém ou ainda um certo desvalor social, visto que a própria sociedade através dos danos percebidos estabeleceu como algo que dever ser proibido pela lei penal (PRADO, 2006, p.235).

Entende-se que o conceito que se tem de crime está relacionado ao ilícito penal e vai contra os conceitos de altruísmo que por sua vez alimentam a sociedade em estado de paz profunda. Assim, mesmo sendo importante que as pessoas convivam em harmonia, e sendo necessário o bem

para a manutenção da subsistência da sociedade, sem lei penal para proteger as pessoas, não haveria crime caso alguém atacasse outra pessoa, por causa do princípio da legalidade, por isso todos os crimes precisam estar discriminados por lei. Por isso, mesmo que um certo indivíduo cometa algo que é condenável pela sociedade e seu comportamento reprovado, se não tiver lei que acuse que se trata de um crime, tratará de um nada jurídico (GRECO, 2016, p.141).

2.1.1 Fato típico

Uma das principais características de um crime é justamente o fato típico, mas para ser considerado como tal, precisa primeiramente se fazer conhecimento sobre todos os elementos que fazem parte de um fato típico. Assim, alguns elementos precisam ser analisados para que possam ser considerados como crime, sendo eles: conduta, resultado, nexos causal e tipificação. De acordo com Capez (2004, p.108) pode-se afirmar que é considerado como “o fato material que se amolda perfeitamente aos elementos constantes do modelo previsto na lei penal”.

Com isso, Bittencourt (2008, p.258) discrimina da seguinte maneira o crime como fato típico:

Um modelo abstrato que descreve um comportamento proibido. Cada tipo possui características e elementos próprios que os distinguem uns dos outros, tornando-os todos especiais, no sentido de serem inconfundíveis, inadmitindo-se a adequação de uma conduta que não lhes corresponda perfeitamente.

Dessa mesma forma, Teles (2004, p.165) ressalta que a primeira característica de um crime é justamente ser considerado como um fato típico, sendo descrito através de uma lei penal. Para isso, precisa acontecer um fato que esteja exatamente discriminado perante uma lei penal incriminadora. Assim, para um ser considerado como típico precisa ter os elementos necessários, caso contrário é atípico. Dada a importância de ter um conhecimento mais aprofundado voltado para as circunstâncias e características estruturais que são: conduta, resultado, nexos causal e tipicidade.

2.1.2 Conduta

Entende-se como conduta a ação praticada ou a omissão desta, no sentido de ter uma finalidade. Como discrimina Capez (2008, p.108) quando afirma que uma “ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dirigida a uma finalidade”. No entanto, dentro desse tocante, a doutrina desenvolveu outras teorias voltadas para a ação, no qual pode-se citar: teoria causalista, teoria finalista e a teoria social da ação. Para a primeira, a vontade que causa uma modificação na conduta. Na segunda, o dolo e a culpa parte da conduta. Por outro lado, a terceira se apresenta como um elo entre a primeira e a segunda, mas nesta última o que mais importa é a relevância social da conduta, levando-se em consideração todo o fato jurídico, não isolando o delito em si.

2.1.3 Do Resultado

O segundo componente do fato típico é o resultado. Assim, este é composto por outras duas teorias no qual pode-se citar: teoria naturalística e a normativa. Para a primeira, o resultado ocasiona modificação no mundo exterior como uma consequência da ação voluntária humana (MIRABETE, 2004, p. 110).

Por outro lado, na teoria normativa afirma que todo crime traz uma lesão. Como discrimina Capez (2004, p.144) que “o resultado é toda lesão ou ameaça a um interesse penalmente relevante. Todo crime tem resultado jurídico porque sempre agride um bem jurídico tutelado. Quando não houver resultado jurídico não existe crime”.

2.1.4 Nexo Causal

Vale ressaltar que o nexos causal é o vínculo que existem entre o comportamento e o crime. Dentro dessa vertente, Leal (2004, p. 215) no qual pode-se afirmar que “entre o comportamento do indivíduo e o resultado criminal, o que deve ser devidamente demonstrado, configura o que se chama de matéria penal da relação de causalidade ou nexos causal”.

Dessa maneira, o nexos causal é uma ligação que existe entre o efeito e a causa, visto que atua como uma comprovação de que de fato teve lesão para outrem, mostrando-se como um prejuízo efetivo, que por sua vez é motivado por uma ação voluntária, negligência ou ainda por uma imprudência que por sua vez causou o dano.

2.1.5 Tipicidade

Entende-se como tipicidade o enquadramento que cerca a conduta humana ao tipo penal que está previsto em lei. Isto é, trata-se de uma forma ou moldura que envolve o crime penal. Com base nisso Barros (2006, p.203) afirma que a tipicidade é a descrição abstrata que discrimina o crime que foi cometido. Como por exemplo em crime de homicídio no qual o tipo legal está descrito como “matar alguém: pena- reclusão de seis a vinte anos”. Assim, torna-se adequado afirmar que a tipicidade é uma forma de adequar para pertencer a um enquadramento do que foi feito, gerando uma união entre a conduta da vida real e o tipo legal.

2.2 Condutas comissivas e omissivas

Para analisar as condutas dos crimes, pode-se primeiramente verificar o que é considerado como crime dentro do Direito Penal, que por sua vez possui correntes doutrinárias e jurisprudenciais voltadas para o entendimento sobre tal. Assim, o crime é considerado como um fato ilícito e culpável e que por sua vez, suas definições estão relacionadas como a sua ilicitude, antijuricidade e culpabilidade (BRANDÃO, 2019, p.45).

Dessa maneira, a conduta está relacionada com o fato típico que por sua vez está diretamente relacionado com o comportamento humano consciente e também voluntário que ocorre para uma determinada finalidade, isto é, uma exteriorização da vontade do indivíduo no

momento do “fazer ou não fazer”, sendo que tem livre consciência dos seus resultados e efeitos, bem como consequências (ESTEFAM, 2017, p.89).

Ocorre que a maioria dos crimes trazem consigo condutas positivas, isto é, a indivíduo cometeu com interesse e vontade de cometê-los, para que de fato possa ter resultados lesivos para outrem, mas também há a conduta negativa, que no caso é quando o indivíduo age mas não com a intenção de prejudicar alguém, mas cometeu sem a intenção de lesionar, uma não ação, e que por fim também resulta em danos para outrem (JESUS, 2014, p.34).

Com isso Pacelli (2018, p.214) afirma que “a conduta pode ser vista por meio de um movimento positivo (conduta comissiva), perceptível pelos sentidos, ou decorrer de uma abstenção de atividade, isto é, de uma negação da ação (conduta omissiva)”.

Dessa forma, pode-se ressaltar que não podem ser consideradas como condutas os pensamentos, atitudes internas ou cogitação de algo que não chega a se materializar ou acontecer de fato. Além disso, há certos fatos ou atos no mundo que não são considerados também como condutas que possam ser passíveis de alguma punição, por causa das particularidades que envolvem esses fatos e suas respectivas características (GRECO, 2016, p.98).

2.3 Culpabilidade

Em tempos antigos, dentro do Direito Penal, para que fosse caracterizado como crime e aplicada a sua respectiva punição, bastava ter um nexos causal entre a conduta do indivíduo e o fato, no qual era consagrada a responsabilidade penal objetiva, como pode descrever Bruno (1984, p.24) nestes termos:

As condições da pena sacral e da vingança de sangue satisfaziam-se com o aspecto objetivo do fato punível. Bastava a relação de causalidade física, que prende o fato com efeito ao homem como sua causa, para determinar a responsabilidade. A pena recaía, então, sobre aquele que praticara o ato, fosse este voluntário ou não, existissem ou não as condições de imputabilidade, o que juntava na mesma categoria passíveis de pena ou são e os insanos ou imaturos penais.

Teles (1996, p.351) ressalta que esse era o Direito Penal que reinava entre os bárbaros no tempo antigo no caso do Direito romano primitivo, que era denominado também como Direito Penal do resultado. Com base nisso, sobre a culpabilidade Fragoso (1995, p.196):

A essência da culpabilidade está na reprovação que se faz ao agente por sua motivação contrária ao dever. O juízo de reprovabilidade já não teria por fulcro apenas a vontade, em seu sentido puramente naturalístico, como a teoria psicológica acreditava, mas sim a vontade reprovável, ou seja, a vontade que não deveria ser.

Dessa feita, pode-se afirmar que a culpabilidade está relacionada ao fato praticado por um indivíduo imputável que tinha todas as possibilidades de ter entendimento se seu comportamento era proibido pelo ordenamento jurídico, podendo ter agido de outra forma, mas optou atuar de forma contrária com o direito (TELES, 1996 p.358).

3 FURTO

O conceito voltado para o furto foi passando por alterações conforme a época em que aconteciam. Por exemplo, no Império Romano, as penas voltadas para essas práticas eram demasiadamente severas, principalmente nos casos em que os meliantes eram pegos em flagrante. No entanto, nos dias atuais no Brasil, dentro do ordenamento jurídico, o furto está previsto dentro do art. 155 do Código Penal, tendo principal característica a subtração de um bem que é de propriedade alheia, sua principal diferença do roubo é que ocorre de forma que não há violência e nem ameaça física.

Com base nisso, afirma Rebouças (2018, p.113) que:

O delito de furto, hoje, processado via ação penal incondicionada, obriga o delegado a instaurar o Inquérito Policial, obriga o Ministério Público a elaborar sua denúncia, havendo materialidade e autoria e obriga o juiz a decidir o caso apresentado, seja ou não essa a vontade da vítima.

3.1 Furto simples

Considera-se como furto simples aquele que ocorre de forma que não tenha obstáculos para acontecer pelo indivíduo que o praticou, isto é, um furto simples ocorre quando não há vestígios de sua atuação. Dessa maneira, quando acontece um furto no qual acomete-se a subtração de um pertence, mas não há arrombamentos ou qualquer outro rompimento de obstáculo, considera-se como um furto simples.

Dessa maneira, o furto está descrito no art. 155 do Código Penal, e tem como principal objetivo o patrimônio alheio, podendo ser como sujeito ativo ou passivo, isto é, qualquer pessoa pode ser autor ou réu. Ressalta-se ainda que em casos que o furto possa envolver mais de uma pessoa, trata-se de um concurso de agentes. Contudo, vale lembrar que é de relevância a consideração que permeia ao que foi furtado. Dentro dessa premissa, Nucci (2014, p.589) descreve que :“ O direito penal não se ocupa de insignificância aquilo que a própria sociedade concebe ser de menor importância, deixando de considerar fato típico a subtração de pequeninas coisas”.

Com isso, o art. 155, do Código Penal ressalta nestes termos:

Art. 155 – Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena- reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico. Contudo, os tipos penais são denominados em dois tipos, sendo: I – primário; II – Preceito Secundário. O preceito primário está relacionado com a conduta proibida. Já o preceito secundário está relacionado com a cominação da pena descrita na conduta praticada (BRASIL, 1940).

Com isso, pode-se observar que o art. 155 apresenta traz consigo a punição relacionada ao que foi furtado, como objeto ou bem pertencente a outra pessoa, assim como classifica as formas e atribuições de cada pena. Faz-se necessário ressaltar que o art.155 tem como principal finalidade apresentar as respectivas penas e suas particularidades.

3.2 Furto Qualificado

O furto qualificado é considerado a modalidade que mais apresenta agravos. Visto que, nessa modalidade de furto é quando o autor aplica mais artimanhas, estratégias e diversas medidas para cometer o crime. Dentre os danos acometidos destaca-se arrombamentos em portas, janelas, bens, patrimônios, pois o intuito do autor é retirar todo o obstáculo que está impedindo de furtar ou causar a subtração. Enquanto que no furto simples, o crime é cometido por “oportunidade”, no furto qualificado o autor apresenta um preparo e um planejamento prévio para realizar o delito. Contudo, considerando-se os danos, torna-se mais fácil subtrair um objeto que esteja, por exemplo, em cima de uma mesa ou a vista do ladrão pois não requer estudo, apenas a atitude do autor, do que a outra modalidade que precisa de um comparsa e de instrumentos.

Dentro dessa vertente, Capez (2014, p.284) afirma que o furto qualificado:

Previsto nos §§ 4º e 5º §§ do art. 155 do CP, em rol taxativo, compreende as circunstâncias relativas aos modos de execução do crime de furto que lhe imprimem um cunho de maior gravidade. Há, assim, maior desvalor da ação criminosa, a qual deverá ser rigorosamente sancionada. Constituem qualificadoras objetivas, e se comunicam aos demais agentes, com exceção daquela de natureza subjetiva prevista no inciso II, qual seja, a do abuso de confiança. Basta a presença de uma das circunstâncias para que o crime se repute qualificado. Se presente mais do que uma qualificadora, a primeira servirá para qualificar o crime, elevando os limites mínimo e máximo da pena.

Diante isso, pode-se afirmar que o furto qualificado é o que apresenta prejuízos para as vítimas pois requerem instrumentos para realizarem os danos e, também pode requerer uma

gravidade ainda maior por expor a vítima a um perigo, principalmente se existir a presença de outras ou mais pessoas. Dentro dessa visão, Masson (2018, p.379) afirma *in verbis*:

O aumento da pena se deve à maior reprovabilidade de que se reveste a conduta criminosa, bem como ao resultado provocado. Com efeito, seja pelo meio de execução empregado, que facilita a prática do crime ou acarreta maiores prejuízos ao ofendido (§4º), seja pelo resultado posterior, que afasta ainda mais o bem da vítima (§5º), o legislador entendeu que o crime há de ser mais gravemente punido.

Desse modo, o Código Penal (BRASIL, 1940), caracteriza como furto qualificado quando as seguintes características: a) destruição do obstáculo que impedia de realizar o furto; b) realização de fraude, com destreza ou escalada; c) uso de instrumentos como uma chave falsa; d) participação de mais de uma pessoa no ato ilícito. Considera-se furto qualificado quando ocorre a subtração de um veículo que estava em transporte de um Estado para outro, bem como para o exterior. Além disso, essa modalidade é empregada quando ocorre o furto de semovente domesticável de produção (BITTENCOURT, 2006)

3.3 Furto Famélico

De acordo com Bedin (2015, p.45) o furto famélico envolve a subtração de alimentos alheios. Dessa maneira, o autor afirma que para ter um conhecimento sobre o furto famélico precisa primeiramente obter conhecimento sobre a ideia de crime, passando-se a classificar os conceitos como formais e materiais, no sentido de diferenciá-los.

Lima (2012, p. 122) afirma que para compreender dentro do ordenamento jurídico o que é o furto famélico precisa haver uma relação com os fatos históricos que remonta desde os tempos da idade antiga junto do conceito histórico-sociológico envolvendo os direitos humanos, a dignidade da pessoa humana, bem como o direito à saúde, direitos voltados à alimentação, que por sua vez é considerada como fundamental para a vida.

Entretanto, há uma discussão que paira sobre o furto famélico que ressalta que precisa existir uma discussão mais aberta sobre essa modalidade. Diante disso, Ferreira (2017, p. 145) afirma que precisa existir uma diferenciação voltada para esse tema, que são:

- Questões jurídicas ligadas ao patrimônio, analisando algumas práticas ilícitas que podem ser confundidas com furto famélico;
- Salientando a relevância do ordenamento jurídico e as necessidades prioritárias de urgência com relação àquele que comete o crime;
- Crítica em relação à realidade social vigente e a desigualdade como motivos para a continuidade de questões ligadas a furtos de todos os gêneros;

- A posição da doutrina na jurisprudência.

Conforme realizada a análise do Código Penal (2011), descarta-se a possibilidade de ser compreendido como furto famélico quando o que for subtraído para a prática de outra conduta criminosa, que no caso seria a compra de entorpecentes. Em vista que, o furto famélico somente é visto como tal quando o seu objetivo é obter suprimentos básicos devido a uma necessidade humana.

Bedin (2015, p.34) ressalta ainda que para ser considerado como furto famélico precisa ter conhecimento de um princípio relevante que é o da intervenção mínima, que por sua vez, limita a atuação do direito penal, que por sua vez se apresenta como requisitado somente em situações específicas. O foco principal é direcionar o direito penal para a observância de casos em que ocorrem motivados por extrema necessidade.

Nessa nuance, Bittencourt (2006, p. 11) afirma que o direito penal traz questões em que as penalidades são analisadas para sua aplicabilidade. A ideia é priorizar a extrema necessidade deixando de ser visto como furto simples ou qualificado. Diante disso, o autor afirma que o princípio da intervenção mínima é justamente aquele que orienta e limita a penalização do direito penal.

No entanto, vale ressaltar que a existência do furto famélico não pode ser mantida e percebida como uma continuidade da prática, fazendo com que reduza a gravidade da prática. Visto que, em situações em que o indivíduo que foi lesado teve graves prejuízos, faz-se necessário compreender todo o contexto em que o furto aconteceu. Para isso também se observa o que foi subtraído, na tentativa de perceber se o bem furtado estava na posição de uso para somente ser usado para suprir uma necessidade (SÁNCHEZ, 2015, p.78).

4 JURISPRUDÊNCIA VOLTADA AO FURTO FAMÉLICO

No que tange a situação do agente, Masson (2012, p.99) descreve que precisa existir a observância voltada para as práticas de ilicitude do indivíduo autor do crime em outros momentos e situações. Uma das observações está no valor do bem furtado:

O Código Penal nada dispõe acerca do conceito de coisa de pequeno valor. A jurisprudência, buscando proporcionar segurança jurídica ao entendimento, estabeleceu o critério de que coisas de pequeno valor é aquela que o seu montante não supera o valor de um salário mínimo. Com isso, leva-se em consideração o tempo do crime e não a data da sentença. Por outro lado, na hipótese de crime, e não a data da sentença. Na hipótese de crime tentado, considera-se o valor do bem que o sujeito pretendia subtrair (MASSON, 2012, p.332).

Com isso, o Código Penal discrimina que não existe uma neutralidade quando se trata de furto famélico, contudo tenta taxar limites para que possa ser considerado como um ato movido por uma extrema necessidade humana. Para isso, leva-se em consideração o patrimônio da vítima.

4.1 Furto Famélico nos Tribunais

Dentro dos tribunais, a jurisprudência observa e classifica esses atos dentro da modalidade de furto famélico levando-se em consideração o total específico de um salário mínimo. Com isso, analisa-se as hipóteses de consequências econômicas para a vítima no tocante do valor e da dimensão da gravidade do furto que foi praticado, nestes termos:

CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. PEQUENO VALOR DA COISA FURTADA. IRRELEVÂNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

I. A aplicação do princípio da insignificância requer o exame das circunstâncias do fato e daquelas concernentes à pessoa do agente, sob pena de restar estimulada a prática reiterada de furtos de pequeno valor.

II. A verificação da lesividade mínima da conduta, apta e torna-la atípica, deve levar em consideração a importância do objeto material subtraído, a condição econômica do sujeito passivo, assim como as circunstâncias e o resultado do crime, a fim de se determinar, subjetivamente, se houve ou não relevante lesão ao bem jurídico tutelado;

III. Hipótese em que o bem subtraído possui importância reduzida, devendo ser ressaltado que o sujeito passivo recuperou o bem furtado, inexistindo, portanto, percussão social ou econômica.

IV. Não obstante o valor da res furtiva não ser parâmetro único à aplicação do princípio da insignificância, as circunstâncias e o resultado do crime em questão demonstram a ausência de relevância penal da conduta, razão pela qual deve se considerar a hipótese de delito de bagatela.

V. Orientação da Quinta turma desta Corte que fixou patamar para a aferição da insignificância do delito, que pode levar a conclusões iníquas, porque dissociadas de todo um contexto fático.

VI. Se o reconhecimento da irrelevância penal observa os critérios de índole subjetiva, a fixação de um valor máximo para a incidência do princípio da bagatela se apresenta, no mínimo, contraditória.

VII. Ausência de razoabilidade na fixação de valor para a averiguação da inexpressividade da conduta e ausência de lesividade penal, dissociado de outras variáveis ligadas às circunstâncias fáticas.

VIII. Recurso desprovido, nos termos do voto do Relator (STJ) – Resp: 1244828 RS 2011/0065308-2, Relator: Ministro Gilson Dipp, Data de

Julgamento: 07/08/2012, T5- Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 14/08/2012.

Dessa maneira, para que possa ser aplicado o princípio de insignificância pode-se levar em consideração a lesividade do furto para a vítima, podendo transformá-la em atípica, no qual analisa-se o que foi furtado, a condição econômica do sujeito passivo no momento que ocorre o furto, verificando-se também os motivos e circunstâncias que envolveram o crime, para que possa ser constatado se houve ou não danos, lesões e prejuízos ao bem jurídico tutelado.

4.2 Decisões em que a incidência do princípio da insignificância não se aplica

De acordo com levantamento realizado os meios bibliográficos bem como através da análise jurisprudencial, foi possível encontrar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sendo a decisão majoritária, no qual evidencia o princípio da insignificância, sendo que conforme a exclusão da tipicidade material não haverá o crime de furto famélico. Pode-se citar o exemplo do que aconteceu em Minas Gerais, através da decisão do Ministro do STF Luiz Fux que, por sua vez, proferiu decisão através do Habeas Corpus 112262/MG, nestes termos:

Bens avaliados em R\$91,74. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade, não obstante o ínfimo valor das res furtiva: Réu reincidente e com extensa ficha criminal constando delitos contra o patrimônio. Liminar indeferida. [...] ostentando o paciente a condição de reincidente e possuindo extensa ficha criminal revelando delitos contra o patrimônio, não cabe a aplicação do princípio da insignificância (STF, Habeas Corpus 112262/MG).

Cita-se também os casos que ocorreram no Tribunal de Santa Catarina em que os desembargadores não evidenciaram caso de miséria do agente para que cometesse o furto famélico no qual o valor que avaliado foi de R\$ 600,00. Analisando-se a ficha criminal do autor do crime verificou-se que tratava-se de incidência no respectivo crime:

APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÊS FURTOS QUALIFICADOS PELO CONCURSO DE PESSOAS, EM CONTINUIDADE DELETIVA (CP, ARTS 155, §4º, IV, C/C O 71, CAPUT). RECURSOS DOS ACUSADOS E DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. AUTORIA. CONFISSÃO, PALAVRAS DAS VÍTIMAS. IMAGENS DO SISTEMA DE MONITORAMENTO INTERNO. APREENSÃO DA RES FURTIVA EM PODER DOS ACUSADOS. 2 INSIGNIFICÂNCIA. CRIME QUALIFICADO E PRATICADO DE FORMA CONTINUADA. 3. ESTADO DE NECESSIDADE. FURTO FAMÉLICO. PROVA. 4. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. VOLUNTARIEDADE. DEVOLUÇÃO APÓS ABORDAGEM POR FUNCIONÁRIO DO ESTABELECIMENTO VÍTIMA. 5. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. MIGRAÇÃO. 6. CONCURSO ENTRE AGRAVANTE E ATENUANTE (CP, ART. 67). CONFISSÃO ESPONTÂNEA (CP, ART. 65, III, "D").

MULTIRREINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO PARCIAL. FRAÇÃO. 7. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. QUANTUM DE PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. REINCIDÊNCIA. 8 . DETRAÇÃO (CPP, ART. 387, § 2º). REINCIDÊNCIA. 9. PENA DE MULTA. CONTINUIDADE DELITIVA. CONCURSO (CP, ART. 72). 10. DEFENSOR DATIVO. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS. TABELA DA OAB/SC. AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO. 11. HONORÁRIOS RECURSAIS (CPC, ART. 85, §§ 1º E 11). ARBITRAMENTO POR EQUIDADE (CPC, ART. 85, § 2º E 8º). 1. As palavras das vítimas, no sentido de que reconheceram os acusados como os indivíduos que furtaram seus estabelecimentos; aliadas às imagens das câmeras de segurança que flagraram as ações; aos depoimentos judiciais dos policiais, de que ambos os denunciados foram encontrados na posse de res furtiva; bem como à confissão dos agentes, são provas suficientes acerca da autoria dos delitos de furto. 2. Ainda que o valor da res furtiva seja inferior ao do salário mínimo, não se reconhece a insignificância da conduta de agentes que furtaram os bens mediante concurso de pessoas e em continuidade delitiva. 3. É inviável reconhecer a configuração do furto famélico se não há prova de que os acusados estavam impossibilitados de trabalhar; de que os recursos auferidos eram insuficientes para adquirir comida; e de que não possuíam outro meio de saciar a fome que não fosse cometendo o delito. 4. Configura-se o arrependimento posterior se o agente subtrai objeto em um estabelecimento comercial e, antes de deixar o local, é confrontado por funcionários da loja, que mencionam ter ciência da ocorrência do furto, e por conta disso o acusado devolve a coisa subtraída. 5. Ostentando o acusado duas condenações definitivas caracterizadoras da reincidência, é adequada a exasperação da pena por conta de tais decretos apenas na etapa intermediária, não sendo inexorável a utilização de uma das condenações na primeira fase da dosimetria. 6. O aumento de pena decorrente do reconhecimento da multirreincidência deve ser superior à diminuição causada pela confissão espontânea; não se pode, porém, exasperar em 1/6 a reprimenda se são apenas duas as condenações pretéritas. 7. Deve ser fixado o regime inicialmente semiaberto ao agente reincidente condenado à pena não superior a quatro anos e que conta com circunstâncias judiciais favoráveis. 8. Se a fixação do regime inicialmente semiaberto dá-se em razão da reincidência do agente, e não por conta do tempo de pena imposto, é inaplicável a detração do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal para fins de abrandamento do sistema de resgate da sanção. 9. A pena de multa, no caso de crime continuado, deve ser calculada mediante o acréscimo da mesma fração imposta à sanção

corporal; a regra do art. 72 do Código Penal é dirigida apenas aos concursos formal e material. 10. A remuneração do defensor dativo deve ser fixada de acordo com o labor desempenhado, o grau de zelo profissional, o tempo e o local exigidos para a prestação do serviço e a complexidade do caso concreto, sem a necessidade de vinculação obrigatória à tabela de honorários divulgada pela OAB/SC. 11. Faz jus à remuneração fixada de modo equitativo, em razão do trabalho adicional realizado em grau recursal, o defensor nomeado para atuar durante a instrução da ação que apresenta apelo. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. (TJSC, Apelação Criminal n. 0002011-72.2018.8.24.0019, de Concórdia, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 09-04-2019).

Como pode-se observar nesse caso acima, os desembargadores não compreenderam que tratava-se de um furto famélico por causa das características que envolveu o crime, sendo percebido que o agente não estava em extrema miséria ao ponto de furtar algo para se alimentar, visto que as condições do agente possa evidenciar a impossibilidade de trabalhar do autor do crime. Evidenciando no entanto três furtos qualificados de maneira contínua delitiva, dando a entender para o tribunal que o agente não tinha o objetivo de apenas se alimentar.

Por outro lado, o Supremo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo aplicou o princípio da insignificância em um caso de furto famélico de acordo com o disposto no art. 155 do Código Penal como pode-se observar abaixo:

CRIMINAL. HC. FURTO QUALIFICADO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. ÍNFIMO VALOR DOS BENS SUBTRAÍDOS PELA AGENTE. INCONVENIÊNCIA DE MOVIMENTAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. DELITO DE BAGATELA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. FURTO FAMÉLICO. ORDEM CONCEDIDA. I. Hipótese em que o impetrante sustenta que a conduta da ré não se subsume ao tipo do art. 155 do Estatuto Repressor, em face do pequeno valor econômico das mercadorias por ela subtraídas, atraindo a incidência do princípio da insignificância. II. Embora a impetração não tenha sido instruída com o referido laudo de avaliação das mercadorias, verifica-se que mesmo que a paciente tivesse obtido êxito na tentativa de furtar os bens, tal conduta não teria afetado de forma relevante o patrimônio das vítimas. III. Atipicidade da conduta que merece ser reconhecida a fim de impedir que a paciente sofra os efeitos nocivos do processo penal, assim como em face da inconveniência de se movimentar o Poder Judiciário para solucionar tal lide. IV. As circunstâncias de caráter pessoal, tais como reincidência e maus antecedentes, não devem impedir a aplicação do princípio da insignificância, pois este está diretamente ligado ao bem jurídico tutelado, que na espécie, devido ao seu pequeno valor econômico, está excluído do

campo de incidência do direito penal. V. A res furtiva considerada - alimentos e fraldas descartáveis-, caracteriza a hipótese de furto famélico. VI. Deve ser concedida a ordem para anular a decisão condenatória e trancar a ação penal por falta de justa causa. VII. Ordem concedida, no termos do voto do Relator. (HC 62.417/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2007, DJ 06/08/2007, p. 557).

Como no caso observado acima, pode-se perceber que o entendimento do Tribunal foi favorável a aplicação do princípio da insignificância por se tratar de um valor mínimo e que, por causa da natureza dos itens que foram subtraídos pode-se entender que o agente estava em extrema miséria pois subtraiu alimentos e fraldas, motivada por sua condição de miséria, junto do valor insignificante foi considerado como furto famélico sendo portanto anulada a decisão condenatória, bem como aconteceu na situação abaixo:

CRIMINAL. RHC. FURTO. TENTATIVA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. ÍNFIMO VALOR DOS BENS. INCONVENIÊNCIA DE MOVIMENTAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. DELITO DE BAGATELA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. FURTO FAMÉLICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA CASSADA. RECURSO PROVIDO. I. Hipótese na qual o recorrente sustenta que a conduta da ré não se subsume ao tipo do art. 155 do Estatuto Repressor, em face do pequeno valor econômico das mercadorias que ela teria tentado subtrair, atraindo a incidência do princípio da insignificância. II. Mesmo que a paciente tivesse obtido êxito na tentativa de furtar os bens, tal conduta não teria afetado de forma relevante o patrimônio das vítimas, pois as mercadorias teriam sido avaliadas em valor aproximado de R\$ 30,00, atraindo, portanto, a incidência do princípio da insignificância, excludente da tipicidade. III. Atipicidade da conduta que merece ser reconhecida, apesar de a paciente já estar sofrendo os efeitos nocivos do processo penal, uma vez que já foi condenada, estando o feito em grau de recurso, ressaltando-se a inconveniência de se movimentar o Poder Judiciário para solucionar tal lide. Precedentes. IV. As circunstâncias de caráter pessoal, tais como reincidência e maus antecedentes, não devem impedir a aplicação do princípio da insignificância, pois este está diretamente ligado ao bem jurídico tutelado, que na espécie, devido ao seu pequeno valor econômico, está excluído do campo de incidência do direito penal. V. A mercadoria considerada - alimentos e fraldas descartáveis -, caracteriza a hipótese de furto famélico. VI. Deve ser aplicado o princípio da insignificância à hipótese, cassada a sentença condenatória imposta à paciente pelo Juízo de 1º grau e anulada a ação penal contra ela instaurada. VII. Recurso

provido, no termos do voto do Relator. (RHC 20.028/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2007, DJ 04/06/2007, p. 377).

Mesmo o Tribunal verificando que há antecedentes na ficha do agente, verificou-se este estava em extrema miséria e também foram analisados os valores dos itens que foram furtados no qual pode-se aplicar o princípio da insignificância porque se tratava de um valor de R\$30,00, sendo então pesado na decisão o valor e os danos que foram causados. Constatou-se que se tratava de um furto famélico por ter alimentos e fraldas descartáveis, sendo, portanto, cassada a ação penal contra o agente.

5 CONCLUSÃO

De acordo com a pesquisa realizada pode-se observar nos casos apresentados e julgados dentro dos tribunais em epígrafe que o furto famélico anda lado a lado com o princípio da insignificância. Os casos em que foram aplicados este princípio estão relacionados diretamente com o valor estimado dos itens furtados, sendo que leva-se em consideração que se o valor for mínimo se comparado com o patrimônio da vítima e que não apresentou danos graves, como em situações de furto de alimentos por motivo de extrema necessidade humana.

Nos tribunais as interpretações são realizadas a partir de diversas variáveis, levando-se em consideração a incidência do agente, se o item que foi furtado era alimentício e para uso pessoal. Dessa maneira também passa-se a analisar nos tribunais os danos que a ação trouxe para os patrimônios, sendo analisado se houve caso de furto qualificado.

Diante a isso, entende-se que os tribunais observam os casos que o furto é decorrente de fatores sociais e econômicos, como nos casos de extrema miséria, sendo analisado se os itens a furtados puderam ser revertidos em espécie monetária ao ser vendidos. Com vista disso, o furto famélico ocorre somente quando há necessidade de se alimentar e a última alternativa é furtar algo para se alimentar, já que o agente não se dispõe de recursos financeiros para adquiri-los.

Por fim, como os casos de furto famélico não possuem uma previsão legal, cabe ao entendimento da Constituição Federal e aos princípios desta para orientar a não punibilidade. Resta ao Direito Penal a sua principal atribuição, a pena. No entanto precisa estar em concordância com o texto legal do Código Penal.

Assim, sugere-se para estudos futuros uma análise mais aprofundada do tema, no tocante da prática corriqueira motivada por um estado de mendicância crônica e enraizado por parte do indivíduo, no qual o furto famélico pode se tornar algo contínuo e o prejuízo que isso pode causar para o comércio. Além disso, a importância de políticas públicas voltadas para atender os direitos humanos no sentido de atender pessoas moradoras de ruas que sentem necessidade de alimentos,

direcionando mecanismos de como evitar com que essa prática seja cada vez maior, principalmente por causa da aplicação princípio da insignificância.

6 REFERÊNCIAS

BARROS, V. D.M. **Primeiros delineamentos da prisão em flagrante no modelo constitucional de processo.** Artigo aprovado e publicado nos Anais do XVIII Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, CONPEDI. São Paulo, 2.º semestre de 2009.

BEDIN, C. de F. A aplicação do princípio da insignificância no crime contra o patrimônio denominado furto famélico. 2015. Disponível em: <https://www.unochapeco.edu.br/static/data/portal/downloads/1678.pdf> Acesso em 16 nov 2022.

BRANDÃO, C. **Teoria Jurídica do Crime, Coleção Ciência Criminal Contemporânea**, v.1, Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

BRASIL, **Decreto-lei n. 3.914/41, de 09 de dezembro de 1941.** Dispõe sobre a Introdução ao código penal. 1941. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3914-9-dezembro-1941-386512-publicacaooriginal-1-pe.html> > Acesso em 15 set 2022.

BRASIL. **Código Penal.** Constituição Federal, legislação penal. 16. Ed. Revista Ampla e atual, São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** HC 62.417/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2007, DJ 06/08/2007, p. 557. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=furto+fam%E9lico&&b=AC>. Acesso em 10 nov 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** RHC 20.028/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2007, DJ 04/06/2007, p. 377. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=furto+fam%E9lico&&b=AC> >. Acesso em 10 nov 2022.

BRUNO, A. **Direito Penal:** parte geral. Tomo 2: fato punível.4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal:** parte especial dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (art. 121 a 212). 12 Ed. São Paulo: Saraiva, v.2, 2012.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal:** parte geral. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2007.

DELMANTO, C. **Código penal comentado**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ESTEFAM, A. **Direito Penal**: parte geral (art. 1º ao 120º). 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERREIRA, R. L. **Diferenciação do furto famélico de condutas semelhantes no âmbito jurídico**. 2017. Disponível em:

<<http://www.unicerp.edu.br/ensino/cursos/direito/monografias/20172/DiferenciaacaodoFurtoFam elico.pdf>>. Acesso em 17 nov 2022.

FRAGOSO, H.C. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal**. 18. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

JESUS, D. **Direito Penal**. V.1: parte geral. 35. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEAL, M. E. P. **O Programa Nova Escola-Avaliação Institucional nas escolas da rede do Estado do Rio de Janeiro (2000-2001)**. 2004. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Federal Fluminense, 2004.

LIMA, D. N. **As causas excludentes de ilicitude e de culpabilidade no furto famélico**. Monografia (Bacharel em Direito) Faculdade de Direito de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2012. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/viewFile/3055/2817>>. Acesso em 17 nov 2022.

MASSON **Direito penal: parte especial: arts. 121 a 212**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018.

MASSON, C. **Direito Penal Esquematizado**: parte geral. 8ª Ed. São Paulo: Método, v.1, 2014.

MIRABETE, J. F. **Manual de direito penal**: parte geral, v. 1. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NUCCI, G.S. **Manual de Direito Penal**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

PACELLI, E. **Manual de direito penal**: parte geral. Eugênio Pacelli, André Callegari. 4. Ed. Rev. Atual. E ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

PRADO, L.R. **Curso direito penal brasileiro**: parte geral (art. 1º ao 120º). 8.Ed. Rev. Atual e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, v. 1, 2006.

REBOUÇAS, E. **Ação penal condicionada no delito de furto simples**. Agosto de 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/68604/acao-penal-condicionada-no-delito-de-furto-simples/3>> Acesso em: 17 nov 2022.

SÁNCHEZ, R. C. **Manual de direito penal**. 7 ed. Bahia: Editora Podivm, 2015.

TELES, N.M. **Direito Penal**: parte geral I. Ed. São Paulo: Editora de Direito, 1996.

LIBERDADE DE IMPRENSA E DE EXPRESSÃO X DIREITO À INTIMIDADE

ANGELA GABRIELA DOS SANTOS FEITOSA:
Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de
Gurupi- UnirG.

RESUMO: O avanço da internet e a sua utilização nas variadas classes sociais permite a propagação de uma informação em poucos minutos, alcançando proporções muito maiores do que antigamente. A mídia formal também avançou na disseminação de suas informações, contudo esta é propagada após certa averiguação dos fatos, diferente do que ocorre nas redes sociais, em que um acontecimento se espalha na rede e pode vir a causar algum dano aos indivíduos veiculados na notícia. Para impedir que isso ocorra, a Constituição Federal assegura a todo cidadão o seu direito à intimidade, vida privada e honra, admitindo inclusive a reparação moral em caso de ofensa a esses direitos. Todavia, assegura também o direito de todo cidadão de se expressar livremente e da imprensa de noticiar um acontecimento. Isto posto, como solucionar um conflito aparente que pode existir entre esses direitos? A partir de pesquisa bibliográfica e qualitativa, desenvolvida com base em material doutrinário e jurisprudencial publicado nos últimos anos, a pesquisa objetiva estudar os direitos da liberdade de imprensa, liberdade de expressão e de intimidade e apontar se existem limites de alcance de cada um deles concluindo que é necessário sempre levar em consideração o direito do outro, e com isso impedir qualquer violação aos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Liberdade. Honra. Limite. Constituição Federal.

ABSTRACT: The advancement of the internet and its use in various social classes allows the propagation of information in a few minutes, reaching proportions much greater than in the past. The formal media has also advanced in the dissemination of their information, however this is propagated after certain verification of the facts, unlike what happens in social networks, in which an event spreads on the network and may cause some damage to the individuals conveyed in the news. To prevent this from happening, the Federal Constitution guarantees every citizen their right to privacy, privacy and honor, even admitting moral reparation in case of violation of these rights. However, it also ensures the right of every citizen to express themselves freely and the press to report an event. That said, how to resolve an apparent conflict that may exist between these rights? Based on bibliographic and qualitative research, developed based on doctrinal and jurisprudential material published in recent years, the research aims to study the rights of freedom of the press, freedom of expression and privacy and to point out if there are limits to the scope of each of them, concluding that it is always necessary to take into account the right of the other, and thus prevent any violation of the fundamental rights listed in the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Fundamental Rights. Freedom. Honor. Limit. Federal Constitution.

Sumário: 1. Introdução. 2. Materiais e Métodos. 3. A Proteção Legal dos Direitos Fundamentais. 4. O Direito a Liberdade de Expressão. 5. O Direito a Liberdade de Imprensa. 6. O Direito a Intimidade e Vida Privada. 7. O Conflito entre Direitos Fundamentais e suas Limitações. 8. Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente a divulgação de notícias é muito maior em razão da propagação de informações não apenas nos meios de comunicação formal, mas principalmente de forma informal por meio da internet.

Através das redes sociais, um acontecimento se dissemina em questão de minutos, atingindo um número inestimável de pessoas e tornando praticamente impossível reverter os efeitos dessa publicação.

A depender da informação divulgada, os indivíduos que protagonizaram o acontecimento podem ter sua vida modificada do dia para a noite e sofrer consequências que afrontam o seu direito à dignidade humana, ao serem taxados por um episódio, que pode ser verdade ou não.

É fato que a Constituição Federal de 1988 assegura a todos o direito a sua liberdade de se expressar em sociedade. Do mesmo modo, garante a liberdade da imprensa de propagar uma informação, direitos estes previstos no seu artigo 5º, incisos IV, IX e XIV.

Ocorre que ela também assegura, no inciso X do mesmo artigo constitucional a proteção ao direito da intimidade, honra e vida privada das pessoas, direito este que aparentemente entra em conflito com o direito a divulgação de informações.

Nesse contexto, existe um debate jurídico e social acerca da existência de limites desses direitos e sobre possíveis limitações dadas pela lei ou pela jurisprudência para garantir o respeito a todos eles sem que um implique necessariamente no cerceamento do outro, já que tanto a liberdade de divulgação e manifestação quanto a intimidade são direitos fundamentais para a dignidade humana.

Em razão disso, a pesquisa tem o propósito de aprofundar o conhecimento sobre os direitos fundamentais e apontar, com base na interpretação majoritária atual, quais os conflitos podem existir ao contrapor os direitos de informação e livre manifestação ao direito à honra e intimidade apontando, ao final da pesquisa qual o consenso possível entre todos esses direitos que são fundamentais para todo cidadão.

2 MATERIAIS E MÉTODOS

O presente artigo científico que discorre sobre a liberdade de imprensa e de expressão em contraposição ao direito à intimidade será desenvolvido por meio de pesquisa dedutiva do tipo bibliográfica, cujo material de pesquisa coletado é aquele já publicado e disponibilizado em leis, doutrinas e pesquisas científicas adquiridas nos variados meios de informação.

Os materiais inclusos na pesquisa foram aqueles que tratam do tema segundo a legislação brasileira em vigor, publicados nos últimos anos, os quais foram estudados através da metodologia de análise qualitativa dos dados, com confronto das informações e discussão sobre o tema proposto.

Por se tratar de uma pesquisa exclusivamente bibliográfica não haverá a necessidade de prévia submissão da pesquisa à aprovação do Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade de Gurupi já que não houve risco algum ou intervenção direta a outros seres humanos.

3 A PROTEÇÃO LEGAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diante do fato de que os direitos à liberdade de imprensa, de livre manifestação e de intimidade e honra privada objetos desta pesquisa são direitos fundamentais, é oportuno discorrer acerca de sua proteção no ordenamento jurídico em vigor.

A Constituição Federal de 1988 foi promulgada após o fim do Regime de Ditadura Militar instaurado de 1964 e surgiu no momento de Redemocratização do País. A sua elaboração teve início em 01 de fevereiro de 1987 com a composição da Assembleia Nacional Constituinte (ANC) e resultou na sua Promulgação ocorrida no dia 05 de outubro de 1988 (PADILHA, 2018).

No preâmbulo da CF/88 foi instituído um Estado Democrático, destinado a assegurar os seguintes valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias: o exercício dos direitos sociais e individuais; a liberdade; a segurança; o bem-estar; o desenvolvimento; a igualdade; a justiça. Sendo democrática e liberal, a Constituição de 1988, que sofreu forte influência da Constituição portuguesa de 1976, foi a que apresentou maior legitimidade popular. (LENZA, 2018, p.157).

Reconhecendo a Federação como forma de Estado e a República como forma de Governo Presidencialista, a Constituição de 1988 é denominada de Carta Cidadã em razão da ampla proteção constitucional de direitos humanos.

A atual Constituição é, acima de tudo, uma carta de esperança por dias melhores. Abarca direitos nunca antes tratados em textos constitucionais anteriores, é a carta mais completa da história no tocante aos direitos individuais, coletivos e sociais, é a Constituição que mais trouxe ações para tutelar esses direitos e também ampliou o âmbito de controle de constitucionalidade das leis, com o objetivo de garantir maior segurança ao sistema normativo (PADILHA, 2018, p.54).

Recebeu essa denominação de “Constituição Cidadã” de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte “tendo em vista a ampla participação popular durante a sua elaboração e a constante busca de efetivação da cidadania” (LENZA, 2018, p.156).

Uma de suas principais mudanças foi a ampla proteção dada aos direitos e garantias fundamentais individuais e coletivas elencadas no Título II da Constituição a partir do artigo 5º, sendo os direitos e garantias individuais declaradas cláusulas pétreas da Constituição em seu artigo 60, §4º, IV (BRASIL, 1988).

Enquanto os direitos fundamentais “são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, [...] as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados” (LENZA, 2018, p.1088).

Rodrigo Padilha elenca suas principais características:

a) extrapatrimonialidade, uma vez que não são direitos mensuráveis economicamente; b) universalidade, pois são aplicados a todos, indistintamente; c) inalienabilidade, na medida em que são direitos inegociáveis e intransferíveis, não podendo vender, doar ou ceder os referidos direitos a qualquer título; d) imprescritibilidade, posto que não se extinguem pelo desuso, inércia; e) irrenunciabilidade: é possível deixar de exercer estes direitos, mas renunciá-los, nunca. Um lutador de boxe, por exemplo, abre mão, por tempo determinado, à sua integridade física; porém, a qualquer momento, pode parar de lutar e fazer valer o direito que lhe é inerente; f) vinculantes – os poderes públicos devem observar as normas supremas da Constituição, notadamente seus direitos fundamentais; g) interdependência – o gozo das liberdades públicas não exclui o exercício de outros direitos, pelo contrário, o usufruto de um direito fundamental pressupõe o gozo simultâneo de outros ou mesmo de todos os direitos fundamentais; h) indivisibilidade – todos os direitos fundamentais são merecedores de igual tratamento; não tem como se pensar em igualdade sem falar de liberdade e assim por diante; i) historicidade: significa que os direitos fundamentais são históricos, surgiram emblematicamente com a revolução burguesa e evoluíram no correr dos tempos (PADILHA, 2018, p. 238/239).

Esses direitos, garantidos pela Constituição Federal de 1988, devem ser resguardados pelo Estado em sua tripla esfera, de modo que cabe ao Poder Público assegurar que os direitos fundamentais sejam efetivamente garantidos a todos os cidadãos brasileiros ou estrangeiros que estejam em solo brasileiro. Sobre o papel do Poder Público, salienta Carlos Alexandre Morais e Eloísa Baliscki Romeira:

Os Poderes Públicos desempenham inquestionáveis essenciais papéis para o desenvolvimento do Estado. É exigido deles, uma série de posturas para o sucesso nas suas atividades. Requer-se que se abstenham de violar direitos fundamentais, bem como que protejam esses direitos ativamente contra agressões e ameaças de terceiros. Não basta proteger, é preciso também assegurar condições materiais mínimas para o real exercício das liberdades constitucionais. Ainda, todas as configurações dos seus órgãos e dos seus respectivos procedimentos devem estar formatados de maneira que propicie a proteção e efetivação mais vasta possível aos direitos fundamentais. (SARMENTO apud MORAIS e ROMEIRA, 2020, p.2).

Por serem essenciais para a dignidade humana de todo ser humano, os direitos e as garantias fundamentais devem sempre ser assegurados pelo Estado, sendo admitido o direito a reparação em caso de violação.

Esses direitos insculpidos no artigo 5º da Constituição são assim entendidos como fundamentais por serem essenciais para a garantia da dignidade da pessoa humana, princípio que norteia toda a norma constitucional.

O constituinte optou por não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos fundamentais previsto no art. 5º, isso porque esse direito foi considerado um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme o art. 1º, inciso III, da Carta Magna. (BRASIL, 1988). Nesse sentido, não apenas a liberdade de expressão, mas todos os princípios devem ser interpretados a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, por ele ser o maior entre os princípios, podendo ser chamado de princípio dos princípios. (MORAES, 2019). Ofende a dignidade do ser humano qualquer circunstância que cerceie a sua capacidade de decisão racional, uma vez que a valorização da pessoa humana acarreta a necessidade de proteção dos direitos inerentes à existência e ao desenvolvimento do indivíduo. Assim, a tutela da dignidade humana pressupõe o ulterior resguardo dos direitos fundamentais, dentre eles, a liberdade de expressão, já que a liberdade é um dos elementos centrais da dignidade da pessoa Humana (MORAIS e ROMEIRA, 2020, p.7).

Eles são também direitos humanos que são protegidos internacionalmente e que receberam esse status após anos de guerra, em que a violação a direitos básicos ocorria de forma corriqueira. Após esse período, os países se uniram para criar normas internacionais que resguardassem a dignidade humana.

A linha do desenvolvimento dos direitos fundamentais (cf. n.m. 43) conduziu também, depois do fim da Segunda Guerra Mundial, a regulações jurídico-fundamentais no plano supraestadual, primeiro numa base do direito internacional público e depois numa base supranacional. Este impulso partiu das Nações Unidas. A Assembleia-Geral das Nações Unidas havia identificado “o não reconhecimento e o desprezo pelos direitos humanos” como uma das causas do terror nacional-socialista tanto para o interior como para o exterior, proclamando, por isso, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas; a ela juntaram-se em 1966 os dois Pactos dos direitos humanos (Pacto Sobre os Direitos Cíveis e Políticos, Pacto Sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) (PIEROTH, 2012, p.39).

Atualmente, é inquestionável o caráter essencial dos direitos fundamentais previstos na Constituição e nos tratados internacionais e o papel atuante da sociedade e do Estado em assegurar que eles sejam efetivamente preservados e garantidos a toda a população.

O artigo 5º elenca uma série de direitos fundamentais, dentre eles o direito à liberdade de expressão, de imprensa e o direito à intimidade e vida privada, os quais são objeto desta pesquisa e por isso serão abordados nas linhas seguintes.

4 O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 declara:

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: [...] (BRASIL, 1988).

A partir daí diversos direitos fundamentais são elencados nos setenta e nove incisos do dispositivo legal dentre eles o direito a liberdade de expressão disciplinado no inciso IV que dispõe que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (BRASIL, 1988).

Em uma simples definição, pode-se dizer que “a liberdade de pensamento nada mais é que ser livre para pensar, sem causar algum dano para a sociedade” (NEVES E ZADUSKI, 2018, p. 96).

Esse direito de liberdade de expressão consiste basicamente no direito do cidadão de expressar sua opinião sobre algo. Em outras palavras “a liberdade de expressão pode ser entendida como um conjunto de direitos relacionados às liberdades de comunicação” (TORRES, 2013, p.62).

Pedro Lenza, citando Ingo Sarlet destaca que o direito de liberdade de expressão contido no inciso IV é uma espécie de clausula geral que compreende a liberdade de manifestação de pensamentos, de expressão artística, de ensino e pesquisa, de comunicação de informação e de expressão religiosa (SARLET apud LENZA, 2018).

A liberdade de expressão é ampla e não se restringe ao simples direito de opinião, cuja distinção é dada por Abdo:

Enquanto a liberdade de opinião consistiria na faculdade de formular juízos, conceitos e convicções e exterioriza-las, a liberdade de expressão abrangeria todos esses conceitos e ainda estenderia a outras manifestações, como as de cunho informativo, jornalístico filosófico, artístico, científico e político, além do culto religioso, que é a exteriorização da crença acima referida (ABDO, 2011, p.32).

Nesse sentido é o inciso IX do artigo 5º da Constituição que também declara: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (BRASIL, 1988).

A liberdade de expressão figura dentre os direitos fundamentais por ser essencial à dignidade humana e à democracia assegurada pela Constituição, conforme argumenta Fernanda Carolina Torres:

Primeiramente, no âmbito da dignidade humana, é fácil intuir a necessidade de ser assegurada a liberdade de expressão: não há vida digna sem que o sujeito possa expressar seus desejos e convicções. Viver dignamente pressupõe a liberdade de escolhas existenciais que são concomitantemente vividas e expressadas. Dito de outro modo, viver de acordo com certos valores e convicções significa, implícita e explicitamente, expressá-los. No que respeita à democracia, a liberdade de expressão é direito fundamental diretamente correlato à garantia de voz aos cidadãos na manifestação de suas várias correntes políticas e ideológicas (TORRES, 2013, p.61).

É por isso que a liberdade de expressão é fundamental para todo o cidadão, assegurada também pela Declaração Universal dos Direitos Humanos que a define como direito à liberdade de opinião e expressão prevista em seu artigo 19 (ONU, 1948).

Contudo, essa liberdade de se expressar tem tomado proporções grandiosas em razão do uso da internet pela grande maioria da população mundial. Esse direito reconhecido pela constituição de 1988 é utilizado em uma nova realidade do mundo, que não é apenas físico, mas também virtual. Assim comenta NEVES E ZADUSKI sobre o alcance de uma informação e expressão na internet:

percebe-se que a internet acabou democratizando o acesso à informação, alcançando os mais diversos perfis de usuários, abrindo novas possibilidades de divulgação, e aumentando a velocidade com que as informações e até mesmos opiniões são disseminadas na rede. [...] Apesar dos pontos positivos que podem ser percebidos com o aumento do acesso à internet, por outro lado, a internet abriu espaço para que os usuários tenham a possibilidade de disseminar pensamentos antidemocráticos, racistas e opressores utilizando do anonimato e perfis falsos, por se sentirem protegidos, devido a ausência de uma lei específica que coíba tais atitudes (NEVES E ZADUSKI, 2018, p. 95).

Para resguardar essa liberdade no mundo virtual a liberdade de expressão está prevista na Lei 12.965/2014, Marco Civil da Internet no Brasil como um dos direitos e fundamentos da mencionada Lei.

A proteção oferecida pelo Marco Civil, a liberdade de expressão na internet, permite um debate livre, plural e aberto sobre questões sociais fundamentais, possibilita reflexões voltadas a construir soluções coletivas para os problemas comunitários, o que contribui para a formação de uma sociedade justa, inclusiva e democrática. Dessa forma, a proteção a liberdade de expressão na internet, contribui para o pluralismo de ideias e

a conseqüente ampliação do espaço público de participação cidadã e o fortalecimento das instituições (BARROS e FLAIN, 2016, p. 12).

Todavia, a Lei 12.965/2014 também reconhece a proteção da privacidade e de dados pessoais como princípios a serem respeitados na internet, resguardando assim outros direitos fundamentais dos cidadãos e reconhecendo possíveis responsabilizações em casos que a expressão excede ao limite e ofende a dignidade do outro.

Isso porque, seja no mundo físico ou virtual, há sempre que considerar a limitação que um direito tem de não ofender o direito do outro. Ainda que assegurada pela Constituição, a liberdade de expressão prevista no artigo 5º e nos demais dispositivos legais não impede o Estado de impedir que ela viole a dignidade de outros cidadãos.

A liberdade de expressão do pensamento, exercida dentro dos limites constitucionais a ela inerentes, traz, como pressuposto, um direito de manifestação livre da ingerência ou prévia chancela do Estado, o que se reflete na proibição da censura e no dever de neutralidade, a impedir qualquer forma de discriminação motivada pela manifestação do pensamento ou da opinião.⁷⁸ Assim, a ampla liberdade assegurada, na mesma medida em que reforça o poder dos veículos, implica, necessariamente, assunção de responsabilidades, decorrentes da necessidade da observância de limites claros e ponderados e da imperiosa compreensão de que, em um sistema jurídico que precisa ser harmonizado, não há direitos imunes a qualquer restrição ou regulação (GUIMARÃES e GUIMARÃES, 2021, p. 21).

Conforme se verifica, a liberdade de expressão é sim um direito essencial que recebe uma proteção especial da legislação brasileira, que busca resguardar que esse direito fundamental seja assegurado em todas as esferas da sociedade.

5 O DIREITO À LIBERDADE DE IMPRENSA

No mesmo sentido ao explanado no tópico anterior, o direito à liberdade de imprensa é um direito fundamental que corresponde à liberdade de informar e compartilhar uma informação. Enquanto aquele se refere ao direito de expressar uma opinião do cidadão, este se refere ao direito da imprensa de propagar uma notícia.

Segundo ensina Sarlet, a liberdade de imprensa decorre da liberdade de expressão amplamente discutida no tópico anterior. Ou seja, o direito à liberdade de imprensa é uma espécie do gênero liberdade de expressão (SARLET; MARINONI e MITIDIERO. 2014).

O inciso XIV do artigo 5º declara que "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional" (BRASIL, 1988).

De acordo com o artigo 1º da Lei 2.083/1953, que regula a Liberdade de imprensa, essa consiste na “livre a publicação e a circulação no território nacional de jornais e outros periódicos” (BRASIL, 1953).

Assim sendo, a liberdade de imprensa é “a possibilidade do cidadão criar ou ter acesso a diversas fontes de dados, tais como notícias, livros, jornais, sem interferência do Estado” (TJDFT, 2021).

Ela está disciplinada também no artigo 220 da Constituição Federal que dispõe:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística [...] (BRASIL, 1988).

Portanto a Constituição Federal assegura o direito da imprensa e de qualquer veículo de comunicação de noticiar fatos de forma livre, sem que haja uma prévia censura seja ela política, artística ou ideológica.

Ou seja, impedir a imprensa de noticiar um fato é violar um direito fundamental do cidadão de ter acesso à informação, pratica que é vedada pela Carta Magna.

6 O DIREITO À INTIMIDADE E VIDA PRIVADA

Assim como é garantido o direito de expressar uma opinião ou divulgar uma informação, o inciso X do artigo 5º também declara que “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;” (BRASIL, 1988).

Trata-se de direitos fundamentais caracterizados como direitos da personalidade disciplinados também pelo Código Civil Brasileiro que via de regra são irrenunciáveis e intransmissíveis, que podem ser reclamados em caso de lesão ou ameaça ao direito assegurado (BRASIL, 2002).

A intimidade e a vida privada, apesar de caminharem juntos, são dois direitos fundamentais que possuem definições próprias que as distinguem. Enquanto a vida privada “é o direito de viver a sua própria vida em isolamento, não sendo submetido à publicidade que não provocou, nem desejou” (FARIAS E ROSEVAND, 2012, p. 247) a intimidade “é a exigibilidade de respeito ao isolamento de cada ser humano, que não pretende que certos aspectos de sua vida cheguem ao

conhecimento de terceiros. Em outras palavras, é o direito de estar só” (GAGLIONA e PAMPLONA, 2013,p.218).

Ou seja, enquanto a vida privada refere-se ao direito de impedir que outras pessoas tenham acesso a informações particulares, a intimidade está ligada a aspectos subjetivos do próprio cidadão em si. Seja a vida privada ou a intimidade, ambas possuem a mesma proteção legal por estarem intrinsecamente ligadas uma a outra.

Conforme esclarece Carlos Roberto Gonçalves, a inviolabilidade dos direitos à intimidade, a vida privada e honra previsto no inciso X do artigo 5º da norma constitucional “protege todos os aspectos da intimidade da pessoa, concedendo ao prejudicado a prerrogativa de pleitear que cesse o ato abusivo ou ilegal” (GONÇALVES, 2018, p.176).

Portanto, o direito do cidadão de ter sua intimidade e vida privada fora do alcance de terceiros é um direito seu dito fundamental e também de sua personalidade, essencial para a sua dignidade humana. Em caso de violação a eles e a sua honra, pode o indivíduo pleitear uma reparação moral e material pelo dano suportado.

Da análise dos direitos fundamentais elencados no artigo 5º conclui-se que por um lado a Constituição Federal assegura o direito a intimidade de todo cidadão, mas também reconhece os direitos de livre expressão e de imprensa, situação que pode desencadear um “conflito” de direitos fundamentais caso um cidadão não concorde com a propagação de uma notícia a que esteja envolvido.

7 O CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS LIMITAÇÕES

Conforme verificado até o momento, a Constituição Federal estabelece uma série de direitos fundamentais, todos eles igualmente protegidos no ordenamento jurídico nacional.

Contudo, é possível que, diante de um caso concreto, essas garantias essenciais conflitem com outras igualmente protegidas, o que se atribui à amplitude que os direitos fundamentais apresentam.

De acordo com Bárbara Maria Dantas Mendes Ribeiro, “haverá colisão entre os próprios direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular” (2018, p. 01). Nessas hipóteses, dois ou mais direitos exigem igual proteção.

É de se observar que, por certo, um conflito é capaz de acionar simultaneamente a necessidade de proteção de dois ou mais direitos fundamentais, idênticos ou não, ou seja, ao exercer um direito fundamental, um indivíduo pode encontrar pela frente, em condições completamente antagônicas e colidentes quanto ao seu direito, um outro titular de um direito fundamental que deseja igualmente exercê-lo. Diante disso, podemos esboçar um conceito para o instituto da colisão dos direitos

fundamentais como sendo o impasse que surge quando um titular de um direito fundamental, ao exercê-lo, impede ou dificulta que o titular de outro direito, também fundamental, o exerça plenamente (RODRIGUES, 2022, p. 09).

Uma vez constatado o conflito entre os direitos, necessário se torna a análise sobre qual deles irá se sobrepor ao outro, posto que, ainda que de forma parcial, ao conflito é preciso se dar uma solução para que não haja a simultânea violação de garantias constitucionais. Para tanto, há que se observar se a divergência é apenas aparente, ou se é autêntica. Para cada uma das situações, uma solução se aplicará.

Diante destas situações, devemos, inicialmente, fixar o âmbito de proteção de cada direito envolvido a fim de verificar a existência de uma colisão aparente ou autêntica. Sendo aparente a colisão, basta tutelar completamente o direito fundamental restringido em detrimento do outro. Entretanto, se a colisão for autêntica, não bastará uma mera subsunção, utilizando-se dos métodos hermenêuticos clássicos, hierárquico, cronológico e especialidade, para resolver a colisão. Diante de uma colisão autêntica, verificamos que o intérprete poderá utilizar-se do princípio da proporcionalidade, através dos seus subprincípios da adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, na busca de uma solução que se amolde aos ditames da constituição. Verificando-se que a medida a ser tomada para resolver a colisão é adequada e necessária, deve o intérprete se fazer valer do método da ponderação, atribuindo pesos ou valores aos direitos fundamentais conflitantes, a fim de analisar qual será o mais a medida mais razoável, resguardando, de acordo com o caso concreto, o núcleo essencial do direito (RODRIGUES, 2022, p. 19).

Quando os direitos em conflito são os analisados nesta pesquisa científica, quais sejam a liberdade de expressão em contraposição à honra, intimidade, privacidade e imagem da pessoa ofendida, diz a doutrina que a coalisão de garantias é apenas aparente, haja vista que a própria Constituição Federal estabeleceu os limites ao uso do direito fundamental suscitado.

A CF/88 veda toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística ou qualquer embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social. Ocorre que, muitas vezes, os apelos sensacionalistas exibidos em programas televisivos carecem de relevância social, e exploram demasiadamente e às vezes desproporcionalmente a imagem do indivíduo. A liberdade de expressão não dá direito a invadir a vida privada das pessoas. O direito de informar, não pode extrapolar os fins a que se propõe (RIBEIRO, 2016, p. 01).

Isso porque, conforme esclarece Moraes e Romeira "as restrições à liberdade de expressão de forma legal são possíveis quando buscam promover, atendendo ao critério da

proporcionalidade, outros valores e interesses também essenciais” (MORAIS e ROMEIRA, 2020, p.13).

De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Roraima, a limitação ao direito de liberdade de expressão encontra-se no próprio texto da Constituição Federal de 1988:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ACUSAÇÕES PROFERIDAS POR MEIO DE VEÍCULO DE COMUNICAÇÃO – LIBERDADE DE EXPRESSÃO – LIMITAÇÕES NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL – ART. 5., IV, IX E X DA CF – OFENSA À HONRA E À IMAGEM – CONFIGURAÇÃO DE ATO ILÍCITO PASSÍVEL DE INDENIZAÇÃO – ART. 186 DO CÓDIGO CIVIL – QUANTUM INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL E SUFICIENTE – RECURSO DESPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA. Embora o direito à liberdade de manifestação represente um dos fundamentos essenciais da sociedade democrática, não se pode esquecer que seu exercício encontra seu limite no próprio texto constitucional que, em seu art. 5º, X, assegura o direito à intimidade, vida privada, honra e a imagem, devendo, portanto, ser exercido de maneira responsável. Nesse contexto, as acusações proferidas pelo recorrente contra o recorrido, baseadas em suas próprias opiniões, uma vez que não menciona a fonte das informações ou qualquer outro elemento probatório dos fatos alegados, extrapola o direito de liberdade de expressão e enseja o dever de indenizar o abalo moral suportado pelo ofendido. O quantum indenizatório fixado na sentença vergastada mostra-se razoável e suficiente para amenizar o dano moral sofrido pelo ofendido e, ao mesmo tempo, inibir a reiteração da conduta ilícita. (TJ-RR – Tribunal de Justiça do Estado de Roraima – Apelação Cível AC XXXXX 0010.13.724371-2. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rr/631572268>>. Acesso em 29 out. 2022).

Acompanhando o entendimento anterior, o Tribunal de Justiça do Estado do Pernambuco, em sua jurisprudência, ressalta ainda que no conflito entre os direitos, há que se observar o caráter não absoluto do direito à liberdade de expressão, haja vista que a própria Carta Magna deixa clara a sua limitação.

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. PRECEITOS CONTIDOS NA CF/88. LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITAÇÃO À HONRA. À INTIMIDADE. À PRIVACIDADE E À IMAGEM. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. POSSIBILIDADE. REQUISITOS PRESENTES. CONCESSÃO. 1. A livre manifestação do pensamento não é um direito absoluto, limitando-se justamente à honra, à intimidade, à privacidade e à imagem, que anteparam o cometimento de exageros por parte daqueles que exercitam os outros direitos igualmente indispensáveis à efetivação da dignidade da pessoa humana, como o da liberdade de

expressão. 2. Presentes os requisitos legais previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil, a concessão da antecipação da tutela é medida que se impõe. Agravo de Instrumento parcialmente provido. Decisão unânime. (TJ-PE – Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco – Agravo de Instrumento AI XXXXX PE. 4ª Câmara Cível. Relator: Eurico de Barros Correia Filho. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-pe/158601296>>. Acesso em 29 out. 2022).

No mesmo sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins e Minas Gerais, respectivamente:

1. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. PUBLICAÇÃO EM WEBSITE COM CONOTAÇÃO CALUNIOSA EM FACE DE PREFEITA. RESPONSABILIDADE CIVIL DE INDENIZAR. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. MANUTENÇÃO. REDUÇÃO DO QUANTUM. POSSIBILIDADE. REFORMA PARCIAL. 1.1. Deve-se manter a Sentença recorrida que julga procedente o pleito de obrigação de não fazer e de indenização por danos morais, quando verificado que a publicação do requerido em website (palmasaqui) não apenas aborreceu a agente política, na sua função de prefeita, mas extrapolou os limites do direito de livre manifestação do pensamento, haja vista que ofendeu a sua honra e dignidade, por imputarem à prática de crime não comprovado ou mesmo investigado. 1.2. A liberdade de expressão é garantia constitucional fundamental, porém, não é ilimitada, e não pode convolar-se em direito à liberdade de desmoralização. Ao proferir: "prefeita taxada de ladra, ela preferiu a corrupção, a maioria receberam cargos e benesses, a lei das negociatas entra em vigor, eleita pela estratégia maquiavélica", o agente imputa graves condutas e cometimento de crimes em face da Administração, desassociadas de qualquer evidência ou investigação, o que caracteriza abuso ao direito de livre manifestação do pensamento, notadamente quando o teor da publicação possui tom de certeza, desprovido assim de indagação, tornando-se via de insulto ao patrimônio moral da parte ofendida, o que enseja a manutenção da indenização por dano moral fixada. 1.3. A verificação de que a parte requerente ajuizou demanda visando à indenização de danos morais em valor "não inferior" a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), e o julgador condena em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), não enseja a cassação da Sentença por, claramente, não ser extra petita. 1.4. Respeita aos princípios norteadores do instituto - razoabilidade e proporcionalidade - a redução do valor fixado, a título de indenização por danos morais decorrentes, de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para R\$ 10.000,00 (dez mil reais). (Apelação Cível 0015568-58.2021.8.27.2729, Rel. MARCO ANTHONY STEVESON VILLAS BOAS, GAB. DO DES. MARCO VILLAS BOAS, julgado em 06/10/2022, DJe 20/10/2022 18:19:33).

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ABSTENÇÃO DE PUBLICAÇÕES EM REDES SOCIAIS. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. POSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO. REQUISITO. PROVA ROBUSTA DE COLISÃO COM OUTRO DIREITO FUNDAMENTAL. NÃO OCORRÊNCIA. A Constituição da República (CR/88), em seu art. 5º, arrola como direito fundamental a liberdade de expressão. Contudo, não se trata de liberdade ampla e absoluta, uma vez que encontra limites quando confrontada com outros direitos fundamentais previstos no texto constitucional, como por exemplo, a honra de terceiros e o interesse público. Com a ampla disseminação de “fake news”, a liberdade de expressão para ser permitida deve guardar pertinência com a realidade, evitando-se gerar um desfavor contra a sociedade e a propagação de ideias falsas. Para se constatar a ocorrência de falsas notícias, exige-se a dilação probatória, por isso, mostra-se temerário “restringir uma voz” atuante em um município com a simples alegação de “fake news”. A liberdade de expressão é instrumento de garantia da democracia exigindo-se prova robusta de colisão com outros direitos fundamentais para se determinar a abstenção de publicações pelo Poder Judiciário. Recurso conhecido e provido. (BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJ-MG Agravo de Instrumento – Cv AI XXXXX11042981001 MG. Câmaras Cíveis / 8ª Câmara Cível. Relator: Fábio Torres de Sousa (JD Convocado). Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/1290609765>>. Acesso em 17 nov. 2022).

Em que pese o posicionamento jurisprudencial mencionado, é majoritário na doutrina o entendimento de que o conflito de direitos fundamentais deve ser analisado diante do caso concreto, utilizando-se da ponderação dos interesses em colisão a fim de estabelecer qual deverá prevalecer nas condições específicas apresentadas, sem esvaziar os direitos de forma completa, sem violar o seu núcleo essencial (RIBEIRO, 2016).

Assim, ante ao surgimento da violação ao direito, a parte vitimada deve procurar proteção do Judiciário, exigindo a retratação da parte que violou a garantia constitucional, requerendo inclusive a reparação via indenização, sendo analisada a situação de forma individualizada.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na qualidade de Estado Democrático de Direito, o Brasil se fundamenta em leis que asseguram aos cidadãos uma série de direitos humanos fundamentais, os quais não podem ser violados nem mesmo pelo Estado, já que indispensáveis à proteção da dignidade humana.

Neste interim, a Constituição Federal de 1988 apresenta em seu artigo 5º um extenso rol de direitos fundamentais pertencentes a todos os indivíduos que inclusive podem buscar salvaguarda judicial caso sejam violados.

Acontece que, por serem garantias de amplo alcance, não são poucas as situações em que um direito fundamental colide com o de outrem, de modo que, em uma colisão podem existir dois indivíduos, cada qual acobertado por uma garantia essencial. É o que acontece, por exemplo, com a liberdade de expressão, manifestada pela imprensa ou por um particular, em contraposição ao direito de outrem à intimidade, honra, vida privada e à imagem perante a sociedade.

Nessas situações, são comuns as manifestações de livre pensamento, contudo, diz a própria Constituição Federal que há um limite para gozo dessa garantia, a medida que, não se pode ofender a uma pessoa na sua intimidade.

Da realização da pesquisa perante a jurisprudência nacional, foi possível constatar que é majoritário o entendimento de relativização do direito fundamental à livre expressão e manifestação de imprensa quando colocado em contraposição aos direitos da dignidade humana, honra, nome, etc. Contudo, na prática, é preciso que o caso seja analisado de forma individualizada, utilizando-se da ponderação entre as garantias em risco, a fim de que nenhuma garantia essencial seja ignorada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ABDO, Helena. **Mídia e Processo**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROS, Bruno Mello Correa de; FLAIN, Valdirene Silveira. Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. Artigo publicado no **XIII Seminário Internacional: & IX Amostra Internacional de Trabalhos Científicos**. Marco Civil na Internet: Um Olhar Sobre a Proteção dos Direitos e Garantias dos Usuários na Sociedade em Rede, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 28 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 01 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 2.083, de 12 de novembro de 1953. **Regula a Liberdade de Imprensa**. Disponível em: <[BRASIL. TJ-MG **Agravo de Instrumento – Cv AI XXXXX11042981001 MG**. Tribunal de Justiça de Minas Gerais – Câmaras Cíveis / 8ª Câmara Cível. Relator: Fábio Torres de Sousa \(JD Convocado\).](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2083.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%202.083%2C%20DE%2012%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201953.&text=Regula%20a%20Liberdade%20de%20Imprensa.&text=Art%201%C2%BA%20C3%89%20livre%20a,de%20jornais%20e%20outros%20peri%C3%B3dicos.>>. Acesso em: 19 out. 2022.</p></div><div data-bbox=)

Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/1290609765>>. Acesso em 17 nov. 2022.

BRASIL. TJ-PE – Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco – **Agravo de Instrumento AI XXXXX PE**. 4ª Câmara Cível. Relator: Eurico de Barros Correia Filho. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-pe/158601296>>. Acesso em: 29 out. 2022.

BRASIL. TJ-RR – Tribunal de Justiça do Estado de Roraima – **Apelação Cível AC XXXXX 0010.13.724371-2**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rr/631572268>>. Acesso em: 29 out. 2022.

BRASIL. TJTO - **Apelação Cível 0015568-58.2021.8.27.2729**, Rel. Marco Anthony Steveson Villas Boas, Gab. Do Des. Marco Villas Boas, julgado em 06/10/2022, DJe 20/10/2022 18:19:33.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 10.ed. volume 1. rev. amp. e atual. Salvador, BA: JusPODIVM, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral**. 15.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. – 22. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. (Coleção esquematizado).

Liberdade de Imprensa X Liberdade de Expressão. TJDF, 2021. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/liberdade-de-imprensa-x-liberdade-de-expressao>>. Acesso em: 22 out. 2022.

NEVES, C. V., & ZADUSKI, D. (2018). A Liberdade De Expressão Nas Mídias Digitais Perante O Direito Constitucional. **Revista Jurídica**, 2(3), 88–102. Recuperado de <<https://periodicos.unidep.edu.br/rjfd/article/view/70>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 21 out. 2022.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. - 5. ed., rev., atual. e ampl.– Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

PIEROTH, Bodo **Direitos fundamentais**; tradutores António Francisco de Sousa e António Franco. – São Paulo : Saraiva, 2012.

RIBEIRO, Bárbara Maria Dantas Mendes. **Colisão de direitos fundamentais**. Jus.com, 07 de julho de 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/67467/colisao-de-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 31 out. 2022.

RIBEIRO, Thiago Santos. **Aparente conflito no caso concreto da liberdade de manifestação de pensamento e de expressão e o direito ao esquecimento e a ponderação de interesses como solução.** Jus.com, 19 de setembro de 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52218/aparente-conflito-no-caso-concreto-da-liberdade-de-manifestacao-de-pensamento-e-de-expressao-e-o-direito-ao-esquecimento-e-a-ponderacao-de-interesses-como-solucao>>. Acesso em: 31 out. 2022.

RODRIGUES, Arthur Martins Ramos. **A Colisão entre Direitos Fundamentais.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/arthur_martins_ramos_rodrigues.pdf>. Acesso em: 30 out. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Silva Alves Guimarães, J. A., Silva & Silva Alves Guimarães, A. J. (2021). A liberdade de expressão e o direito ao esquecimento. **REVISTA ELETRÔNICA DA PGE-RJ**, 4(1). Disponível em: <<https://doi.org/10.46818/pge.v4i1.219>>. Acesso em: 16 nov 2022.

TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. **Revista Informação Legislativa**, Ano 50 Número 200 out./dez. 2013. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p61.pdf>. Acesso em: 28 out. 2022.

UMA ANÁLISE ACERCA DA SONEGAÇÃO DE IMPOSTOS NO BRASIL E POTENCIAIS DANOS CAUSADOS À SOCIEDADE

LUCIANO DOS SANTOS ALVES: Graduando em Direito pelo Centro Universitário Fametro

RESUMO: O respectivo trabalho estuda sob diversos aspectos a Sonegação de Impostos no Brasil. Um problema que afeta a sociedade como um todo, visto que a sua prática afeta a educação, a saúde e outros direitos sociais. Apresenta dados estatísticos comprovando a grande prática do ato, impactando na economia do país. Descreve o problema, e ensina a lidar com o ato, apresentando soluções. É de suma importância visto que as pessoas ainda têm certo desconhecimento acerca do assunto, e as vezes até pratica o crime, mesmo sem saber. O dinheiro sonegado é um dinheiro que nem chegou aos cofres públicos e assim não pode ser direcionado a quem é de direito: o cidadão, por meio de programas e políticas públicas (saúde, educação, segurança). Já o dinheiro da corrupção chegou aos cofres públicos, mas foi desviado. O imposto precisa chegar ao erário para que o serviço público possa ser direcionado ao cidadão. Por isso, é preciso que cada um tenha consciência de fazer a sua parte e como o cidadão pode ajudar nesse combate à sonegação fiscal. É importante que cada um saiba que no dinheiro pago nos produtos está incluído o valor do tributo. Quando o consumidor efetua o pagamento àquela empresa, o empresário tem por dever legal repassar ao Estado. Diferente da corrupção, na sonegação o dinheiro não chega a ser nem recolhido pelo Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Sonegação de Impostos. Brasil. Sociedade. Direitos sociais. Economia.

ABSTRACT : The respective work studies tax evasion in Brazil from different aspects. A problem that affects society as a whole, as its practice affects education, health and other social rights. It presents statistical data proving the great practice of the act, impacting the country's economy. Describes the problem, and teaches how to deal with the act, presenting solutions. It is of paramount importance since people still have a certain lack of knowledge about the subject, and sometimes even commit the crime, even without knowing it. The evaded money is money that has not even reached the public coffers and therefore cannot be directed to the rightful person: the citizen, through public programs and policies (health, education, security). Corruption money reached the public coffers, but was diverted. The tax needs to reach the treasury so that the public service can be directed to the citizen. Therefore, it is necessary that everyone is aware of doing their part and how the citizen can help in this fight against tax evasion. It is important for everyone to know that the money paid for products includes the tax amount. When the consumer makes the payment to that company, the entrepreneur has a legal duty to pass it on to the State. Unlike corruption, in tax evasion the money is not even collected by the State.

KEYWORDS: Tax Evasion. Brazil. Society. Social Rights. Economy.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho de pesquisa conforme fora mencionado, abrange de forma geral a sonegação de impostos no Brasil e potenciais danos causados à sociedade. Explica o respectivo conceito, sob a ótica de alguns autores especialistas no assunto. Demonstra dados que comprovam a existência global do ato. Em tópico posterior aborda a forma na qual a sociedade é afetada, para onde vai o dinheiro dos impostos sonegados e o devido impacto na economia do país.

Em seguida, apresenta as formas, tipos de sonegações de impostos, como denunciar e a devida aplicabilidade na legislação cabível.

2 O QUE É SONEGAÇÃO FISCAL

Ao pé da letra, sonegar significa esconder algo. Relacionado aos tributos, ocorre independentemente de dolo. Em muitos casos, o agente pratica sem a devida ciência do ato. Nesse sentido, Moraes (2022) explica:

Sonegar significa, objetivamente, esconder ou omitir algo de alguém. No caso dos impostos, a sonegação acontece quando uma pessoa ou empresa oculta dos órgãos governamentais informações sobre rendimentos ou atividade econômica praticada. Ao sonegar informações que servem de base de cálculo para cobrança de impostos, a empresa estaria tentando não os pagar ou pagar um valor menor do que o devido.

A Equipe archivei (2021) define: A sonegação de impostos, também conhecida como evasão fiscal, **é o não pagamento proposital ou o pagamento insuficiente de impostos devidos**. O termo se aplica a qualquer pessoa que deixa de pagar os tributos devidos, por meio de declarações fraudulentas ou informações que não correspondem à realidade.

A expressão é bastante conhecida e falada. No entanto, ainda existem muitas dúvidas e muita falta de conhecimento aprofundado sobre o que é sonegação de impostos. Da mesma forma, muitos desconhecem o peso e as verdadeiras consequências para quem sonega o fisco. Especialmente quando se trata de empresas, que muitas vezes se veem perdidas em uma malha de burocracia e tributos de cálculos complexos.

Isso pode ser feito de várias formas, ocultando documentação fiscal (notas e recibos) ou colocando os bens em nomes de outros (os chamados laranjas). Também é possível alterar indevidamente os valores de produtos e serviços (vender por um valor, mas declarar outro) ou registrar uma empresa em algum paraíso fiscal (países onde os impostos são menores). De todo o modo, a sonegação de impostos sempre afeta a sociedade.

Moraes e Smanio fazem a seguinte definição de sonegação fiscal: "sonegação fiscal é a ocultação dolosa, mediante fraude, astúcia ou habilidade, do reconhecimento de tributo devido ao Poder Público". (ANDREUCCI p. 353, 2018).

Além de definirem o que seja sonegação fiscal os supracitados doutrinadores informam que a lei não fez a conceituação explícita de sonegação fiscal, porém adotou como critério para conceituar o delito em comento os delitos contra a ordem tributária, a supressão ou redução de tributos ou contribuição social ou acessório, e depois enumerando, taxativamente, quais as modalidades de conduta que podem levar a tal supressão ou redução, constituindo genericamente o que seja sonegação fiscal. (ANDREUCCI p. 353, 2018).

2.1 Elemento Subjetivo

Conforme os ensinamentos de ANDREUCCI, o elemento subjetivo dos crimes de sonegação fiscal consiste na vontade livre e consciente de praticar as condutas típicas. (p. 352, 2018).

Sendo assim, o sujeito ativo deve ter dolo específico, cuja intenção seja a de suprimir ou reduzir o pagamento dos tributos devidos ao ente tributante. Porém, por se tratar de crime material, ou seja, que depende do resultado, caso o sujeito ativo não consiga efetivar a sonegação, não poderá ter sua conduta tipificada nos artigos 1º e 2º da 8.137/1990, porém deverá responder por condutas típicas que estão previstas no Código Penal Brasileiro.

Nesse sentido já se pronunciou o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conforme se percebe no julgado retrotranscrito:

“O crime de sonegação fiscal apenas se consuma quando presente o dolo específico em fraudar o fisco”. (TJSP. Apelação nº 245.615-3. Julg. 29 de março de 2000).

2. 2 Sonegação de impostos: um problema global

Em alguns países, como no Brasil, os mais ricos pagam proporcionalmente menos impostos que os países pobres, aponta a OXFAM. Isso porque nossa tributação recai mais sobre o consumo, e não sobre a renda e patrimônio. Muitas das maiores empresas do mundo abusam de paraísos fiscais para pagar menos impostos e algumas chegam até mesmo a não pagar nada.

Em todo o mundo, a sonegação fiscal atingiu proporções epidêmicas. Estudos mostram que, na menor das estimativas, pelo menos US\$ 8 trilhões – perto de 10% do PIB mundial – estão escondidos em paraísos fiscais. Ainda temos um outro estudo recente do FMI que estima um total de 40% do investimento estrangeiro direto – cerca de US \$ 15 trilhões – passando por empresas de fechada sem atividades comerciais reais.

3 COMO A SONEGAÇÃO AFETA A SOCIEDADE

A conta acaba ficando para o cidadão comum, que tem seus impostos aumentados para compensar a sonegação de impostos dos super-ricos.

A situação é ainda mais dramática em países mais pobres. Na África, por exemplo, receitas perdidas por causa da sonegação de impostos dos super-ricos são estimadas em US\$ 14 bilhões por ano. De acordo com a Oxfam (2018):

Esse dinheiro poderia cobrir os custos de cuidados com a saúde de 4 milhões de crianças e empregar professores suficientes para educar todas as crianças do continente. Estima-se que a África perca mais dinheiro com evasão fiscal do que recebe de ajuda humanitária internacional. Fica bem claro, assim, como a sonegação de impostos afeta a sociedade.

3.1 Para onde vai o dinheiro da sonegação de impostos?

A OXFAM (2018), afirma: para os paraísos fiscais. Quando se abre uma empresa em um país onde praticamente não há tributação, mais do que a sonegação de impostos, isso acarreta no aumento da desigualdade. A melhor pergunta seria: para onde o dinheiro dos impostos deixa de ir?

Os milhões sonegados todos os anos refletem em menos escolas, hospitais, segurança pública e outros serviços que afetam a todos. Precisamos lutar por um sistema justo de cobrança de impostos, que seja transparente, equilibrado e com mecanismos que combatam a corrupção, promovem a expansão do alcance de políticas públicas, em especial das sociais, e combatem a pobreza extrema.

4 IMPACTO NA ECONOMIA

A sonegação de impostos, somada as isenções fiscais que privilegiam a parcela mais rica da população brasileira, levam a uma perda de arrecadação de R\$ 900 bilhões anuais. Isso representa 12,8% do PIB e 64% da arrecadação anual da União. Assim, fica bem evidente como a sonegação de impostos afeta a sociedade, não?

Esse é um dinheiro que faz muita falta. O jurista americano Oliver Wendell Holmes declarou uma vez que “Impostos são o preço que se paga por uma sociedade civilizada”. Quando pagamos um imposto, estamos fazendo a nossa parte para que o governo possa oferecer os serviços públicos essenciais a toda população – especialmente às pessoas mais vulneráveis, aquelas em situação de pobreza.

Assim, esse déficit de arrecadação representa menos investimentos em serviços públicos, que beneficiam a toda a população.

4.1 A importância de evitar a sonegação fiscal

O Brasil perdeu R\$ 417 bi por ano com sonegação de impostos, segundo o estudo do IBPT, a pesquisa mostra que R\$ 2,33 trilhões não são declarados.

As sonegações das empresas foram levantadas com base nos autos de infrações emitidos pelos fiscos federal, estaduais e municipais.

Segundo a pesquisa esses valores são apenas uma estimativa, a sonegação total pode ser maior que a levantada. Para que o levantamento pudesse ser 100% preciso o fisco teria que ter conseguido autuar todos que sonegam, o que sabemos não ser possível hoje. O estudo estima que 64,9% do que foi sonegado foi autuado.

Segundo o levantamento, o ICMS foi o imposto mais sonegado em 2018, mas em 2019 o IR superou os números do ICMS.

O levantamento também mostrou que as empresas de médio porte representam 31% dos sonegadores, as de grande porte 16% e as de pequeno porte 47%.

O setor industrial foi o que mais sonegou, seguido pelas empresas de serviços financeiros e demais empresas de serviço. O comércio ficou na quarta posição na categoria geral, mas se observar apenas o ICMS ele é o que mais sonega.

A maior quantidade de autos de infração ocorreu em novembro, mês da Black Friday, portanto um mês com um considerável aumento de vendas.

As sonegações fiscais, no entanto, estão em queda, apesar dos números ainda estarem na casa dos bilhões, se comparar o ano de 2002 com o ano de 2009, temos um percentual de arrecadação que de 32% caiu para 19%.

O cruzamento eletrônico de dados feito pelos fiscos e a melhoria da qualidade da fiscalização ajudaram nessa queda dos números.

As empresas precisam com isso ver que cada ano fica mais difícil sonegar impostos no país, pois a cada ano os fiscos estão melhorando seus controles.

O empresário que vende sem nota fiscal, faz uso de notas frias, ou emite notas com valor mais baixo que o real, e precisa deixar de adotar essas práticas. Já é fato que elas estão se tornando cada vez mais arriscadas. A empresa que vende no cartão por exemplo, muitas vezes não sabe, mas as administradoras dos cartões enviam mensalmente dados das vendas por empresa a muitos fiscos estaduais. Com isso, se você faz uma venda e não emitir a nota fiscal referente a venda no cartão, vai ter que pagar esse imposto não pago. Isso sem contar que o Sistema Público de Escrituração Digital (SPED) dá a Receita Federal toda a contabilidade da empresa.

O contribuinte deve ter cuidado e não ocultar documentos fiscais em suas declarações, deve sempre apresentar todas as notas e demais documentos que ensejam débito ou crédito de tributos. O contribuinte deve sempre ter muito cuidado para nunca declarar valores a menor que os verdadeiros na parte de débitos, ou créditos maiores que os devidos.

Ao mesmo tempo vale lembrar que as pessoas físicas que tentam “driblar” o IRPF, também tem caído na malha fina. O uso de lançar deduções médicas sem ter os devidos documentos comprobatórios são uma das causas mais comuns de ser pego pelo Leão. Existem outras situações que também são muito frequentes como não declarar a renda recebida de aluguéis.

De maneira geral, muitos ainda desconhecem o peso das verdadeiras consequências de sonegar impostos. O Brasil também é um país que tem uma malha burocrática e tributos com cálculos complexos, então não podemos dizer que em todos os casos existe má fé, e sim mero desconhecimento das regras tributárias. Ter uma empresa em um país com tantos detalhes tributários e elevada carga gera muitos riscos. As empresas mais do que nunca precisam de uma assessoria tributária que as ajudem a pagar seus tributos da maneira correta, atendendo as regras tributárias brasileiras e com o menor custo possível.

Os empresários que fazem uso dessas práticas de sonegação, estão cometendo crime, lembrando que sonegação difere de inadimplência. O ato de sonegar tributos é crime de acordo com a lei 8.137 de 1990. A sonegação pode inclusive levar a prisão, com pena de seis meses a dois anos, além de multa, em caso de réu primário há a possibilidade de se evitar a prisão, mas a multa aumenta para dez vezes o tributo sonegado.

Na sonegação existe um ato para ocultar o fato gerador ocorrido para não se pagar os tributos, já a inadimplência ocorre quando a empresa deixa de pagar seus tributos, mas declarou tudo corretamente. O contribuinte com problemas financeiros é o que comumente fica inadimplente, mas ressalto novamente, nesse caso não existe fraude. Já que ela só não está pagando seus tributos, claro que ao fazer o pagamento haverá a incidência de multa e juros por atraso, mas não por autuação fiscal.

5 FORMAS DE SONEGAR IMPOSTOS

Infelizmente, existem diversas maneiras diferentes de burlar o governo e sonegar impostos aos cofres públicos. Vamos listar alguns dos tipos de evasão fiscal (Equipe Arquivoi, 2021).

5.1 Ocultar documentos fiscais

Isso ocorre quando a empresa opta por não apresentar documentos fiscais como notas, recibos e outros que comprovam a movimentação de caixa no momento de fazer a declaração à Prefeitura, à Secretaria da Fazenda ou à Receita Federal.

5.2 Alterar informações

Neste caso, há emissão de notas fiscais indicando valores fraudulentos, ou declaração de vendas de produtos diferentes dos quais você comercializa, alteração na quantidade de unidades vendidas etc. Ao mentir informações como essas é possível reduzir o imposto devido, com uma alíquota menor do que a real. Embora a ocultação pareça mais sutil, essa sonegação pode ser considerada tão grave quanto.

5.3 Paraísos fiscais

Um paraíso fiscal é geralmente um país que oferece a indivíduos e empresas estrangeiros pouca ou nenhuma responsabilidade fiscal em um ambiente político e economicamente estático. Normalmente, os paraísos fiscais não exigem residência ou presença comercial para que indivíduos e empresas se beneficiem de suas políticas fiscais.

5.4 Utilização de Laranjas

Laranjas são pessoas registradas como se fossem proprietários de determinadas empresas. Em alguns casos essas pessoas nem sabem que seus nomes e documentos estão sendo utilizados para registro em contrato social.

6 COMO EVITAR A SONEGAÇÃO DE IMPOSTOS

A melhor forma de evitar erros e a sonegação acidental de impostos, de acordo com o blog Contabilizei, é tendo um bom contador acompanhando os números da empresa, não há dúvidas quanto a isso. É claro, para quem é Microempreendedor Individual (MEI), o contador não é uma obrigação, mas ainda assim pode ser um grande aliado nas rotinas administrativas.

Já para as pequenas e médias empresas, o contador torna-se indispensável para, entre outras coisas, realizar um planejamento tributário que garantirá a não sonegação de impostos e saúde financeira da empresa.

O planejamento tributário tem funções organizacionais e estratégicas.

Organização: Para garantir o cumprimento das operações corretamente e evitar a sonegação de impostos, garantindo que todos sejam pagos nos prazos previstos – o planejamento tributário irá inclui-los entre as suas tarefas no planejamento da sua rotina de trabalho e mantê-lo em harmonia com a sua contabilidade.

Estratégia: Aqui a sua contabilidade deverá auxiliar sobre qual o regime tributário mais indicado para enquadrar a sua empresa e esclarecer sobre os detalhes de suas características fiscais. As respostas mudam de acordo com algumas variáveis, como:

Setor de atividade

Estrutura do capital

Modelo de contratação de colaboradores

Diferente do que é dito pela maioria, o planejamento tributário é mais do que apenas pagar seus impostos em dia. É saber como pagá-los em dia no regime tributário no qual se está inserido, sem comprometer a saúde financeira do seu negócio.

Um bom planejamento tributário garantirá que você não pratique sonegação de impostos, bem como pode permitir a postergação no pagamento de alguns impostos com recursos que evitam a incidência de multas. Isso permite um respiro no fluxo do seu caixa.

O artigo 1º da Lei 4.729/65 descreve várias condutas que se enquadram como crime de sonegação como: prestar declaração falsa ou omitir informações necessárias ao Fisco; alterar ou fraudar livros exigidos pelas leis fiscais; alterar fatura ou documentos relativos a operações mercantis; aumentar despesas para obter redução de impostos, dentre outras.

A pena prevista é de detenção de 6 meses a 2 anos, e multa. No caso de o condenado ser primário, a pena será apenas multa, cujo valor será 10 vezes o valor do tributo.

No caso de o crime ser cometido por funcionário público com atribuições relacionadas com a fiscalização e arrecadação de tributos, a pena será 3 vezes maior.

6.1 Como fazer uma denúncia de sonegação de impostos

Ensina TORRES (2022): A pessoa (física ou jurídica) que deseja registrar uma denúncia de sonegação de impostos pode escolher entre ser identificada ou de forma anônima, se assim preferir.

Para realizar a denúncia, o cidadão ou empresa pode acessar o e-CAC (Centro de Atendimento Virtual) da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) e acessar o link “Canal de Denúncias Patrimoniais” onde encontrará a opção de denúncia identificada ou anônima.

Caso o denunciante venha seja identificável, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional poderá entrar em contato com em busca de mais informações antes de proceder com a investigação. É possível o acompanhamento do andamento das ações pelo e-CAC.

Para realizar a denúncia é preciso do CPF ou CNPJ do denunciado, nome, o tipo de denúncia a ser feita e o seu conteúdo. Pode-se ainda anexar documentos, imagens, vídeos e áudios a fim de facilitar a investigação.

7 O CRIME DE SONEGAÇÃO DE IMPOSTOS

O crime de sonegação de impostos é comparado ao desvio de verba no meio político, já que em ambos o que acontece é um prejuízo ao município, estado ou país em prol do lucro individual, afirma TORRES (2022). O prejuízo anual causado aos cofres públicos pela sonegação de impostos envolve muito dinheiro.

Devido as multas aplicadas sobre o crime de sonegação de impostos, as empresas que são pegas praticando o ato muitas vezes terminam em falência.

Além disso, de acordo com as decisões judiciais e a modalidade fiscal da empresa, todos os sócios podem ser penalizados. E para arcar com as multas impostas, pode ser demandada a penhora dos bens da empresa ou dos sócios. Além da possibilidade de detenção de seis meses a dois anos ao depender da gravidade do caso.

As consequências de tal ato podem atingir um negócio de diversas maneiras, assim como criminalizar pessoas ligadas a ele por associação, e conforme já mencionado, até mesmo obrigar uma empresa a encerrar suas atividades.

As informações corretas sobre como manter as contas dentro da Lei devem ser lidas com cuidado e a melhor maneira de fazer isso é possuindo pessoas dedicadas a leitura e aplicação do material ou ajuda contábil especializada.

Os responsáveis pela empresa, assim como seus diretores e funcionários de áreas relacionáveis a fraude podem ser punidos pelo Ministério Público de acordo com o veredito do diagnóstico realizado pelo órgão.

7.1 Crimes de sonegação fiscal e contra a ordem tributária

Os Crimes de sonegação fiscal estão previstos na Lei 4.729/1965, embora a doutrina majoritária entenda que essa Lei fora revogada tacitamente pela Lei 8.137/1990 que trata dos crimes contra a ordem tributária.

Hugo de Brito Machado, ensina que a Lei 4.729/1965 trouxe a definição de crime de sonegação fiscal como comportamentos descritos de forma

casuística, estando relacionado com o dever tributário. Sendo que essa lei fora criada com o desejo das autoridades que pretendiam utilizar dessa norma legal com a intenção de intimidar os contribuintes que sonegavam os impostos. (Curso de Direito Tributário Brasileiro. 28ª Ed. 2007. p. 500).

Ainda de acordo com o mencionado autor, na realidade com a criação da Lei 4.729/65 as pessoas que sonegavam tributos ao invés de serem punidos de maneira mais grave, obtiveram na realidade favorecimento pela aplicação do princípio da especialidade. Tendo em vista que as infrações realizadas e que estavam tipificadas na mencionada Lei, poderiam ser capituladas no artigo 171, o qual define o crime de estelionato, ou nos artigos 297, 298, ou 299, todos do Código Penal, os quais definem os crimes de falsidade material ou ideológica de documentos. (Curso de Direito Tributário Brasileiro. 28ª Ed. 2007. p. 500-501).

Também entende que houve a revogação da Lei 4.729/65 o tributarista Luciano Amaro, quando afirma:

A Lei n. 8.137/90, ao definir os crimes contra a ordem tributária, reescreveu a lista dos crimes antes designados de "sonegação tributária", pela Lei 4.729/65. (p. 465, 2018).

O doutrinador criminalista ANDREUCCI, comentando os crimes contra a ordem tributária, também se posiciona pela derrogação da Lei 4.729/65 com a entrada em vigor da Lei 8.137/90, embora o mencionado autor entenda que não é consenso esse posicionamento na doutrina brasileira.

Nesse sentido afirma o renomado doutrinador:

É que a Lei n. 8.137/90, além de preservar as figuras típicas contidas na legislação anterior, criou outras novas, dando redação mais técnica aos dispositivos e eliminando disposições inúteis. (p. 351, 2018).

7.2 Crimes contra a ordem tributária

Superada a discussão sobre a revogação da Lei 4.729/1965 pela Lei 8.137/1990, entra-se na análise dos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/1990, que trata dos Crimes contra a Ordem Tributária.

Assim, dispõe o artigo 1º:

Art. 1º- Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa à venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

(....)

Já o artigo 2º da mesma Lei, dispõe:

Art. 2º. Constitui crime da mesma natureza:

fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgãos ou entidade de desenvolvimento;

utilizar ou divulgar programas de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Conforme se percebe o artigo 1º em seu “caput”, determina que a supressão ou redução do tributo constitui crime de sonegação fiscal e contra a ordem tributária. O verbo suprimir indica que o agente ativo do crime em epígrafe agiu com dolo específico no sentido de não pagar qualquer valor referente aos tributos devidos ao ente público. Já a redução dos tributos refere-se à diminuição no pagamento de algum tributo devido, dessa forma, a ilicitude do ato estará relacionado ao valor pago que será menor do que aquele realmente devido pelo contribuinte.

Além dos verbos acima citados, os incisos dos artigos 1º e 2º, trazem um rol extenso de verbos que indicam o crime de sonegação fiscal e contra a ordem tributária, quais sejam:

- a) omissão de informações ou prestação de declaração falsa às autoridades fazendárias;
- b) fraude à fiscalização tributária;

- c) falsificação ou alteração de documento relativo a operação tributável;
- d) elaboração, distribuição, fornecimento, emissão ou utilização de documento falso ou inexato;
- e) negativa ou ausência de fornecimento de nota fiscal ou fornecimento em desacordo com a legislação;
- f) declaração falsa ou omissão de declaração;
- g) exigência, pagamento ou recebimento de percentagem sobre a parcela de imposto ou contribuição;
- h) omissão ou aplicação indevida de incentivo fiscal ou parcelas de imposto;
- i) utilização ou divulgação indevida de programa de processamento de dados

8 CONCLUSÃO

Um problema como a sonegação de impostos não é tão simples de resolver. O sistema e a lei tributária são temas um tanto complexos, cujos grande parte da população ainda desconhece. E a sua prática, de acordo com tudo exposto, afeta diretamente a sociedade.

Mas a evasão fiscal dá a possibilidade de ganhos financeiros ilegais que as pessoas tentam esconder e evitar impostos ao fazer isso. Sonegar impostos é prejudicial para o crescimento sustentável e de melhorias da sociedade e de toda a nação.

Afinal, o governo não tem fundos suficientes para atender as demandas públicas, pois não recebem o imposto correto pago a ele. A sonegação de impostos também coloca uma carga excessiva sobre os contribuintes que honestamente pagam impostos todas as vezes.

Para evitar surpresas e estar sempre em dia com as leis, é essencial contar com profissionais de confiança, altamente capacitados e que estejam sempre atualizados sobre a legislação. Se você é empreendedor, conheça ao menos o mais básico das leis tributárias que dizem respeito ao seu negócio.

Portanto, enfrentar essa questão passa por diversas esferas e uma delas é a fiscalização. Mas a Receita Federal tem pouco estrutura tecnológica para uma fiscalização efetiva.

Por mais que sejam criados softwares interessantes de cruzamento de dados e de controle de integração, os equipamentos não têm capacidade para suportá-los. É necessário que seja investido mais na administração e sua infraestrutura e na contratação de pessoal.

Outro aspecto importante para enfrentar a sonegação de impostos passa por uma reforma tributária justa. O atual sistema permite que as empresas com maior faturamento possam pagar menos

impostos que as médias e pequenas empresas. Isso pode ocorrer porque cada uma tem um regime diferente de tributação.

Enquanto as pequenas e médias empresas contribuem sobre um valor mais fixo, as grandes corporações pagam sobre um lucro real, que elas conseguem reduzir muito, por estratégias ou brechas. Portanto, é essencial conter essas possibilidades de redução da tributação das grandes empresas.

9 REFERÊNCIAS

ARQUIVEI, Equipe. 24 de Março de 2021, Disponível em: <https://arquivoi.com.br/blog/sonogacao-de-impostos-o-que-e-e-como-manter-o-controle-fiscal/>

CONTÁBIL, Site. 22 de Dezembro de 2020, Disponível em: https://sitecontabil.com.br/noticias_empresariais/ler/tributario---a-importancia-de-evitar-a-sonogacao-fiscal

TORRES, Vitor. 11 de Outubro de 2022, Disponível em: <https://www.contabilizei.com.br/contabilidade-online/sonogacao-de-impostos/>

NASCIMENTO, Jefferson. 18 de Fevereiro, Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/blog/voce-sabe-como-a-sonogacao-de-impostos-afeta-a-sociedade/>

MARÇAL, Marina. 18 de Fevereiro, Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/blog/voce-sabe-como-a-sonogacao-de-impostos-afeta-a-sociedade/>

CARVALHO, Renata. 29 de Setembro de 2020, Disponível em: <https://www.sefaz.pb.gov.br/announcements/9463-o-papel-do-cidadao-no-combate-a-sonogacao-e-o-tema-do-conectando-cidadania>

CAPITAL, Carta. 29 de Maio de 2017. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/economia/por-que-se-sonoga-tantos-impostos-no-brasil/>

Ministério da Economia, 24 de Março de 2022, Combate à Sonogação. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/noticias/sonogacao>

NUNES, Pablísia. 05 de Novembro de 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33414/crimes-de-sonogacao-fiscal-e-contra-a-ordem-tributaria>

Revista Governança Tributária, 18 de Novembro de 2020. Disponível em: <https://educacao.ibpt.com.br/caso-ricardo-eletro-responsabilizacao-socios-e-administradores-crimes-tributarios-e-o-planejamento-tributario-como-necessidade-empresarial/>

ANDREUCCI, Ricardo, 2018, Legislação Penal Especial.

O CRIME DE PEDOFILIA NA INTERNET DURANTE A PANDEMIA DO COVID-19

VINICIUS EMANUEL DINIZ CAVALCANTE:
Acadêmico de Direito da Faculdade São Lucas.

VICTORIA BEATRIZ BARROS DA SILVA¹⁵

(coautora)

ANA CLÁUDIA BARROSO

(orientadora)

Resumo: O presente artigo visou estudar o crime de pedofilia na internet durante o período da pandemia por Covid-19. Neste sentido, a problemática ocorreu devido ao aumento do crime de pedofilia virtual em meio à pandemia. Sendo assim, por meio da aplicação da Lei nº 11.829/2008 o crime de publicação de imagens de pornografia infantil prevê pena de três a seis anos de reclusão. E com aplicação do Projeto de Lei nº 4406, de 2020 os crimes relacionados à prática da pedofilia serão inafiançáveis. Desta forma, objetivo geral foi analisar o aumento da prática do crime de pedofilia virtual durante a pandemia por covid-19. Portanto, a metodologia ocorreu pelo método dedutivo, de modo exploratório, de pesquisa bibliográfica sobre o crime de pedofilia na internet durante a pandemia do covid-19, com o objetivo de esclarecer se ocorreu aumento da prática deste crime. Ademais, a pesquisa bibliográfica servirá de base para se obter um melhor embasamento teórico do tema em estudo. Para coletar informações sobre o tema e descrevê-lo foram utilizadas fontes secundárias como livros, artigos, dissertações e sites da internet. Está pesquisa demonstrou somente as informações mais importantes para o estudo, visando promover uma reflexão acerca da legislação que contempla o crime de pedofilia na internet.

Palavras-chaves: Covid-19. Internet. Pedofilia.

Abstract: This article aimed to study the crime of pedophilia on the internet during the period of the Covid-19 pandemic. In this sense, the problem occurred due to the increase in the crime of virtual pedophilia in the midst of the pandemic. Therefore, through the application of Law nº 11.829/2008, the crime of publishing images of child pornography provides for a penalty of three to six years of imprisonment. And with the application of Bill No. 4406, from 2020, crimes related to the practice of pedophilia will be non-bailable. In this way, the general objective was to analyze the increase in the practice of the crime of virtual pedophilia during the covid-19 pandemic. Therefore, the methodology used the deductive method, in an exploratory way, of bibliographic research on the crime of pedophilia on the internet during the covid-19 pandemic, in order to clarify whether there was an increase in the practice of this crime. Furthermore, the bibliographic research will serve as a basis to obtain a better theoretical foundation of the subject under study. To collect information on the topic and describe it, secondary sources such as books, articles, dissertations

¹⁵ Acadêmica de Direito da Faculdade São Lucas.

and internet sites were used. This research showed only the most important information for the study, aiming to promote a reflection on the legislation that contemplates the crime of pedophilia on the internet.

Keywords: Covid-19. Internet. Pedophilia.

Sumário: Introdução. 1. Contextualização sobre o crime de pedofilia. 1.1 O crime de pedofilia na internet. 1.1.1 Casos de pedofilia em Porto Velho/RO. 1.2 Cyberpedófilos na legislação. 1.2.1 A ciberpedofilia em números. 2 O crime de pedofilia na pandemia do covid-19. 2.1 O aumento do crime de pedofilia na pandemia. 2.2 O combate ao crime de pedofilia. 2.3 A efetividade da pena aplicada ao pedófilo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O uso da internet acarretou no aparecimento de novos tipos de crimes ou novas formas de praticar os já conhecidos tipos penais, surgindo os crimes de informática, principalmente em época de pandemia, o que acarretou maior utilização da tecnologia e da internet. A internet é um caminho mais fácil para o crime de pedofilia, que é caracterizada como um desvio sexual em que o sujeito possui atração por crianças ou adolescentes sexualmente imaturos, através da erotização ou pratica atos obscenos e libidinosos.

Neste sentido, surge a seguinte problemática: ocorreu aumento do crime de pedofilia virtual em meio à pandemia?

Sendo assim, por meio da aplicação da Lei nº 11.829/2008 o crime de publicação de imagens de pornografia infantil prevê pena de três a seis anos de reclusão; e com aplicação do Projeto de Lei nº 4406, de 2020 os crimes relacionados à prática da pedofilia serão inafiançáveis.

Desta forma, o objetivo geral é analisar o aumento da pratica do crime de pedofilia virtual durante a pandemia por covid-19. Já os objetivos específicos são: verificar quais as legislações vigentes que vedam a pratica do crime de pedofilia; identificar as formas de prevenção no combate ao crime de pedofilia; compreender os métodos utilizados no crime de pedofilia na pandemia.

Ora, dos crimes praticados através da Internet a pedofilia é sem sombra de dúvidas o que causa maior repúdio e revolta na sociedade. É inaceitável o constrangimento ao qual as crianças e adolescentes são submetidos para saciar o prazer doentio e repugnante de pessoas imorais. A pedofilia tira da criança o que ela tem de mais valioso, sua inocência, sua infância.

Sendo assim, a metodologia aplicada, foi por meio de pesquisa bibliográfica, que servirá de base para se obter um melhor embasamento teórico do tema em estudo. E para coletar informações sobre o tema e descrevê-lo foram utilizadas fontes secundárias como livros, artigos, dissertações e sites da internet. Além disso, está pesquisa demonstrou somente as informações mais importantes para o estudo, visando promover uma reflexão acerca da legislação que contempla o crime de pedofilia na internet.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO SOBRE O CRIME DE PEDOFILIA

A pedofilia consiste num distúrbio de conduta sexual, no qual o indivíduo adulto sente desejo compulsivo por crianças ou pré-adolescente, podendo ter caráter homossexual ou heterossexual. *“Na maior parte dos casos trata-se de homens, muitos deles casados, que se sentem incapazes de obter satisfação sexual com uma pessoa adulta”* (CASTRO, 2020, p.01).

Assim, a pedofilia é um distúrbio do comportamento classificado como uma Parafilia, que representam como diferentes formas de perversão sexual, e tem como característica principal é a *“recorrência de comportamentos, anseios e fantasias sexuais intensas, geralmente por objetos não-humanos, sofrimento de si ou seu parceiro, e crianças ou pessoas sem o seu consentimento”* (MORAIS, 2021, p.01).

Além disso, a pedofilia seria caracterizada como um desvio sexual em que o sujeito possui atração por crianças ou adolescentes sexualmente imaturos, através da erotização ou pratica atos obscenos e libidinosos. Nessa visão, *“a pedofilia seria um distúrbio sexual no qual o indivíduo adolescente ou adulto possui um desejo/atração sexual por crianças e pré-adolescentes”* (MORAIS, 2021, p.01).

Ademais, a pedofilia é uma doença, que segundo a Classificação internacional de Doenças (CID-10) da Organização Mundial da Saúde (OMS), no item F65.4, a define como a *“preferência sexual por crianças, quer se trate de meninos, meninas ou de crianças de um ou do outro sexo, realmente pré-púberes ou não”*. Por tanto fica claro que o simples desejo sexual já caracteriza a pedofilia, e assim, não há necessidade de haver relações sexuais para que o sujeito seja considerado pedófilo (MORAIS, 2021).

Outra controvérsia presente na temática pedofilia no Brasil, seria a definição de criança e adolescente, tendo em vista que a definição legal de adolescente segundo o artigo 2º do ECA, afirma que o adolescente seria a pessoa entre os 12 e os 18 anos. Todavia, a definição adotada pela definição de adolescência para efeitos de caracterização da pedofilia, é a da OMS, que tem como referência os aspectos biológicos (MORAIS, 2021).

Quando se trata do pedófilo, alguns equívocos e pseudo conceitos são formados, um deles é a ideia que somente os homens são abusadores em potencial, pois segundo o senso comum possuem uma sexualidade incontrolável. Um outro equívoco cometido por muitas pessoas é associar a pedofilia e o pedófilo aos homossexuais, o que transformando estes em um perigo constante aos bons costumes (MORAIS, 2021).

“Outro ponto que também deixa dúvidas é se existem tratamentos para pessoas que possuem o sintoma da pedofilia, ou os pedófilos. Existem várias técnicas que ao longo dos anos vem sendo desenvolvidas, dentre essas estão tratamentos com medicamentos que alteram o impulso sexual, terapias comportamentais e psicoterapias, terapia cognitivo-comportamental, existem ainda algumas terapias que provocam discussões quando a sua utilização, já que provocam sofrimento físico, como choques elétricos. Outra terapia de controle é a “castração química judicial”, tratamentos impostos

por condenação judicial, ou para pessoas que se voluntarie. Tratamento usado para o sexo masculino, em que são utilizados medicamentos disponíveis para o câncer de próstata, e hormônios femininos, para diminuir a libido, e evitando-se abusos sexuais antes que aconteçam” (MORAIS, 2021, p.01).

Por todo exposto, é importante ressaltar que a pedofilia é uma doença que se configura como um desejo sexual compulsivo por crianças. Sendo assim, a pedofilia é um transtorno da personalidade e por si só não é constituída como crime, é a passagem do desejo aos atos praticados que o ordenamento jurídico brasileiro caracteriza como prática criminosas.

1.1 O CRIME DE PEDOFILIA NA INTERNET

A pedofilia virtual cresce cada vez mais e mais rápido por todo o mundo. Atualmente, não colocar a pedofilia virtual como centro na pauta de debates gera preocupação. O ciberespaço já não pode mais ser visto apenas como um mundo imaginário e irreal e sim como um canal de fácil acesso para esses criminosos.

No Brasil a cada mês são criados cerca de mil novos sites de pornografia infantil:

“Destes a maior parte das vítimas são de crianças de 9 à 13 anos de idade, e um percentual ainda se destina à bebês de 0 à 3 meses, os dados são da ONG SaferNet. Em 2004 o Brasil obtinha o 4º lugar no ranking mundial de pornografia infantil, em 2006 ele pulou para primeiro. É preciso que se destaque que nesse curto período de tempo o Brasil subiu no ranking mundial de pornografia infantil extraordinariamente. Os dados confirmam não apenas o crescimento da pedofilia na rede, mas a ausência de medidas legislativas específicas para esse tipo de crime, que é uma das causas para este aumento significativo” (PEREIRA; TEZA, 2015, p.13).

Em 2012 o levantamento da ONG Safernet constatou que a pornografia infantil era a principal denúncia na internet:

“Em 9 anos, a SaferNet Brasil recebeu e processou 1.418.511 denúncias anônimas de Pornografia Infantil envolvendo 276.959 páginas (URLs) distintas (das quais 79.957 foram removidas) escritas em 9 idiomas e hospedadas em 55.866 hosts diferentes, conectados à Internet através de 34.750 números IPs distintos, atribuídos para 92 países em 5 continentes. As denúncias foram registradas pela população através dos 7 hotlines brasileiros que integram a Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos”. (SAFERNET, 2015, p.01).

Sendo assim, é necessário ter a clareza que a pedofilia foi impulsionada pelo meio virtual, principalmente da maneira e facilidade com que crianças e adolescente se deixam encontrar nas redes sociais, grande parte delas tem em suas residências pelo menos um computador com webcam, internet e outros dispositivos à sua disposição por 24 horas e por vezes, os utilizam sem

limites ou orientações causando uma grande vulnerabilidade, tornando a ação dos criminosos fácil e rápida, na qual utilizam de artimanhas para chamar a atenção das vítimas, criando perfis falsos nas redes sociais e adotando uma linguagem de fácil compreensão (PEREIRA; TEZA, 2015).

Com essa imensidão de recursos e com um grande público infantil e adolescente como consumidor desse meio, *"as empresas de tecnologia criam jogos de diversos tipos para agradar seu público infante, entre eles estão àqueles conhecidos como interativos, na qual pode-se entrar em contato com várias pessoas"* (PEREIRA; TEZA, 2015, p.11).

Segundo especialistas da área de criminologia e vitimologia, a pornografia infantil na Internet *"é a segunda forma de crime organizado mais lucrativa, perdendo apenas para o narcotráfico, 250 mil crianças são feitas de objetos lucrativos por essas redes de pedofilia"*. (PEREIRA; TEZA, 2015, p.14).

Desta forma, com a facilidade da internet, os criminosos podem entrar em contato diretamente com as vítimas, pois:

"O predador sexual tem extrema facilidade de entrar em contato com vítimas, vídeos ou fotos de pornografia infantil, ele pode se esconder atrás da máscara de proteção que muitas vezes a própria internet lhe traz, como também pode comprar e comercializar essas imagens tranquilamente de dentro de casa ou de um cybercafé. Este ramo empresarial torna-se uma forte fonte de renda, já que as formas de pagamento são as mais variáveis possíveis, podendo até, como informa a matéria, a utilização de cartões de crédito, boletos bancários, depósitos em conta corrente, ou seja, estamos transformando crianças e adolescentes em escravos das vontades sexuais adultas, remunerando os agenciadores por um trabalho depravado, desumano, repugnante". (PAUVELS. et al., 2013, p.44).

É fato que a globalização impulsionada pela internet, com suas mais diversas ferramentas entre elas as que se pode entrar em contato com várias pessoas, de vários lugares ao mesmo tempo, tem auxiliado e aproximado os pedófilos de suas vítimas:

"A globalização através da internet propaga dados em tempo real o que facilita a ação dos pedófilos, os quais aproveitam-se da falta de segurança e fiscalização de muitos computadores ligados à rede para satisfazer sua excitação através de um dos crimes mais praticados na internet, hoje, a pornografia infantil, sendo que a falta de normatização possibilitou que pedófilos atuassem livremente, através de perfis falsos na internet". (PAUVELS. et al., 2013, p.44).

Se percebe, assim, que embora haja punição, o mais complexo é conseguir rastrear esses indivíduos, a falta de políticas ativas e agentes especializados limitam também a localização dos pedófilos.

1.1.1 Casos de pedofilia em Porto Velho/RO

Em abril deste ano, o Juízo da Vara da Infância e da Juventude de Porto Velho determinou a busca e apreensão de material pornográfico de menores, em uma residência no bairro Socialista, zona leste de Porto Velho. A busca e a apreensão foi um pedido feito pela Polícia Federal em Rondônia, em razão dos indícios da prática do crime de pedofilia previsto no art. 241 do ECA.

O caso chegou ao conhecimento da PF através de relatórios e mídias enviadas pela organização NCMEC (*National Center for Missing and Exploited Children* - Centro Nacional para Crianças Desaparecidas e Exploradas) para investigação. A NCMEC é uma entidade norte-americana, sem fins lucrativos que atua contra o sequestro, o abuso e a exploração de crianças (NOTÍCIAS TUDO AQUI, 2022).

No presente caso, um homem teria adquirido e armazenado 53 arquivos, entre imagens e vídeos de abuso sexual infantil, nos servidores da Google vinculados a sua conta. É considerado crime pela legislação brasileira adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente (NOTÍCIAS TUDO AQUI, 2022).

Ao deferir a busca e a apreensão, o Juízo da Vara da Adolescência anotou que as amostras das imagens mostram nitidamente a ocorrência de abuso sexual infantil, seja pelas características físicas das partes, uma sendo criança e outra sendo adulto.

Portanto, a polícia apreendeu outros aparelhos eletrônicos que se fez necessário para o aprofundamento da investigação, como tabletes, notebooks, mídias em geral, HD externo, pen drive, dvd's, e documentos impressos, por considerar que não há outra forma de se catalogar provas contundentes contra o acusado (NOTÍCIAS TUDO AQUI, 2022).

Já em junho deste ano, um homem foi preso durante uma operação da Polícia Federal (PF) para combater o armazenamento e divulgação de pornografia infantil, em Porto Velho. A operação foi chamada de Evil Share e além do mandado de prisão, a Justiça Federal autorizou o cumprimento de busca e apreensão no endereço do suspeito (G1/RO, 2022).

Segundo a PF, as investigações começaram no último mês de março, quando foi identificado o homem compartilhando e armazenando conteúdo relacionado ao abuso sexual infantojuvenil. Após ser preso, o suspeito foi encaminhado ao presídio estadual de Porto Velho. Na casa dele foram apreendidos vários dispositivos eletrônicos, que foram periciados pelo Setor Técnico-Científico da Polícia Federal (SETEC), e constatado arquivos ilícitos compartilhados pelo investigado na internet (G1/RO, 2022).

Desta forma, é necessário analisar o crime de pedofilia virtual na legislação para que seja estudado com maior clareza acerca do tema abordado no presente estudo.

1.2 CYBERPEDÓFILOS NA LEGISLAÇÃO

Com o avanço da tecnologia na área da informática provocou uma grande revolução nas relações sociais. As facilidades alcançadas pelo uso do computador e da Internet, transformaram a vida moderna, principalmente em época de pandemia, o que obteve maior utilização da tecnologia e da internet.

Ocorre que, com o uso cotidiano da internet, propiciaram o aparecimento de novos tipos de crimes ou novas formas de praticar os já conhecidos tipos penais, surgindo os crimes de informática. Ou seja, o crime de informática é aquele praticado contra o sistema de informática ou através deste, compreendendo os crimes praticados contra o computador e seus acessórios e os perpetrados através do computador. Inclui-se neste conceito os delitos praticados através da Internet, pois pressuposto para acessar a rede é a utilização de um computador (CASTRO, 2020).

“Dos crimes praticados através da Internet a pedofilia é sem sombra de dúvidas o que causa maior repúdio e revolta na sociedade. É inaceitável o constrangimento ao qual as crianças e adolescentes são submetidos para saciar o prazer doentio e repugnante de pessoas imorais. A pedofilia tira da criança o que ela tem de mais valioso, sua inocência, sua infância. Uma conduta tão grave como esta merece uma severa reprimenda por parte da sociedade, seja pelo Poder Público, ao processar e julgar os criminosos, seja pela participação individual de todo cidadão, ao denunciar os envolvidos nesta prática e apontar os sites de divulgação” (CASTRO, 2020, p.01).

Diante disso, é oportuno mencionar que o Projeto de Lei nº 5618/2020 que está em tramitação, visa alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente para o aumento de pena para os crimes de pedofilia previstos nos artigos 241, 241-A, 241-B e 241-C cometidos no uso de conteúdo não indexado na internet, prevê o aumento de um terço da pena para os crimes, além de sujeitar às mesmas penas quem vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido (ENGEPLUS, 2021).

No mesmo sentido, a Lei nº 11.829/08 alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) no sentido de combater à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, como também a aquisição e posse de tal material, além de outras condutas que esteja relacionada à pede fila na internet.

Assim, “quem produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, inclusive na rede mundial de computadores ou internet, cenas de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente”, será punido conforme o artigo 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990).

O ECA agora ampliou o rol das situações que envolvesse a pornografia infantil, para que abrangesse os cibercrimes, como se observa no artigo 241-A do ECA, ao punir aquele que oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha

cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente, poderá pegar de 3 a 6 anos de prisão e multa (BRASIL, 1990).

Disciplinando também a situação em que o pedófilo armazena ou compra fotos de sites ou baixa de sites de pedofílias, o artigo 241-B do ECA, regulamenta tal conduta e assim dispõe que será punido quem adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente (BRASIL, 1990).

Desta forma, é de suma importância que seja penalizado qualquer tipo de ato de pedofilia, para evitar o aumento do referido crime.

1.2.1 A Ciberpedofilia em números

No mundo, segundo a União Internacional de Telecomunicações 3,2 bilhões de pessoas estão usando a Internet. O Brasil ocupa 4º lugar no ranking mundial entre os países em número de usuários de internet, possuindo 120 milhões de pessoas que estão conectadas, esses números fizeram o país ocupar, em 2017, o 2º lugar no ranking mundial usuários afetados pelos crimes cibernéticos, com 62,21 milhões de usuários vítimas, segundo um estudo realizado pela *Norton Cyber Security Insights Report* (MORAIS, 2021).

Em um estudo de 2003 da *Telefono Arcobaleno* (Associação italiana pra defesa da infância) *“o Brasil ocupava o 4º lugar no ranking mundial de sites com material pornográfico, dos 17.016 sites catalogados que possuíam conteúdo de pornografia infantil, pelo menos 1.210 endereços na internet são brasileiros”* (FELIPE, 2006, p 201-223).

“Os Indicadores da Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos do ano de 2017, reúne dados das centrais de denúncia da Polícia Federal, Secretária de Direitos Humanos e pela ONG SaferNet, recebeu e processou 33.411 denúncias anônimas de Pornografia Infantil, envolvendo 20.975 páginas (URLs) distintas (das quais 1.765 foram removidas) hospedadas em 6.271 hosts diferentes, conectados à Internet através de 4.781 números IPs distintos, atribuídos para 62 países em 5 continentes” (MORAIS, 2021, p.01).

A pedofilia domina as práticas criminosas dos crimes virtuais e constitui uma das principais violações de direitos na internet, sendo a pornografia infantil, prática ligada à pedofilia, a violação que mais recebeu denúncias no último, em sua forma única recebeu 33.411 denúncias, o que representa a maior incidência de crime praticado na internet (MORAIS, 2021).

“Em outra pesquisa realizada pela SaferNet, cerca de 87% dos jovens internautas afirmam não possuir restrições ao uso da Internet. 53% já tiveram contato com conteúdo agressivos e que consideravam impróprios para sua idade. 64 % dos jovens usam a Internet principalmente no próprio quarto, contrariando uma das dicas de prevenção que orienta a manter o computador em área comum da residência. 77% dos jovens afirmam que não possuem limite algum no tempo que podem ficar na Internet. 80% dos

jovens internautas preferem os sites de relacionamento, 72% comunicadores instantâneos. 72% dos jovens publicam suas fotos. 51% divulgam o sobrenome além do nome, e 21% afirmam que fornecem livremente o nome da escola e/ou clube que frequentam. É com base nesses dados que percebe-se a vulnerabilidades dos usuários da internet aos cibercrimes” (MORAIS, 2021, p.01).

Por fim, alguns dados divulgados pela Associação contra Pornografia Infantil de São Paulo na III Jornada Estadual contra a Violência e a Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes (PORTO ALEGRE, 2005), demonstrou alguns traços comuns do sujeito pedófilo, segundo a pesquisa “90% é casado, 70% possui acima de 35 anos, 75% não tem antecedentes criminais, 30% são pais, tio ou avô da vítima” (MORAIS, 2021, p.01).

Outros dados interessantes é que, em geral, eles não costumam reconhecer o crime que cometeram e muitos deles possuem nível sócio econômico médio e alto, a maioria exercendo atividades profissionais próximas às crianças. No que tange aos ciberpedófilos as maiorias dessas características podem ser aplicadas no quesito do estado civil, idade e antecedentes criminais (MORAIS, 2021).

2 O CRIME DE PEDOFILIA NA PANDEMIA DO COVID-19

O isolamento social imposto pela pandemia fez com que pais e crianças ficassem no mesmo ambiente, mas separados no ambiente virtual. Essa exposição maior na internet pode trazer riscos aos pequenos se não tiverem uma supervisão adequada. Um levantamento da Europol (agência de inteligência da Europa), mostra que há um aumento da atividade on-line de quem busca material para abuso sexual infantil (ARAÚJO, 2021).

Embora a totalidade do material on-line de violência sexual de crianças e adolescentes não possa ser medida diretamente, o relatório destaca que “entre 17 e 24 de março foi registrada uma alta de 25% no número de conexões para download de material impróprio na Espanha, uma tendência que também foi observada em outros países europeus” (ARAÚJO, 2021, p.01).

No Brasil esse crescimento foi observado pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), que tem feito alertas nesse sentido. Ao delegado da Polícia Federal Dênis Colares Araújo alerta os pais para que fiquem atentos e vigiem de perto o comportamento dos filhos menores.

“Crianças e adolescentes podem ficar vulneráveis a tentativas de aliciamento na internet, principalmente nas plataformas de jogos on-line, redes sociais e chats. Um bom caminho para garantir a auto-proteção da criança ou adolescente é o diálogo. É muito importante falar com eles sobre o que é estar seguro na internet, sobre limites do corpo mesmo no mundo virtual, conceitos sobre privado e público e o que fazer caso sinta que tem alguma coisa errada acontecendo. O que costumamos dizer é que, assim como não

é aconselhável deixar uma criança atravessar a rua sozinha sem orientação, no que se refere ao uso da internet essa regra também vale. O ideal é sempre saber com quem a criança está conversando, quais páginas está navegando e observar o comportamento deles na frente da tela, os horários, com quem está conversando, se fica mais arredia, ou se começou a esconder os acessos. Esse comportamento de ficar muito tempo na internet precisa ser vigiado, monitorado e de se estabelecer uma conversa com a criança, orientando quanto aos perigos que existem, porque muitos abusadores se passam por crianças para tentar ludibriar quem está do outro lado da tela” (ARAÚJO, 2021, p.01).

Denis Colares foi o responsável por operações que colocaram atrás das grades criminosos que agiam por trás das telas utilizadas por crianças. Um dos casos que mais chamaram a atenção, foi de um homem de 37 anos que colecionava calcinhas infantis. Ele foi preso após trocar mensagens com uma menina de 10 anos e pedir para que ela mandasse fotos de partes íntimas. A mãe da menina procurou a delegacia e o autor foi localizado e preso pela Polícia Federal. O acusado confessou o crime de pedofilia na época, conforme mencionou Valéria (ARAÚJO, 2021).

Sendo assim, a maioria dos crimes contra as crianças são cometidos quando elas, ao utilizar dos meios eletrônicos, tornam-se vítimas em potencial do assédio de pessoas voltadas à criminalidade. O problema da atualidade é que os pais estão terceirizando os cuidados com as crianças para os meios cibernéticos. Muitas vezes a criança pode não estar só brincando no computador ou no celular e os pais precisam estar atentos. Infelizmente, hoje não existe limite de idade para criança ter telefone.

2.1 O AUMENTO DO CRIME DE PEDOFILIA NA PANDEMIA

O isolamento social imposto pela pandemia do novo coronavírus não afetou apenas a rotina de adultos e idosos. Em casa, para seguir as medidas de distanciamento e sem frequentar a escola desde março, crianças e adolescentes podem estar ainda mais vulneráveis devido ao contato com o mundo virtual. Entre outros problemas, o risco de se tornarem vítimas de pedófilos que atuam na rede aumentou, de acordo com especialistas (BILCHES, 2020).

“A pedofilia virtual é mais uma das fragilidades que se potencializa dentro das famílias nesse período de crise. Dados da Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos mostram um aumento de 30% nos casos de violência doméstica desde que o estado de calamidade pública foi decretado no Brasil. E, apesar de ainda não ter dados numéricos que aponta que também houve aumento de casos de crimes cibernéticos, como a exploração sexual infantil na internet, durante a pandemia” (BILCHES, 2020, p.01).

Muitas dessas vítimas convivem, diretamente com o abusador, porque ele cria estratégias na internet ou acaba se aproximando da família da vítima ou de amigos próximos. Para evitar essas situações, os pais devem monitorar o que os filhos estão fazendo na internet, porque o pedófilo tem formas de se aproximar e ganha a confiança da vítima aos poucos, inclusive, pode conseguir informação pelos amigos.

“Em relação à pedofilia, os números da Polícia Civil mostram que cerca de 18% dos casos verificados entre 2018 e 2021 aconteceram pela internet. Contudo, as notificações desse tipo estão em queda desde 2019. Neste ano, de janeiro a 17 de maio, o total foi de 25” (MARRA, 2021, p.01).

O fato de as crianças e adolescentes ficarem em casa bastante tempo e com as telas disponíveis o tempo todo por causa da crise da Covid-19 tem colaborado para a ampliação desse tipo de crime.

“O compartilhamento, produção e armazenamento desse tipo de conteúdo também são crimes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). O abusador que induzir a criança ou o adolescente a fazer algum ato sexual pela internet, em caso de condenação, pode pegar de 4 a 8 anos de prisão. Os casos mais comuns são de pedófilos que pedem esse tipo de conteúdo, foto ou vídeo, para as vítimas, por meio de perfis fakes em redes sociais. Geralmente, os indivíduos também tentam marcar encontros se passando por outros adolescentes” (BILCHES, 2020, p.01).

Diante disso, a Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente desenvolveu algumas ações para combater a pedofilia durante o período de distanciamento social. Os abusadores estão em todos os lugares, por isso além dos canais tradicionais para denúncias como o Disque 100, 180 e sites, o ministério lançou também um aplicativo chamado “Direitos Humanos Brasil”, já disponível para os sistemas IOS e android (BILCHES, 2020).

Portanto, é necessário identificar as características e atos da pedofilia, bem como adotar medidas para combatê-la, seja ela no meio virtual ou não, para que assim, não ocorra o aumento deste crime, penalizando o autor do crime por meio da aplicação das leis de forma efetiva.

2.2 O COMBATE AO CRIME DE PEDOFILIA

O maior mecanismo de combate a pedofilia virtual são as informações e as denúncias. Portanto é de suma importância que as pessoas informem e denunciem todo e qualquer tipo de atividade que envolva a exploração de crianças e adolescentes.

“Alguns especialistas na área da informática afirmam que é possível rastrear os rastros deixados pelos pedófilos atrás dos endereços de IP (Internet Protocol), que é conhecido como o endereço do computador. Segundo eles após a análise desse IP, seria possível descobrir de onde está sendo enviado e assim chegando ao pedófilo, mas isso nem sempre acontece. Geralmente os pedófilos fazem esses acessos das chamadas Lan Houses ou Cyber Café, que são conhecidas por oferecerem serviços de internet mediante pagamento por hora. Como não são exigidos cadastros nesses locais, o indivíduo pode praticar seus crimes tranquilamente sem que seja identificado” (REZENDE, 2012, p.29).

Desta forma, por meio de atividades investigativas, será um meio fácil e rápido de identificar pedófilos virtuais e, principalmente, para alertar as autoridades e incentivar que elas

adotem uma tarefa que seja capaz de ajudar a combater a pedofilia, e penalizar os indivíduos que são autores deste crime, para que a pedofilia virtual não seja passada despercebida.

Além disso, também é responsabilidade do Estado, da sociedade e da família proteger as crianças, ainda mais nesta fase tão vulnerável, e garantir a elas uma infância sem manchas, uma vez que feitas, jamais se apagam.

"Outra política extremamente necessária e importante é o Estado através da educação, contratar psicólogos para que possam observar e atender as crianças e adolescentes que sofram abusos sexuais, deixando à disposição das vítimas, profissionais competentes e de confiança, para ajudar o infante à ter coragem de falar sobre os abusos, pois é comum, na maioria das vezes, a vítima não possuir coragem de contar que vem sendo vítima de abusos, por vergonha, medo, ameaças e até mesmo por se sentir-se culpada por aquela situação. Desse modo, é necessário que tenha mais conscientização sobre o assunto, e implementação de medidas sociais para tratar das crianças e adolescentes vítimas desses crimes" (PAULINO, 2021, p.22).

De modo geral, é necessário políticas que conscientizem a sociedade como um todo, quando falamos sobre verdades desagradáveis, a maioria das pessoas opta por fechar os olhos, acreditar que aquele fato nunca vai acontecer com alguém da sua família ou alguém próximo.

2.3 A EFETIVIDADE DA PENA APLICADA AO PEDÓFILO

De acordo com Beccaria (2000, p. 63) que *"e melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los"* e que *"uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem estar possível e preserva-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males da vida"*.

Porém, na atualidade a existência do crime é um problema real e crescente, sendo necessário o desenvolvimento de punições a fim de combater esses delitos. A pena foi o mecanismo encontrado para confrontar a criminalidade. As opiniões científicas sobre a pena deram origem a diversas teorias, as principais teorias referentes a pena são: a teoria retributiva, a teoria preventiva geral e especial e a teoria mista (NERY, 2005).

A teoria retributiva se apoia na ideia de que a pena é uma mera retribuição, a sua finalidade é puramente punitiva, assim o mal cometido pelo delincente é contestado com outro mal a ser atribuído pelo Estado, considerando a pena uma espécie de expiação, onde o culpado deve cumprir a penalidade a fim de esgotar seu ato ou culpabilidade. Esta teoria relaciona o cumprimento da pena a justiça (CARVALHO, 2011).

Na teoria preventiva, por sua vez, a pena possui a finalidade de evitar que o delito seja cometido no futuro. Acredita-se que a pena também é um mal para o agente do crime que sofre com a punição, tal teoria é subdividida em preventiva geral e preventiva especial (CARVALHO, 2011). A preventiva geral se refere a sociedade como um todo, gerando duas consequências:

“A intimidação dos delinquentes potenciais, pois estes estariam sob a égide da ameaça de pena e de sua execução; e exaltação da consciência jurídica, abastecendo a crença do cidadão na justiça. A preventiva especial atinge somente o próprio criminoso, não retribuindo nenhum ato do passado, mas sim fazendo com que o criminoso evite uma futura reincidência. Neste tipo de prevenção encontra-se a função ressocializadora do preso. A teoria mista e uma junção da teoria retributiva e preventiva, nela a pena possui finalidade de retribuir o crime cometido e prevenir que o mesmo volte a ocorrer, seja por parte da intimidação do preso, conscientização da sociedade ou pelo caráter ressocializador da pena. A teoria mista foi a adotada pelo nosso ordenamento jurídico pátrio, almejando o Estado a profilaxia criminal e a ressocialização do delinquente, proporcionando a este os meios e condições necessários para que assim o criminoso possa posteriormente ser inserido em sociedade” (NERY, 2005, p.01).

Segundo Mirabete (1993, p.25) *“o estudo da execução da pena privativa de liberdade e bastante relevante à medida que a pena não possui finalidade somente retributiva, mas principalmente ressocializadora”*. De acordo com Franco (2000, p. 57):

“É obvio que, nesse enfoque, não se atribui a pena a finalidade única ou, mesmo, prioritária de ressocializar o condenado e de conduzi-lo a um subsequente reinserimento na vida social. (...) A dramática visão que oferecem os centros penitenciários e a originária contradição que suscita o binômio pena de prisão-ressocialização obrigam a concluir que os sistemas penais e penitenciário atuais fomentam a estigmatização e a dessocialização do condenado. Destarte, o ideal ressocializador não pode mais ser entendido como substituição coativa dos valores do indivíduo, nem como manipulação de sua personalidade, mas, sim, como intento realista de ampliar as possibilidades de participação, na vida social, do apenado, através de uma oferta ao mesmo de alternativas de futuro, ao comportamento criminal. Significa que a execução da pena privativa de liberdade ha de programar-se de tal modo que se evitem, na medida do possível, os efeitos negativos, dessocializadores, próprios da privação da liberdade”.

E demonstrada, ainda que não há condição para que a função ressocializadora no nosso país seja efetivamente cumprida, o que ocorre e uma estigmatização e dessocialização desses encarcerados, tornando a sua integração na sociedade dificulta (FRANCO, 2000). Outro motivo que impossibilita a reintegração do preso a sociedade são as péssimas condições do sistema carcerário.

A condição precária das prisões dificulta o cumprimento da finalidade da pena, e já que a grande maioria das sanções aplicadas ao portador da pedofilia e a privação da liberdade e, a exceção é a medida de segurança, os mesmos não conseguem se ressocializar e voltar ao convívio social.

Desse modo, mesmo se a prisão brasileira permitisse a ressocialização do encarcerado, não seria possível a ressocialização do preso pedófilo, pois este possui um distúrbio que não será reprimido com o simples isolamento físico temporário. Seria necessário para a eficaz integração do abusador parafílico a sociedade o tratamento para o seu transtorno mental, para que assim possa o agente pedófilo obter o controle da sua doença (MOREIRA, 2010).

Portanto, o meio mais eficiente para a não reincidência dos atos cometidos pelo pedófilo é, sem dúvidas, a utilização concomitante da pena privativa de liberdade com o tratamento do transtorno apresentado por este, desde que este indivíduo seja devidamente monitorado por um sistema eficaz, para que não haja oportunidade para novos acometimentos de crime de pedofilia.

CONCLUSÃO

Com os avanços tecnológicos, a internet passou a ser um dos meios de comunicações mais usados nos dias de hoje. Esse fácil acesso ao uso da internet e das redes sociais, torna um alvo fácil para a prática de crimes.

A prática de crimes através da internet é muito mais comum do que muitos imaginam. Por ser um meio virtual muito extenso proporciona aos criminosos a facilidade de esconderem suas identidades por trás das telas.

Os pedófilos são anônimos e se utilizam das oportunidades que a internet trouxe para se camuflarem ainda mais, esse é o quesito que torna ainda mais difícil a punição sobre esses crimes, a falta de cadastros e registros nos dá a sensação de impunibilidade e de vulnerabilidade.

Além disso, com o distanciamento social como medida de proteção contra o COVID-19 dificultou a proteção das crianças em situação de vulnerabilidade intrafamiliar, assim como influência no aumento da ação de criminosos sexuais no ambiente virtual.

Diante disso, o presente estudo buscou analisar o crime de pedofilia através do uso da internet, como o mesmo é combatido e identificado. Investigamos também sobre a legislação que disciplina a matéria. O crime de pedofilia é punido pelo ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) que disciplina a matéria, onde constatou-se que o crime de pedofilia é um distúrbio de comportamento sexual envolvendo crianças e adolescentes, punível com pena de reclusão de 1 a 4 anos e multa.

A problemática e as situações apresentadas neste artigo deixam claramente evidentes os riscos que todos os dias as crianças correm, e, que, embora uma política pública mais proativa de investigação fosse mais eficaz para a localização e logo punição dos criminosos, a melhor forma de prevenir a pedofilia virtual, é ainda a orientação familiar, só assim pode-se garantir às crianças uma infância melhor.

Sendo assim, cabe à sociedade colaborar denunciando, e atendendo para todo comportamento anormal de nossas crianças, afinal, como preconiza o artigo 144 da Constituição Federal, a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para

a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos.

Portanto, por meio do cumprimento das leis já efetivadas, será feita a penalização ao autor do crime. Além disso, as escolas devem auxiliar na formação de jovens com conhecimento sobre o assunto, por meio de palestras, discussões e aulas de educação sexual. Os pais devem monitorar o uso dos filhos a internet, e reconhecer a importância da educação sexual na vida da criança. Em suma, as famílias que se utilizarem das medidas apresentadas no decorrer desse estudo, poderão prevenir a ocorrência do crime de pedofilia.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Valéria. **Pedofilia na internet aumenta durante pandemia**. Disponível em: <https://www.douradosagora.com.br/noticias/dourados/pedofilia-na-internet-aumenta-durante-pandemia>. Acesso em: 02 mai. 2021.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2000.

BILCHES, William. **Alerta aos pais: pedofilia virtual aumenta no Brasil em meio à pandemia**. 2020. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/alerta-aos-pais-pedofilia-virtual-aumenta-no-brasil-em-meio-a-pandemia/>. Acesso em: 27 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 02 mai. 2021.

CARVALHO, Mariana Nogueira. **O distúrbio da pedofilia e seu disciplinamento no atual sistema penal brasileiro**. 2011. Disponível em: <http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/bitstream/riufcg/13495/1/MARIANA%20NOGUEIRA%20CARVALHO%20-%20TCC%20DIREITO%202011.pdf>. Acesso em: 28 set. 2022.

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. **Pedofilia na internet**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/pedofilia-na-internet/>. Acesso em: 02 mai. 2021.

ENGEPLUS. **Projeto de Lei prevê aumento de pena para crimes de pedofilia praticados na deep web**. Disponível em: <http://www.engeplus.com.br/noticia/politica/2020/projeto-de-lei-preve-aumento-de-pena-para-crimes-de-pedofilia-praticados-na-deep-web>. Acesso em: 02 mai. 2021.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FELIPE, Jane. **Afinal, quem é mesmo pedófilo?** Cadernos Pagu (26), Núcleo de Estudos de Gênero – Pagu/Unicamp, 2006.

G1/RO. **Homem é preso por armazenar pornografia infantil e divulgar na internet, em Porto Velho.** 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/ro/rondonia/noticia/2022/06/10/homem-e-preso-por-armazenar-pornografia-infantil-e-divulgar-na-internet-em-porto-velho.ghtml>. Acesso em: 01 out. 2022.

MARRA, Pedro. **Casos de pornografia infantil aumentam durante pandemia da covid-19 no DF.** 2021. Disponível em: <https://www.correiobrasiliense.com.br/cidades-df/2021/11/4961546-casos-de-pornografia-na-internet-aumentam-durante-pandemia-da-covid-19-no-df.html>. Acesso em: 29 set. 2022.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Execução Penal.** Editora Atlas. 5a ed., 1993.

MORAIS, Lucas Andrade de. **Ciberpedofilia: os crimes de pedofilia praticados através da internet.** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51597/ciberpedofilia-os-crimes-de-pedofilia-praticados-atraves-da-internet>. Acesso em: 02 mai. 2021.

MOREIRA, Ana Selma. **Pedofilia: Aspectos Jurídicos e Sociais.** Leme: Cronus, 2010.

NERY, Dea Carla Pereira. **Teorias da Pena e Sua Finalidade n Direito Penal Brasileiro.** Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2146>. Acesso em: 27 set. 2022.

NOTÍCIAS TUDO AQUI. **Pedofilia na capital - entidade estrangeira denuncia e justiça manda pf fazer busca a suspeito de atividade criminosa contra a infância.** 2022. Disponível em: <https://noticiastudoaqui.com/artigo/2022A26tQ2462686f38>. Acesso em: 29 set. 2022.

OLIVEIRA, Bruna Machado de. **Crimes virtuais e a legislação brasileira.** In: (Re)pensando direito. Revista do Curso em Graduação em Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo-EDIESA. Ano 7. n. 13, jan/jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. CID-10: **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde.** Disponível em: <http://www.datasus.gov.br/cid10/webhelp/cid10.htm>. Acesso em: 02 mai. 2021.

REZENDE, Livia Maria. **A prática de crimes através da internet e a pedofilia virtual.** 2012. Disponível em: <https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqTccs/0911300338.pdf>. Acesso em: 25 set. 2022.

SAFERNET. **Indicadores da Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos.** 2014. Disponível em: <http://indicadores.safernet.org.br/>. Acesso em: 23 set. 2022.

PAULINO, Letícia. **A pedofilia na era digital à luz do estatuto da criança e do adolescente.** 2021. Disponível em: <https://rdu.unicesumar.edu.br/bitstream/123456789/9311/1/TRABALHO%20CONCLUS%C3%83O%20CURSO.pdf>. Acesso em: 26 set. 2022.

PAUVELS, Carolina Maria. Et al. **Cibercrimes sob o enfoque constitucional penal:** Aspectos controvertidos da pornografia infantil e pedofilia. 2013. Disponível em:
<http://unicruz.edu.br/mercosul/pagina/anais/2013/HISTORIA%20CIDADANIA%20E%20TRABALHO/ARTIGOS/CIBERCRIMES%20SOB%20O%20ENFOQUE%20CONSTITUCIONAL%20PENAL%20ASPECTOS%20CONTROVERTIDOS%20DA%20PORNOGRAFIA%20INFANTIL%20E%20PEDOFILIA.PDF>.
Acesso em: 25 set. 2022.

PEREIRA, Amanda Santa Helena; TEZA, Amanda. **A pedofilia virtual:** como conferir proteção integral aos direitos de crianças e adolescentes na rede?. 2015. Disponível em:
<https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/13164-7093-1-pb.pdf>. Acesso em: 16 set. 2022.

UMA ANÁLISE SOBRE A RECENTE TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE PERSEGUIÇÃO E COMO IMPACTOU O MEIO VIRTUAL

LUCAS ANTÔNIO CASTELO BRANCO MAIA:

Graduando do Curso de Direito do Centro
Universitário Fametro.

RESUMO: Este trabalho faz uma análise sobre a recente tipificação do crime de perseguição e como impactou o mundo virtual. Numa primeira abordagem conceitua, explica a tipificação penal e os elementos penais do delito de perseguição. Na segunda abordagem discorre como o crime de perseguição vem sendo tratado no âmbito virtual (cyberstalking). Para numa última análise buscar-se identificar os possíveis prejuízos causadas ao Judiciário pela inespecificidade da norma e pontos obscuros que possam gerar interpretações amplas, dificultando o dimensionamento da norma em abstrato ao ato delituoso. A pesquisa do tipo bibliográfica, desenvolvida a partir do método dedutivo nos revela uma evolução significativa com a positivação deste instituto, no entanto, carece de necessária evolução para proteger com eficácia as vítimas desta agressão, buscando sempre informar acerca dos elementos que compõem esse fenômeno, recentemente tipificado na Legislação Brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Cyberstalking. Inespecificidade. Malefícios. Stalking.

ABSTRACT: This work analyzes the recent classification of the crime of persecution and how it impacted the virtual world. In a first conceptual approach, it explains the criminal classification and the criminal elements of the crime of persecution. In the second approach, it discusses how the crime of persecution has been treated in the virtual scope (cyberstalking). In order to ultimately seek to identify the possible damages caused to the Judiciary by the non-specificity of the norm and obscure points that can generate broad interpretations, making it difficult to dimension the norm in abstract to the criminal act. Bibliographical research, developed from the deductive method, reveals a significant evolution with the positivization of this institute, however, it lacks the necessary evolution to effectively protect the victims of this aggression, always seeking to inform about the elements that make up this phenomenon, recently typified in Brazilian legislation.

KEYWORDS: Cyberstalking. Non-specificity. Harm. Stalking.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho incide sobre o estudo conceitual e elementar penal do delito de perseguição (stalking), analisando os impactos que a recente tipificação causou no meio virtual (cyberstalking), designadamente demonstrando as lacunas existentes no texto normativo e por consequência, prejuízos trazidos ao Judiciário e as vítimas desta infração penal.

O stalking (perseguição insistente), foi introduzido no Código Penal (Art.147-A) por meio da Lei nº 14.132/2021. Apesar da recente tipificação, não se trata de um *modus operandi* novel, mas de uma conduta que se perpetua através dos tempos. Exige-se a lei, para efeitos de consumação do crime, que o indivíduo realize atos persecutórios contra terceiro que denote hábito,

ameaçando de forma física ou psicológica, restringindo a capacidade de locomoção e do usufruto do seu espaço particular, por qualquer meio utilizado pelo agressor.

O estudo deste comportamento no Brasil é recente e escassa, muito embora já amplamente tratado nos países desenvolvidos, suas primeiras abordagens remontam a década de 1990, por isso, esta pesquisa objetiva contribuir com o questionamento normativo tipificado na Legislação Penal, exaltando seus pontos positivos, apontando as falhas semânticas, obscuridades e omissões identificadas no tipo novel. De igual modo, buscamos auxiliar de forma positiva com o desenvolvimento científico do crime de perseguição (stalking) e como é tratado pelo Judiciário brasileiro a modalidade cibernética do delito (cyberstalking).

Neste sentido, iniciaremos por conceituar, com auxílio da doutrina nacional e internacional, dos institutos do stalking e cyberstalking, quer em termos nucleares de sua consumação, quer de sua tipificação, para posteriormente progredirmos para apresentação do questionamento semântico da norma (147 – A do Código Penal), realizado por meio de consultas bibliográficas, desenvolvida a partir do método dedutivo, nos aflora os sentidos, no direcionamento da proteção dos direitos fundamentais e sua necessária tutela pelo direito.

2 PERSEGUIÇÃO – LEI Nº 14.132/2021 (ART. 147 – A, DO CÓDIGO PENAL)

Para melhor entendimento visual da problemática estudada, urge apresentar integralmente o instituto jurídico do delito de Perseguição, contido no Código penal brasileiro - Decreto de Lei Nº 2.848 de 1940, inserido pela Lei Nº 14.132/2021:

Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021)

§ 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido: (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021)

I – contra criança, adolescente ou idoso; (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021)

II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código; (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021)

III – mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma. (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021)

§ 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência. (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021)

§ 3º Somente se procede mediante representação (Brasil, 2021)

Segue-se agora, na dissecação do estudo desta tipificação novel e suas pormenorizações doutrinárias.

2.1 Concepção Doutrinária sobre o Crime de Perseguição (*Stalking*)

2.1.1 Compreensões Iniciais:

O *stalking*, objeto de estudo, é o termo em inglês popularizado pelas redes sociais acerca do crime de perseguição, é entendido como prática intencional persecutória e recorrente, provocando estado de temor, receio ou até mesmo terror à vítima sobre sua integridade física ou psíquica, ferindo diretamente sua dignidade, liberdade e privacidade. Segundo Amiky (2014, p. 92):

Se a pessoa é protegida como um todo, na sua integridade psíquico-física, e se para se desenvolver a ter uma vida digna, como almeja o ordenamento jurídico brasileiro, a pessoa precisa de saúde tanto física como psíquica, tem-se que o *stalking* atinge a pessoa humana no seu âmago, pois os danos causados são de tamanha gravidade que impedem o próprio desenvolvimento da personalidade, já que nenhum ser humano pode se desenvolver livre, plena e dignamente sob o jugo de outro (AMIKY, 2014, p. 92).

Greco (2021), ao discorrer sobre o tema, adverte que, para que seja apontado o crime de perseguição em determinado ato, faz-se necessário a identificação da habitualidade da conduta perseguidora, ou seja, um caso isolado, mesmo sendo desagradável a pessoa, não bastará para a configuração do delito em comento.

Sua finalidade busca resguardar a liberdade individual, que fora abalada por conduta reiterada e persecutória, ameaçando sua integridade física ou psicológica de forma severa, a ponto de restringir seus meios de locomoção e sua esfera particular em níveis mais básicos, como: ir ao trabalho, comprar mantimentos para o lar, praticar esportes em vias públicas, entre outros. Acerca do tema, o doutrinador Flavio Augusto Monteiro de Barros leciona:

A conduta típica consiste em perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio. Trata-se, pois, de um terrorismo psicológico. O núcleo do tipo é o verbo perseguir, que significa, procurar ou incomodar com frequência ou insistência. O delito é habitual, pois exige a reiteração do comportamento, a ponto de caracterizar que realmente se trata de uma perseguição. Um ou alguns atos isolados não caracterizam o delito em análise (BARROS, 2022, p. 912).

O termo “perseguição”, foi a denominação adotada e introduzida ao debate do Direito Penal Brasileiro, pelo projeto de Lei nº 1.369/2019, o qual foi submetido à aprovação por Votação nominal do Substitutivo da Câmara dos Deputados, que por unanimidade, aprovou o projeto. Por conseguinte, a Lei nº 14.132/2021 foi gerada, entrando em vigência em 1º de abril, acrescentando o Art. 147 – A, ao Código Penal, com pena de reclusão de 6 meses a 2 anos e multa (SENADO FEDERAL, 2019).

As expressões, stalking (prática ilícita) e seu agente causador o stalker (criminoso) e o cyberstalking (modalidade virtual do delito de perseguição) que abordaremos melhor no próximo tópico, foram mantidos na língua inglesa no decorrer deste trabalho, buscando aproximar o leitor a um entendimento mais íntimo desses termos, que, em uma tradução menos lapidada podemos defini-los como “perseguição incessante”, “perseguidor à espreita” e “perseguição cibernética”, respectivamente.

Sobre o stalking, os autores Castro e Sydow (2021, p. 44), conceituam:

Curso de conduta, caracterizado pela insistência, impertinência e habitualidade, desenvolvido por qualquer meio de importunação, vigilância perseguição, ou assédio, e que acarrete à vítima temor de mal injusto ou grave, ou resulte perda significativa da tranquilidade diante de violação a sua dignidade, privacidade, intimidade ou liberdade (CASTRO E SYDOW, 2021).

Para Amiky (2014, p.15), por sua vez, entende que stalker é:

Stalker é o perseguidor, aquele que escolhe uma vítima, pelas mais diversas razões, e a molesta insistentemente, por meio de atos persecutórios – diretos ou indiretos, presenciais ou virtuais – sempre contra a vontade da vítima. Em outras palavras, stalker é quem promove uma ‘caçada’ física ou psicológica contra alguém (AMIKY, 2014).

Um icônico exemplo de stalking, é retratado no assassinato do artista John Lennon, em 1980, o Beatle foi baleado na frente de seu apartamento por um admirador, identificado por Mark Chapman, o assassino já havia pedido um autógrafa ao artista no dia do crime, quando abordou John de saída do seu apartamento, após algumas horas, Mark abordou novamente o artista ao retornar para seu prédio e efetuou os disparos fatais. O crime foi motivado pela obsessão pelo trabalho do artista e crenças religiosas do perseguidor.

Observa-se, uma definição interessante proposta por Bocij (2004, apud Castro e Sydow, 2021, p. 45) acerca do cyberstalking, vejamos:

Um conjunto de comportamentos em que indivíduo, grupo de indivíduos ou organização, use de informação e tecnologia de comunicação para assediar outro indivíduo, grupo de indivíduos ou organização. Tal

comportamento pode incluir, mas não está limitado a envio de ameaças e falsas acusações, usurpação de identidade, furto de dados, danos a dados ou equipamentos, monitoramento informáticos, solicitação de favores sexuais a menores ou qualquer outro tipo de agressão (CASTRO E SYDOW, 2021).

Nesse sentido, a apresentadora Ana Hickmann, protagonizou momentos de terror, ao ser vítima de cyberstalking, realizado por um admirador. Ao se hospedar em um hotel em Belo Horizonte, Minas Gerais, no ano de 2016. O Stalker, um homem identificado como Rodrigo Auguto de Pádua, 30 anos, que alimentava um amor não correspondido pela famosa por meios virtuais, sabendo que Ana estaria hospedada em um hotel, conseguiu invadir o quarto onde a apresentadora se encontrava com o seu cunhado e a esposa dele. Com o intuito de matar Ana Hickmann, o fã, armado, declarou que os dois possuíam relação e que a apresentadora o havia rejeitado. A tentativa de homicídio apenas não se consumou, pois, o cunhado de Ana que estava ali presente, reagiu e tirou a vida do rapaz, o que mais tarde cominou em um ato de legítima defesa.

Assim, de forma alusiva, nota-se que o crime de perseguição, é de conhecimento comum da sociedade brasileira, perpetuando sobre o tempo, diversificando em modalidades de execução e ferramentas para sua concretização. Dito isso, podemos identificar que o delito de perseguir alguém atualmente, ganhou força com a possibilidade do anonimato virtual, facilidade do acesso de informações pessoais da vítima através do uso das redes sociais e a dificuldade da vítima de mensurar práticas que se enquadrem como ilícitas.

Castro e Sydow (2021, p.32), mencionam o delito do stalking e cyberstalking, como um ato de difícil compreensão para a vítima, a qual, deve identificar entre atos esporádicos de seu cotidiano, aparentemente lícitos e atos metódicos e repetitivos, que se enquadram como práticas nocivas e, portanto, ilícitas.

2.1.2 Cyberstalking

No mundo virtual, os cyberstalkers, fazem uso de aparelhos eletrônicos para constranger, aterrorizar e assediar seus alvos. A diversidade de aplicativos de comunicação existentes atualmente, como as redes sociais, tornaram-se ferramentas importantes para esses criminosos, obtendo informações valiosas de maneira online e atualizada.

Segundo Crespo (2015 apud MACHADO; MOMBACH, 2016, p. 219): O cyberstalking, define-se pela manipulação tecnológica para efetuar o delito persecutório contra a vítima e divergindo do stalking, precisamente no que tange o modus operandi, que abrange o uso de equipamentos eletrônicos e o meio virtual.

Hodiernamente, o progresso tecnológico beneficiou a proximidade entre indivíduos, contudo, desenvolveu-se um ambiente propício para o perseguidor, por meio do anonimato que a internet lhe oferece, a praticidade do uso e a sensação da legislação não alcançar seus atos ilícitos (Bocij & McFarlane, 2003).

Eminente destacar, que o Stalking e o Cyberstalking, apesar de possuírem similaridades no seu resultado e na metodologia do agente de perseguir de forma reiterada sua vítima, possuem características independentes entre si.

Enquanto, no Stalking, a vítima receia à ameaça física de seu perseguidor, sentindo-se reprimida ao sair de casa, recebendo presentes indesejados, recebendo declarações inconvenientes ou constantemente “tropeçando” em encontros com seu perseguidor. Em outra definição, a vítima teme um ato lesivo a sua integridade física por parte do seu algoz, perdendo dessa forma, o seu direito de livre locomoção. Castro e Sydow (2021, p. 247).

Noutro giro, a vítima de Cyberstalking, teme a importunação psicológica que o agressor produz, temendo dessa vez, usar suas redes sociais, abrir sua caixa de e-mails, postar fotos ou opiniões nas redes sociais. Em resumo, a vítima sente-se apavorada pelas invertidas digitais de seu agressor (muitas vezes sendo alguém desconhecido), sobretudo, os danos causados a sua honra e imagem pública na internet, por exemplo, acesso a localização da sua residência e lugares que frequenta. Castro e Sydow (2021, p. 247).

Porém, apesar de divergirem em seu método, um stalker pode progredir de uma perseguição física para uma cibernética, a fim de obter maiores informações do seu alvo. Assim como, o mesmo pode iniciar sua perseguição pelo meio virtual e alimentar um intenso desejo de aproximação da sua vítima, passando a persegui-la presencialmente.

Brito (2013, p.146), entende sobre o exposto, que o stalker, foi agraciado por um instrumento que intensificou os danos causados as vítimas. Como exemplo direto, podemos citar Directs, Mensagens de texto ou perfis de usuários em uma rede social, todos usados pelo agressor como meio de perseguir suas vítimas, ato denominado como cyberstalking.

Dessa forma, vislumbra-se que, não necessariamente uma modalidade persecutória exclua a outra, ao contrário disso, a prática do delito poderá ser identificada muitas vezes de maneira progressiva, (iniciando de forma física e progredindo para modalidade virtual, sendo recíproco a relação) ou simultânea (onde o crime é cometido tanto de maneira presencial, quanto virtual).

Superados os esclarecimentos sobre o tema, posto que as palavras dos nobres doutrinadores citados e as situações fáticas demonstradas são suficientes para esclarecer os termos estrangeiros e sua conceituação geral. Passaremos, então, para o próximo tópico.

2.2 Elementares do Tipo Penal

2.2.1 Sujeitos do Crime

Cunha (2022, p. 247) entende que, o crime tem natureza comum, não se pleiteia em sua tipificação que o sujeito ativo (agressor) possua qualquer qualidade específica, muito menos há indicações a respeito do sujeito passivo (vítima). Em outras palavras, o crime pode ser cometido por qualquer pessoa sem restrições e de igual modo, direcionado a qualquer pessoa.

2.2.2 Voluntariedade e Consumação

O crime só será executado se cometido com dolo. O agente deve ter a intenção de perseguir sua vítima de forma habitual, provocando estado de medo e limitando sua liberdade. Greco (2021), explana que, o meio tentado não se enquadra nesse delito, uma vez que o agente provoca a vítima insistentemente com suas perseguições de maneira sistemática, dessa forma, consumando-se o crime.

Gonçalves (2022) explica que, por se tratar de crime de ato vinculado, o delito apenas se consumará quando o agente exercer conduta expressa na tipificação penal, em outros termos, quando houver conduta persecutória oposta ao que foi redigido na norma, a conduta será considerada atípica ou interpretada a luz de outro artigo penal que melhor interprete o ato.

Entre as modalidades de perseguição descritas no tipo penal do Art. 147 - A, estão:

- Ameaçar a integridade física ou psicológica da vítima;
- Restringir a capacidade de locomoção;
- Invadir ou perturbar a esfera de liberdade ou privacidade da vítima.

Tais modalidades incidem diretamente na configuração do crime, rejeitando qualquer possibilidade de que o crime se conjecture com uma conduta isolada.

2.2.3 Ação penal

O delito é enquadrado como menor potencial ofensivo, pois sua pena máxima não ultrapassa 02 (dois) anos, sendo em regra de competência dos Juizados Especiais Criminais.

A ação penal é pública condicionada a representação do ofendido, sendo assim, a procedência do delito se dá mediante representação da vítima (ato formal de processar o acusado), nos termos do § 3º do Art. 147- A. A pena cominada ao delito permite o usufruto dos Institutos benéficos da Lei 9.099/1995 (transação penal – Art.76 e suspensão condicional do processo – Art. 89).

Cunha (2022, p. 253) descreve sobre as majorantes, encontra-se no § 1º, do Art. 147 – A, do Código Penal, o aumento da pena pela metade se o crime for cometido contra: crianças, adolescentes ou idosos; contra mulher por razões da condição de sexo feminino e mediante concurso de duas ou mais pessoas ou emprego de qualquer tipo de arma.

2.3 Teoria Tripartite - Fato Típico, Antijuridicidade e Culpabilidade

2.3.1 Fato Típico

Segundo Sena (2017), o Fato típico, possui quatro elementos, são eles: Conduta (ato comissivo ou omissivo; doloso ou culposo), Resultado (conduta com relevância jurídica), Nexos de

Causalidade (elo entre a conduta e o resultado) e Tipicidade (descrição normativa do crime advinda de uma Lei anterior a conduta humana em questão).

Insta a ressalva, que não entraremos na conceituação de cada elemento subsidiário em nenhum dos tópicos, pois o presente trabalho visa apenas buscar responder ao leitor se há dubiedade interpretativa na redação normativa do Artigo 147 – A do Código Penal e com o escopo de demonstrar ao caro leitor, como o meio virtual foi impactado com a nova norma.

Por conseguinte, Sena (2017), o fato típico está assentado no princípio penal da anterioridade da lei penal, que de forma resumida, aponta que um crime não poderá ser configurado, caso não haja Lei anterior para defini-lo. Este princípio corrobora o que dita o Art. 1º do Decreto-Lei nº 2.848/40.

Assim dito, quando se analisa o crime de perseguição, podemos afirmar que há a normatização do delito por meio do Art. 147 – A do Código Penal. Destarte, demonstra-se que a presença da Tipicidade de forma escrita e proveniente de Lei se faz presente no âmbito penal brasileiro.

A Conduta estará identificada quando houver o ato de perseguir alguém de forma comissiva e dolosa nos termos do artigo.

O Resultado trará consequências negativas a esfera de liberdade e privacidade da vítima, causando-lhe sentimento de temor pela sua integridade física ou psicológica e restringindo sua capacidade de locomoção.

Por fim, o Nexu Causal, será identificado quando, unir a conduta humana de perseguir alguém de forma sistemática e o resultado danoso causado pela conduta.

2.3.2 Antijuridicidade

Brandão, C. (1997, p. 23), descreve Antijuridicidade como a controvérsia do fato humano em relação as normas do Direito. De forma sucinta, a Antijuridicidade ou a ilicitude pode ser entendida como a prática contrária a norma imposta pela ordem jurídica que proíba indivíduos de realizar determinadas ações.

Dessa forma, o crime de perseguição enquadra-se nos termos da Antijuridicidade, a conduta contraria os princípios do ordenamento jurídico, ressalta-se, que é ilícito perseguir alguém de forma habitual e reiterada por qualquer meio que seja, de forma a ameaçar a integridade física ou psicológica da vítima, restringir sua capacidade de locomoção e invadir sua esfera de liberdade ou privacidade (Art. 147 – A, Código Penal Brasileiro).

2.3.3 Culpabilidade

Junqueira, G. (2020) acerca do tema leciona, que para que o agente possa ser responsabilizado juridicamente, o mesmo deve estar apto e capaz para tal, devendo compreender

os impedimentos que a ele são impostos durante sua vida e ínfima cognição, diante dos seus atos, para dialogar acerca de uma conduta delituosa.

Portanto, ausentes os elementos de excludentes de ilicitude, imputabilidade, Potencial Consciência Sobre a Ilicitude do Fato ou Exigibilidade de Conduta Diversa, deverá o agente infrator, passar por uma avaliação necessária, para saber se era capaz de entender as consequências de suas ações, se a conduta poderá ser imposta a ele ou se existia uma alternativa senão o caminho ilícito no momento do crime.

3 ANÁLISE SEMÂNTICA DA TIPIIFICAÇÃO PENAL DO CRIME DE PERSEGUIÇÃO.

O tipo penal (Art. 147 - A do Código Penal) surgiu sob a justificativa de corresponder um apelo da sociedade, o qual, clamava por uma resposta do Poder Legislador, frente a uma constante evolução das interações sociais que ocasionaram um aumento significativo de casos que antes podiam ser enquadrados como constrangimento ilegal, mas que adquiriram elementos mais expressivos e danosos, com o surgimento das redes sociais e com a diversificação de ações de perseguição empregadas no meio virtual. Rogério Sanches Cunha, elucida:

[...] a maior parte dos atos de perseguição se inseriam no art. 65 do Decreto-lei 3.688/41, cuja pena de prisão simples variando de quinze dias a dois meses era considerada insuficiente, um claro exemplo de proteção deficiente. Com a Lei 14.132/21, a contravenção foi revogada e a perseguição passou a ser punida com reclusão de seis meses a dois anos (CUNHA, 2021).

Assim, age de forma assertiva o Poder Legislativo, ao estipular a tipificação penal do crime de perseguição, garantindo maior segurança jurídica e tutela dos direitos fundamentais, os quais estão assentados nos princípios da privacidade e segurança pública.

No que tange a tutela ao direito fundamental da privacidade e a honra, podemos transcrever o texto contido no inciso X, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, vejamos: "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." (BRASIL, 1988).

Porém, com a devida vênia ao Legislador, o recém artigo do Código Penal, não traduz com especificidade a conduta delituosa do que se conhece como stalking, tão pouco, atenta-se ao Princípio Penal da Taxatividade. Ao nosso entender, há uma interpretação restrita e obscura do crime ao ler o atual regulamento penal. Paulo César da Silva Melo, pontua sobre a Taxatividade:

O princípio da taxatividade ou da determinação exige clareza quando da criação de infração penal porque a norma incriminadora deve ser de fácil entendimento por todos, ou seja, as condutas criminosas precisam ser redigidas com clareza pelo legislador para facilitar o entendimento da população em geral, portanto, não se admite tipos penais com expressões vagas (MELO, 2021).

Dessa forma, cabe ressaltar que o tipo penal em hipótese nenhuma poderá abrir margens a dúvidas, porquanto, a sociedade como um todo, carece obter o pleno entendimento da infração penal ao ler o texto normativo.

Apesar de ser considerada um desenvolvimento normativo para conter o avanço do Stalking e Cyberstalking no Brasil, parece-nos que o Legislador se equivocou ao redigir a tipificação penal do crime de perseguição no Código Penal Brasileiro, como explicaremos nos próximos itens.

3.1 Inespecificidade do termo Perseguição

O termo “Perseguição” escolhido pelo Legislador para traduzir o termo em inglês, apresenta em sua essência, carência de especificidade, frente a um delito plurissubsistente como Stalking. De acordo com Castro e Sydow (2021, p.93): “Os Stalkes variam de perfil e modus operandi, conforme os respectivos traços biopsicológicos, o grau de patologia e as influências recebidas do meio social com o qual se identificam”. Dessa forma, limitar a conduta diversificada de um Stalker com o termo “perseguição”, abre margem para que outras formas de importunação sejam praticadas sem o aparato legal da norma.

Perseguir, segundo o dicionário Dicio (PERSEGUIR, 2020), é verbo detentor de diversas definições. Mas, fundamentalmente, define o verbo perseguir, associado ao plano físico. Definições emblemáticas como “Ir no encalço de”, “seguir alguém ou correr atrás dessa pessoa”, “Tentar encontrar”, “alcançar” e, ainda “procurar”, figuram no imaginário popular a necessidade de se estar presente para que a ação ocorra, o que demonstra anacronismo frente a globalização virtual. Definições que mais se assemelham a conduta do Stalking ou Cyberstalking, aparecem em segundo plano, trazendo significados alternativos como “Atormentar alguém com pedidos inconvenientes e insistentes”, “importunar” ou “atormentar”.

A carência de especificidade do termo, denota que não haveria crime caso não houvesse condutas praticadas ininterruptamente. No exemplo, citado por Greco (2021): na hipótese, durante uma festa, um indivíduo que se interessa amorosamente por uma mulher, abordando-a repetidas vezes, tentando a todo custo conquistá-la e sendo rejeitado todas as vezes. Apesar da situação ser extremamente constrangedora para a mulher, não há o que falar em Stalking neste caso.

Como demonstrado, atitudes constrangedoras podem ser tão indesejadas quanto o ato de perseguir insistentemente. Com a revogação do art. 65 do Decreto-lei 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais), norma antecessora, da norma de perseguição. Inúmeras maneiras de constranger a vítima foram deixadas de lado, por não serem compatíveis aos conceitos de uma perseguição habitual, ficando o Judiciário limitado ao tipo normatizado no Artigo 147 – A, do Código Penal.

Como bem nos assegura Amiky (2014, p.23): “Para que fique configurada a prática do stalking, no entanto, não basta haver um stalker e uma vítima. Devem também ser percebidos danos sofridos pela vítima ou deve haver, pelo menos, a ameaça real e fundada da ocorrência do dano”.

É de suma importância a observância do Princípio Penal da Taxatividade, que exige que a tipificação de um delito seja precisa, clara e específica, sendo de fácil entendimento a todos, facilitando a identificação dos agressores e punidos corretamente.

Portanto, demonstraremos uma definição que melhor se traduz em relação a conduta diversa do Stalking. O termo “Importunação Obsessiva”, abrange de maneira mais efetiva as condutas ilícitas praticadas em casos concretos. Tal mudança, afetaria o texto normativo do Art. 147 – A do Código Penal, cuja solução também exemplificaremos para que melhor se adequasse a problemática interpretativa, vejamos o novo tipo:

Importunação Obsessiva

Exercer de livre vontade importunação obsessiva a alguém, de maneira habitual e por qualquer meio, quer importunando sua esfera de liberdade ou privacidade, quer restringindo sua capacidade de locomoção em razão de ameaça ou condutas lesivas nas esferas físicas ou psicológicas.

A efetiva reformulação do Termo e da norma penal do delito, auxiliaria no melhor entendimento do **Stalking**, para os operadores do direito, assim como para a sociedade como um todo.

3.2 Ausência de majoração pelo uso da tecnologia como ferramenta para prática do cyberstalking

Atualmente, é impensável imaginar que com o avanço tecnológico que a sociedade brasileira vivência nas últimas décadas, as normas penais não se adequem para evitar que possíveis lesões ao direito derivem do meio virtual.

Entretanto, ao analisar o Art. 147 – A do Código Penal, o Legislador com o devido respeito, agiu de forma omissa ao não dimensionar com afinco os malefícios que o Cyberstalking provocaria para a sociedade moderna.

Castro e Sydow (2021, p. 249 e 250) elucidam, que enquanto no Stalking, necessita por parte do agressor, a disponibilidade de tempo, deslocamento físico e relativo gasto econômico. No Cyberstalking, não há tanto gasto de energia por parte do agressor, a qual, a maior parte das ações não demandam gasto econômico muito elevado, não necessitam deslocamento do agente e há a possibilidade de automatizar determinados processos para a facilidade do delito.

Se mostra evidente, que a rede virtual amplifica o delito, sua lesividade as vítimas e exacerbando alcance ao público de maneira célere e destrutiva. Castro e Sydow (2021, p. 254) alertam que, os atos praticados dentro do meio virtual em termos econômicos são relativamente ínfimos, a possibilidade do anonimato, somados a sensação de segurança entregues ao criminoso é muitas vezes encorajadora para que se realize a conduta ilícita.

Dessa forma, cabe ao Poder Legislativo, incluir com urgência a pena majorada para o uso tecnológico como ferramenta na prática do Cyberstalking. Para melhor ilustrar, trataremos um

exemplo final, com a inclusão do inciso IV, do Parágrafo 1º (majorantes) de como o Art. 147 – A do Código Penal deveria ser reestruturado, vejamos:

Importunação Obsessiva

Exercer de livre vontade importunação obsessiva a alguém, de maneira habitual e por qualquer meio, quer importunando sua esfera de liberdade ou privacidade, quer restringindo sua capacidade de locomoção em razão de ameaça ou condutas lesivas nas esferas físicas ou psicológicas.

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021)

§ 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido: (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021)

I – contra criança, adolescente ou idoso; (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021)

II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código; (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021)

III – mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma. (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021)

IV – mediante uso de tecnologia informática para intrusão, roubo de dados ou prática lesiva a honra em âmbito virtual.

§ 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência. (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021)

§ 3º Somente se procede mediante representação (grifo nosso)

Por todo o exposto, urge o Legislador observar sua omissão e retificar a norma para que se torne clara, tutelando de forma eficaz os direitos a honra e a privacidade dos cidadãos, evitando assim, possíveis interpretações inespecíficas em decisões judiciais.

3.3 Malefícios

É possível que haja decisões conflitantes entre os julgadores quando se tratar do instituto jurídico do crime de Perseguição. Como exhaustivamente descrito nesta pesquisa, podemos identificar algumas problemáticas, as quais as vítimas e os tribunais podem enfrentar em casos referentes a stalking e cyberstalking. Obstáculos de cunho interpretativo (entender que a conduta

vivenciada remete-se ao delito), dificuldade da vítima comprovar sua lesão (insuficiência comprobatória).

Ao observar de maneira minuciosa o Art. 147 – A do Código Penal, identificamos que o tipo penal demanda que a conduta do criminoso dentro de uma situação concreta, deverá estar amplamente demonstrada ao Julgador, que necessariamente houve o dano sofrido pela vítima em um dos elementos do crime e que tenha sido praticada com recorrências.

William Garcez, leciona sobre o tema:

Nesse ponto, frisamos a dificuldade, realisticamente falando, que a polícia judiciária e a acusação terão em demonstrar algumas dessas circunstâncias. Não basta apenas a reiteração da ação por parte do sujeito ativo, será necessário demonstrar que o sujeito passivo experimentou uma ou outra situação prevista como consequência da perseguição reiterada. Na esteira desse argumento, quando não houver ameaça à integridade física, v.g., tentativa de agressão (que é facilmente verificável), como demonstrar a ameaça à integridade psicológica da vítima? Trata-se, nos parece, de uma exigência à tipificação. Não será tarefa fácil. Garcez, W. (2021).

É notório, a exigência de uma ampla interpretação de maneira subjetiva quando se lê o Art. 147 – A do Código Penal, para que possa ser estabelecido os critérios de perseguição em acordo com o estabelecido pela norma. Tal subjetividade interpretativa, criará decisões conflitantes entre os Julgadores, impasses na identificação do crime pela inespecificidade da norma ou pela dificuldade que a própria vítima encontra em comprovar o crime. Nesse sentido, a jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE PERSEGUIÇÃO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. AUTORIA E MATERIALIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. 1. Apelação criminal do Ministério Público contra sentença que absolveu o réu pela prática do delito previsto no artigo 147-A do Código Penal, combinado com o art. 5º, III, da Lei nº 11.340/06. 2. Apesar das declarações da vítima se revestirem de especial valor probatório nos delitos cometidos em sede de violência doméstica, necessário que sejam corroboradas pelas demais provas coligidas nos autos. 3. Não tendo o conjunto probatório comprovado que o réu agiu com dolo específico de perseguir a vítima, não é possível a condenação, aplicando-se o princípio do in dubio pro reu. Absolvição mantida. 4. Recurso conhecido e desprovido.

(TJ-DF 07086706420218070006 1427539, Relator: CESAR LOYOLA, Data de Julgamento: 02/06/2022, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: 14/06/2022)

Neste julgado, a vítima sentindo-se perseguida pelo seu ex-companheiro, através de mensagens de texto, ligações e abordagens presenciais, juntou aos autos todas as situações

devidamente comprovadas. Entretanto, não foram suficientes para comprovação do delito, no entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

De maneira contrária, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao condenar o réu, vejamos a jurisprudência pacificada:

RESPONSABILIDADE CIVIL.STALKING. DANO MORAL. 1.- A conduta da parte ré permite a caracterização de STALKING. Intromissão indevida na vida íntima da autora. 2.- Dano moral passível de caracterização e a na sua fixação se deva observar além de outros elementos a extensão da perda de privacidade por parte da autora e a condição econômica do réu. Recurso de apelação provido. (Apelação Cível Nº 70074154501, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em 30/08/2017).

(TJ-RS - AC: 70074154501 RS, Relator: Eduardo Kraemer, Data de Julgamento: 30/08/2017, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 08/09/2017)

Dessa vez, a Justiça entende que há o crime de Perseguição, indicando pela vítima, a qual, comprovou sua agressão com as mensagens de texto que o réu enviou para seu celular, comprovando o cyberstalking.

Cabe a menção, que na maioria dos casos de stalking e cyberstalking, as mulheres figuram no polo passivo do delito. Mais uma vez, cabe ao Legislador, a necessária reforma normativa do Artigo 147 – A, do Código Penal, em acordo com os princípios estipulados pelo Decreto nº 1.973/96 – Convenção de Belém do Pará: “Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher”.

Desse modo, o Artigo 1º, da Convenção de Belém do Pará (1994), normatiza: “Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”.

Nessa linha de raciocínio, há acervos substanciais para o Legislador reformular o texto normativo com intuito de evitar a identificação do delito, em especial, no âmbito virtual. Tomando como base Convenções e Tratados ratificados pelo Brasil nos cenários Nacionais e Internacionais que, em suma, tutelam direitos primordiais aos indivíduos, como direito a Liberdade, direito a vida e a saúde física e mental.

4 CONCLUSÃO

O presente estudo contribuiu para esclarecer sobre a recente tipificação do crime de perseguição e como impactou o meio virtual. Estes dados permitem-nos agregar conhecimento basilar sobre o delito recém normatizado pelo Código Penal, refletir sobre as modalidades em que o crime pode incidir dentro da sociedade e identificar a importância do questionamento

normativo, buscando conhecer sua real aplicabilidade na prática judiciária e sua eficácia protetora aos direitos fundamentais. De acordo, com os resultados obtidos é possível concluir que os delitos de Stalking e Cyberstalking foram devidamente demonstrados em seu conceito teórico e prático, ilustrada sua carência de especificidade em alguns quesitos do texto normativo brasileiro, identificando dificuldades enfrentadas pelas vítimas do delito e pelo Judiciário em âmbito judicial. Importa, por isso, adotar mecanismos e respostas intervencionistas que considere possíveis malefícios causados ao Judiciário e as vítimas como um todo.

O desconhecimento do fenômeno do stalking pela sociedade associados as problemáticas de sua tipificação no Código Penal Brasileiro, reforçam a importância que o Estado exerça ações informativas nas escolas, universidades e na população como um todo, bem como a promoção de instrução técnica jurídica aos profissionais (por exemplo, palestras, cursos especializados ao tema de stalking e cyberstalking, campanhas informativas) com o objetivo de viabilizar um melhor entendimento do crime, esclarecendo como identificar o agressor e como denunciar o delito as autoridades.

Para buscar o objetivo do presente trabalho foi necessário, inicialmente, discorrer acerca do surgimento do tipo penal no ordenamento jurídico brasileiro, sua conceituação e elementares penais acerca do delito. Por conseguinte, verificou-se como o delito (outrora conhecido por se consumir por meio de condutas persecutórias presenciais), impactou no meio virtual das pessoas e como o Poder Legislativo precisou se adequar as constantes alterações comportamentais sofridas pela sociedade, buscando englobar as diversas situações vivenciadas no mundo cibernético.

Por conseguinte, foi possível constatar exemplos fáticos de infrações penais sendo reverberados no meio virtual o que demandou que houvesse uma Lei que criminalizasse o crime de stalking e cyberstalking nas suas mais diversas modalidades de execução – Lei 14.132/2021. Ademais, pode-se constatar que o instituto do cyberstalking é exercido por meio de equipamentos tecnológicos e da internet (geralmente a distância) e evidenciou-se possuir independência da modalidade do stalking (perseguição física), apesar de assemelharem em seu objetivo ilícito.

Na tentativa de frear as práticas do stalking e cyberstalking no Brasil, o Legislador, tipificou as condutas como ato ilícito, passivo de penas e agravantes, dispostos no Art. 147 – A do Código Penal. Porém, demonstrado que ao redigir o tipo penal do crime de stalking, o Legislador cometeu alguns equívocos.

Desde o termo escolhido para a tradução da palavra inglesa (perseguição), causando obscuridade na interpretação normativa tanto para as vítimas, quanto para os operadores do Direito.

Passando pela visível omissão do Legislador, ao não reconhecer a capacidade danosa e célere do uso de aparelhos tecnológicos e da internet para a consumação do delito persecutório (cyberstalking), como majorante ao crime comum.

Destarte, resta explícito as divergências jurisprudenciais, ao tratar do crime de stalking e cyberstalking no Brasil, levando as vítimas a insegurança jurídica e cerceamento dos seus direitos fundamentais como direito a privacidade, a vida e a liberdade.

Por fim, conclui-se que o Legislador ao redigir a norma 147 – A do Código Penal, advinda da Lei 14.132/2021, agiu com assertividade ao direcionar seus esforços para o preenchimento do vazio normativo que outrora se encontrava o Brasil, frente as condutas destrutivas do stalking e cyberstalking.

Todavia, resta ao nobre Legislador reconhecer que o dispositivo padece de carências de cunho semântico, interpretativo e omissivo, que em suma, dificultam a eficácia das decisões judiciais e da pacificação ideal do delito na jurisprudência, desatende a esperada justiça ansiada pela vítima e da justa punição ao agressor, em especial, ao perseguidor cibernético.

4 REFERÊNCIAS

AMIKY, Luciana Gerbovic. Stalking. 2014. 119 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6555/1/Luciana%20Gerbovic%20Amiky.pdf>. Acesso em: 13, nov. 2022.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro. Manual de Direito Penal: partes geral e especial, 2a ed. ver e ampliada, Juspodivm, 2022, p. 912.

BRANDÃO, CLÁUDIO ROBERTO C. B. A importância da conceituação da antijuridicidade para a compreensão da essência do crime. Revista de Informação Legislativa, Brasília, 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/190/r133-03.PDF?sequence=4&isAllowed=y#:~:text=O%20crime%20%C3%A9%20uma%20viola%C3%A7%C3%A3o,n%C3%A3o%2Dquerido%20pelo%20Ordenamento%20Jur%C3%ADico>. Acesso em: 16, nov. de 2022.

BRASIL, Lei nº 14.132, de 31 de março de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2019-2022/2021/Lei/L14132.htm. Acesso em: 13, nov. 2022.

BRASIL.SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 1369, de 2019. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, tipificando o crime de perseguição e dá outras providencias. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7924938&ts=1630434162684&disposition=inline>. Acesso em: 13, nov. de 2022.

BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/03/09/senado-aprova-criacao-do-crime-de-stalking>. Acesso em: 13, nov. 2022.

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: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 16, de nov. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm. Acesso em: 19 nov. 2022.

Bocij, P., McFarlane, L. (2003). Cyberstalking: A tecnologia do ódio. O Jornal da Polícia. Disponível em: <https://doi.org/10.1350/pojo.76.3.204.19442>. Acesso em: 18, nov. de 2022.

CASTRO, Ana Lara Camargo; SYDOW, Spencer Toth. Stalking e Cyberstalking. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

COSTA, A., Fontes E. e Hoffmann H. Stalking: o crime de perseguição ameaçadora. Revista Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-06/academia-policia-stalking-crime-perseguiacao-ameacadora>. Acesso em: 13, set. de 2022.

CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ. 1º de agosto de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 20, nov. de 2022.

CRESPO, Marcelo. Algumas reflexões sobre cyberstalking. 2015. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/algumas-reflexoes-sobre-o-cyberstalking/>. Acesso em: 19, nov. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. Lei 14.132/21: Insere no Código Penal o art. 147-A para tipificar o crime de perseguição. MSJ. Meu-Site-Jurídico, 01/04/2021. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/04/01/lei-14-13221-insere-no-codigo-penal-o-art-147-para-tipificar-o-crime-deperseguiacao/#:~:text=O%20ato%20de%20molestar%20algu%C3%A9m,147%2DA>. Acesso em: 13, nov. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361) / Rogério Sanches Cunha – 15. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Juspodivm, 2022.

GARCEZ, W. Lei 14.132/21: A tipificação do crime de perseguição (stalking). Meu Site Jurídico - juspodivm, 2021. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/04/28/lei-14-13221-tipificacao-crime-de-perseguiacao-stalking/>. Acesso em: 19, nov. de 2022.

GONÇALVES, M. Primeiras linhas sobre o crime de perseguição (stalking). Migalhas, 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/362377/primeiras-linhas-sobre-o-crime-de-perseguiacao-stalking>. Acesso em: 15, set de 2022.

GRECO, Rogerio. Novo crime: Perseguição - art. 147- A do Código Penal. Instituto de Ensino Rogério Greco. Rogério Greco, 01/04/2021. Disponível em: <https://www.rogeriogreco.com.br/post/nova-lei-de-perseguir%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 13, nov. de 2022.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Culpabilidade. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Penal. Christiano Jorge Santos (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica

de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/414/edicao-1/culpabilidade>. Acesso em: 16, nov. de 2022.

MELO, Paulo César da Silva. Princípio Da Taxatividade E A Consequente Fragmentariedade Às Aversas. Revista Jus Navigandi, 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/88270/principio-da-taxatividade-e-a-consequente-fragmentariedade-as-aversas>. Acesso em: 19, nov. de 2022.

PEREZ ESTEVES, H. CRIME DE PERSEGUIÇÃO OU STALKING: Consequências penais, processuais e análise crítica. Jus, 2022. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/96604/crime-de-perseguiçao-ou-stalking-consequencias-penais-processuais-e-analise-critica>. Acesso em: 13, set. de 2022.

PERSEGUIR. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2022. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/perseguir/>. Acesso em: 20, nov. de 2022.

SALES, L. Crime de perseguição (stalking). Migalhas, 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/345402/crime-de-perseguiçao-stalking>. Acesso em: 13, set. de 2022.

SENA, E. Teoria geral do crime e a teoria tripartite: o corte metodológico. Conteúdo Jurídico, 2017. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50687/teoria-geral-do-crime-e-a-teoria-tripartite-o-corte-metodologico>. Acesso em: 16, nov. de 2022.

RELIGIOSIDADE E RELIGIÃO NA VISÃO DOS DIREITOS HUMANOS

MARIA BEATRIZ AIRES DA SILVA CARDOSO FROSI:
Graduanda em Direito pela Faculdade Serra do Carmo –
FASEC.

ANDRÉIA AYRES GABARDO DA ROSA ¹⁶

(orientadora)

RESUMO: O objetivo do artigo é mostrar a realidade enfrentada pelo ser humano diante da sua crença. Atitudes que ferem os direitos humanos e violam sua liberdade. O indivíduo se torna refém daquilo que acredita ser a sua salvação, atos degradantes e desumanos, são postos como inclusão nas religiões fanáticas. Agressões psicológicas, físicas e espirituais. O objetivo deste artigo não é somente mostrar o que acontece dentro da realidade fanática, mas como também apresentar soluções positivas e esclarecimentos para situação mencionada. Pesquisas, entrevistas e relatos foram explorados com intuito de expor soluções e a preservação da religião dentro do respeito a vida.

Palavras-chave: Direito; fanatismo; religião.

1. INTRODUÇÃO

Dentro do contexto da Religião, entende-se, que o homem por natureza é um ser religioso, tem a necessidade de se ligar ao um ser Divino ou transcendente. O exagero da Religiosidade, traz grandes consequências negativas ao ser humano, uma vez que, por devoção ou por algo que considera certo, como; a obrigação de ir à igreja, a busca em não praticar pecados, a procura pelo puritanismo, a autocobrança e a busca pela santidade plena, por muitas vezes o indivíduo traz a si mesmo algum tipo de penalidade por não ter cumprido à risca o rito de ser um religioso perfeito. Na visão dos Direitos humanos, o indivíduo tem o direito à liberdade da religião, sem que prejudique seu bem-estar e sua cultura.

A Organização Mundial de Saúde, através do Grupo de Qualidade de Vida, incluiu um domínio denominado religiosidade, espiritualidade e crenças pessoais, no seu instrumento genérico de avaliação de qualidade de vida. O entendimento leva que a religiosidade tem conexão com a saúde mental das pessoas. A religiosidade aparece desde as tribos mais primitivas e em qualquer nível cultural. Em um sentido mais restrito, a religiosidade trata mais de que a pessoa deixa sua liberdade em função daquilo que acredita que a salvará. Na magnífica Declaração De Direitos Humanos, aborda a liberdade que o indivíduo tem em seguir uma religião, dentro daquilo que acredita, tendo o respeito de todos por suas escolhas e crenças, porém reprime aquilo que atenta contra sua dignidade. A pesquisa levará ao esclarecimento que, ter uma religião, não é se submeter a atos penosos.

¹⁶ Mestre em Psicologia pela UFSC e Professora da Graduação de Direito na Faculdade Serra do Carmo - FASEC.

Alguns dos grandes pensadores e filósofos também fazem considerações a cerca desse aspecto. Nietzsche, por exemplo, citado por Magno (2022, p. 17), apontava que a filosofia ocidental, a religião e a moralidade seriam máscaras utilizadas para o controle da sociedade. Ele defendia a prática do *nihilismo* que, em poucas palavras, é a proposta de uma vida ascética e em comunhão com o universo à sua volta. Por sua vez, Kant, citado por Palma (2011, p. 157) também fez considerações críticas sobre a religião e vai um pouco mais além. Ele propõe uma nova teologia filosófica, que baseia a religião nas necessidades da razão prática.

O exagero da religiosidade também pode trazer consequências negativas ao ser humano. Por devoção ou por algo que considera certo, como a obrigação de ir à igreja, a busca em não praticar pecados, a procura pelo puritanismo, a autocobrança e a busca pela santidade plena, por muitas vezes pode trazer ao indivíduo algum tipo de penalidade por não ter cumprido à risca o rito. Na visão dos Direitos humanos, o indivíduo tem o direito à liberdade de escolha de sua religião, desde que não traga prejuízo ao seu bem-estar e sua cultura. O estudo do Direito contribui intensamente para essa reflexão, no que abrange a liberdade dada ao ser humano, a Constituição, elenca Direitos de liberdade e garante ao ser humano uma sociedade mais justa, igualitária, democrática, livre de situações que levam o indivíduo a penalizar-se ou ser penalizado por algo imposto pela prática excessiva e radical do emprego da religiosidade. Quando se fala em liberdade religiosa, exclui -se o rito da exaustão.

No artigo 18 da Declaração Dos Direitos humanos, traz uma ótica que todas as pessoas tem Direitos a liberdade de pensamento, consciência e religião, esses Direitos dizem que as pessoas tem a liberdade de mudar de religião ou crenças, serem reconhecidas, aceitas de forma que não se sintam discriminadas.

Em alguns regimes religiosos, existem regras que levam o ser humano a submeter-se em situações discriminatórias, as mulheres por vezes foram deixadas para traz, quando se trata desta liberdade, a religião não pode ser usada para suprimir ou discriminar mulheres, existem práticas religiosas que impõe o uso diferenciado das vestimentas, regras de como viver em sociedade, e penitencias severas quando há descumprimento de tais normas. No entendimento de Asma Jahangir, ex. relatora especial da ONU, no que trata de liberdade de religião e crença, relata que: "não pode mais ser um tabu exigir que os direitos das mulheres sejam prioridade sobre crenças intolerantes que são usadas para justificar discriminação de gênero".

Diante de cenários que tange contra a vida humana, como rituais e oferendas, a troca de salvação e benevolência, o Direito reza pela vida, trata-se de um direito inviolável, de acordo com o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal Brasileira (1988).

A introdução do Direito na vida humana, deixa para traz rigores penosos que existiam no início da antiguidade, aonde se aplicava códigos e penas degradantes a sociedade que não seguiam à risca o a imposição posta pelas religiões.

2.DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS POR MEIO DA RELIGIÃO

A religião desde o início dos tempos foi imposta a vida do ser humano com certo rigor. O termo religião, trouxe a ideia de plenitude, liberdade e paz interior, a religiosidade trouxe a obrigação do rito. O assunto dentro do contexto brasileiro de acordo com o professor Rodrigo Sousa, da Universidade Presbiteriana Mackenzie: A religiosidade no Brasil tem recebido atenção renovada com a participação cada vez maior de grupos religiosos, não poucas vezes de orientação fundamentalista, no cenário político e midiático brasileiro. A discussão é normalmente formatada em termos das questões quentes do momento e se mostra como um lugar de formação de estereótipos e visões superficiais, como a repetida afirmação do declínio do catolicismo laico no Brasil e do crescimento desenfreado de um evangelicalismo radical, proselitista e monolítico.

O ser humano quando adere o caminho do fanatismo dentro da religião, confere a si mesmo penalidades, muitas vezes o fato de optar por este caminho tem contextos dentro de sua criação e formação cultural, já outros adere a prática em outra fase da vida, talvez uma fase até mais madura, mas o deixa levar pela alienação de que; para ser salvo deva se abster de seus Direitos e se submeter a razões que o levam a salvação. Alguns indivíduos são esclarecidos em um determinado momento, mas não se isentam da consequência, por vezes contrai sequelas que venham a ser irreversíveis, outros indivíduos se alienam por toda a vida neste contexto, acreditando está fazendo o bem por si mesmo.

A religiosidade brasileira possui uma identidade plástica e metáfora, que trai os números censitários. É possível detectar alguns fatores históricos e sociais comuns que afetam, ainda que com suas especificidades, os diferentes grupos religiosos brasileiros. Esses fatores aparecem reiteradamente em diversos textos da coletânea.

Pela evolução do Direito na vida das pessoas, o radicalismo traz uma tendência progressiva, porém; em uma sociedade contemporânea se ver ao contrário.

O Direito garante a liberdade, bem estar e plenitude, deixando ao ser humano a porta aberta para suas próprias escolhas, por vezes as imposições religiosas ferem essa liberdade.

No aspecto jurídico, Martins preceitua que, a liberdade religiosa tem ligação com o princípio da autodeterminação, previsto no artigo 4º, inciso III da Carta da República. Por outro lado, não há como deixar de mencionar a estreita relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente em função de seu status de fundamento da República Federativa do Brasil que a Constituição lhe outorga no artigo 1º, inciso III. A liberdade de crença, de adesão a alguma religião e de exercício do culto respectivo integram o conteúdo da liberdade religiosa. Essa liberdade determina a escolha livre de cada indivíduo, servindo-se de valores e preferências que livremente estabelece para si. Sendo, por esta razão, Humberto Martins lembra que a liberdade religiosa é expressão da dignidade da pessoa humana. Embora possa parecer redundante, a liberdade religiosa está ligada ao exercício da religião. Significa que não se trata de considerar qualquer conduta como expressão da liberdade religiosa.

A religiosidade imposta, leva o indivíduo a um sistema de cárcere, para se ter salvação ou algum tipo de benevolência divina, é necessário se impor a algo que atente contra as regras da liberdade, ao direito livre de escolha e felicidade.

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, aprecia a conduta religiosa como uma necessidade para a comunidade e o indivíduo. Na visão da Constituição alemã, o direito aos cultos, rituais, liturgias, estão relacionados com a liberdade e não com aspectos ritualísticos que levam a penalidade do ser humano.

A Convenção Americana dos Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, reconhece a natureza de direito fundamental à liberdade religiosa, ao proclamar no artigo 12 o direito de toda a pessoa à liberdade de consciência e de religião, significando a garantia da liberdade de conservar ou de mudar de religião ou de crenças, além da liberdade de difusão, seja individualmente ou coletivamente, em público ou privado, de suas ideias religiosas. Também é digno de nota o teor do artigo 18 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que praticamente repete o teor do Artigo XVIII da Declaração Universal de Direitos Humanos.

A liberdade religiosa possui um conteúdo positivo e um negativo. No conteúdo positivo estão inseridas as liberdades de consciência e de escolha, de religião e de culto. Já o conteúdo negativo engloba vedações, proibições e sanções a comportamentos que sejam contrários ao direito do outro.

A Constituição Brasileira adota uma postura ampla com relação à liberdade religiosa. a Constituição protege a liberdade religiosa em razão de sua natureza de direito fundamental, garantindo-se a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, ou seja, o aspecto subjetivo da liberdade religiosa, mas prevendo a proteção e garantia da manifestação pública e exterior das convicções íntimas do indivíduo. Porém, as questões subjetivas são de difícil avaliação pelo Direito, dependendo da manifestação externa para a sua verificação, a subordinação do indivíduo, para com a divindade e que, por conseguinte, qualquer atentado a isso resulta, na realidade, em ofensa à liberdade religiosa. A sua importância é ainda ressaltada pelo fato de que o direito fundamental à liberdade religiosa é visto por Habermas como a resposta adequada aos desafios do pluralismo religioso, Liberdade religiosa é o direito de praticar a religião e de expressá-la através da exposição pública dos conceitos fundamentais de determinado sistema religioso e das opiniões e críticas com base nesse sistema de crença.

A liberdade mencionada é consistente na liberdade de consciência e crença, conforme previsto no artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal, surge como mecanismo fundamental para o estabelecimento e conservação da democracia, tornando qualquer violação à liberdade a partir do momento em que há o exagero na prática religiosa, perde-se essa liberdade, algumas pessoas por serem induzidas a esses ritos, acreditam em sua normalidade, deixando para trás a liberdade garantida por direito a ele constitucionalmente.

Desde a Antiguidade, pessoas eram expostas a ritos sacrificiais em oferenda a alguns deuses, as pessoas acreditavam que eram um privilégio morrerem em prol de causas nobres, porque teriam sua própria salvação. O extremismo dentro da religião, é provocado de várias formas, desde uma alienação psicológica, mutilações, provações, auto flagelações exclusões sociais e até mesmo a morte. Tudo depende da cultura e costume da religião, quando se trata de costumes,

algumas sociedades tem particularidades que são normalmente aceitas em face de outras que são totalmente contra.

Algumas civilizações da atual América Central praticavam sacrifício humano. Os Astecas eram um caso especial pois praticavam tal sacrifício em grande escala; um sacrifício humano seria feito todos os dias para ajudar o Sol a nascer, em homenagem ao grande templo do Tenochtitlán, entre outros. Na antiga religião da Escandinávia também se praticavam sacrifícios humanos.

A luta incansável, de grandes pensadores, filósofos, antropólogos, legisladores entre outros, vem trazendo dia após dia o direito pela liberdade, isentando o homem a submeter-se a situações degradantes como; rituais humanos, abortos, lesão corporal, cárcere privado, estupro, pedofilia, agressões psicológicas, corrupção de menores, raptos, instigação a suicídio, infanticídio entre outros, práticas usadas por meio de rituais religiosos.

Nos tempos atuais a religiosidade extremista é proibida, atos que atentam contra a dignidade da pessoa humana, que a coloca em risco e a submeta em situações perigosas para si mesma. Muitas dessas práticas acontecem por grupos inseridos na internet. E em alguns países existem religiões que posicionam atos a seus fiéis como forma de obediência, ou até mesmo colocando a imposição como um meio de permitir que a pessoa siga determinada religião. No caso de sacrifício humano o Código penal tipifica como assassinato. Mas existem algumas seitas que tem como seus seguidores, religiosos extremistas e grupos a débitos a tal situação.

Situações repressoras como uso e costumes obrigatórios, levam o indivíduo a exclusão social, fazendo com que o mesmo se sinta diferente da sociedade, mas; porém; “confortado psicologicamente”, tendo uma falsa certeza que em troca do seu sacrifício terá benefícios eternos por se abster da liberdade dada a si mesmo, como; o direito a escolha, locomoção, felicidade, liberdade e dignidade. O simples fato da imposição posta por algumas religiões como: Exigir que o fiel frequente obrigatoriamente a igreja três vezes por semana, ou que as mulheres possam usar somente um estilo de roupa, São movimentos impostos pela religiosidade.

No projeto de lei nº 7.959/2017, proposto pelo deputado Edmar Arruda, relata em seu art. 1º que; tem por fim qualificar o crime de homicídio, quando se tratar de sacrifício humano por motivação religiosa, envolvendo adultos, crianças e adolescentes. Ainda presente no projeto o deputado relata que seitas satanistas têm crescido no Brasil, aderindo adeptos e religiosos. Dentro dos ritos extremos da religiosidade destaca se; o que gera dano a vida. Ainda relata que:

Poucos se aventuram em escrever ou denunciar sobre os crimes satânicos, mas dentre eles destaca-se, Cláudia Nara Borato que em sua obra “A criminologia do Satanismo” faz uma análise sobre a ligação do satanismo a vários tipos de crimes como homicídio (art.121, CP), corrupção de menores (art. 218, CP), sequestro e cárcere privado (art. 148, CP), aliciamento sexual de crianças ou adolescente (art. 241-D, do Estatuto da Criança e Adolescente), além de estar intimamente ligado a casos de desaparecimento de pessoas e casos de pedofilia. Assim, por guardarem requintes de crueldade esses crimes cometidos decorrentes de magia negra merecem uma reprimenda mais gravosa no nosso ordenamento penal brasileiro. (ARRUDA, 2017, p. 56)

O código penal não tipifica como sacrifício humano, mas o trata como assassinato.

O direito à vida é dado constitucionalmente a cada cidadão, diante de inúmeras batalhas, buscas e lutas por esse direito tão personalíssimo.

Na visão pedagógica, ao entendimento do Prof. Dr. Jorge Claudio Ribeiro da PUC-SP (2009, p. 19), a discussão relembrou-nos a dimensão pública do fenômeno religioso. A sociedade já estava perigosamente acostumada a uma abordagem que reduzia as religiões ao âmbito individual, doméstico ou das igrejas. Voltamos a perceber que a religião não se refere a elementos estritamente “de igreja”, mas pode ter importante papel na evolução ética de nossa sociedade. Por isso, a principal missão política de cada religião ou igreja não é defender pequenas vantagens para seus líderes ou fiéis, ou impor a todos certas diretrizes públicas oriundas de suas convicções doutrinárias; é, sim, refletir e propor valores fundamentais que devem valer para todos. Nesse sentido, a política e a religião que são mais amplos que partidos ou igrejas assumem uma função educativa.

A educação também não se restringe a seus aspectos escolares, mas se exerce em sentido: Estende ainda dizendo que:

Energia, a religiosidade é aliada do processo educativo, laico ou religioso. Ela é decisiva para o jovem mergulhar em seu presente e se abrir para o além-de-si (a sociedade, seu futuro, o transcendente). O fazer educativo fundado numa religiosidade “naturalmente” humana pode promover uma aproximação entre a diversidade religiosa e algumas conquistas da modernidade, tal como a ética de um universal humano, trans religioso e trans filosófico. (RIBEIRO, 2009, p. 23)

No Brasil, o Projeto Juventude propõe, para o ensino religioso, o estudo da história das religiões e seu papel na sociedade brasileira; a afirmação da liberdade religiosa como requisito da democracia política; a adoção de uma perspectiva ecumênica; a inclusão do fator religioso em programas de solidariedade.

Avançando para o parâmetro da psicológica, durante o século XX, cientistas e intelectuais de grande influência no meio acadêmico, principalmente na área de saúde mental, atribuíram à religiosidade um efeito negativo para o funcionamento psicológico. Levando para as teorias e opiniões pessoais, sem bases em investigações epidemiológicas sistematizadas, tendo a ideia que, atualmente as investigações sobre a relação entre religiosidade e saúde buscam testar e avaliar como crenças e comportamentos religiosos se relacionam ou interferem na saúde, assim como em outros aspectos da vida do indivíduo. Do ponto de vista clínico e epidemiológico, importa avaliar o impacto que religião, religiosidade e espiritualidade possam ter sobre a saúde física e mental de uma pessoa ou uma comunidade.

Stroppa (2008, p. 47), conceitua que: “a influência da religião e religiosidade sobre a saúde e, em especial, a saúde mental, é um fenômeno resultante de vários fatores”. Entre os

possíveis modos pelos quais o envolvimento religioso poderia influenciar a saúde, estão fatores como estilo de vida, suporte social, um sistema de crenças, práticas religiosas, formas de expressar estresse, direção e orientação espiritual.

Alguns psiquiatras tiveram a visão positiva da religiosidade, porém a maioria dos pacientes que demonstram transtornos depressivos, foram ou são vitimizados pela prática extrema da religião, isso dentro do contexto abordado, ao mesmo tempo em que a pessoa encontra a tão liberdade sonhada dentro de um contexto religioso, encontra-se também a penitência para a busca de algo que acredita ser certo. E por vezes provoca o mal a si e aos outros, exemplo; pessoas com transtornos de psicopatias. Mesmo no final dos anos 1980, o psicólogo Albert Ellis, fundador da Terapia Racional Emotiva, que teve uma grande influência sobre a Terapia Cognitiva, apontava a religiosidade como equivalente ao pensamento irracional e ao distúrbio emocional. Defendia que a solução adequada para problemas emocionais era tornar-se não religioso, pois quanto menos religiosas as pessoas fossem, mais emocionalmente saudáveis elas seriam.

No entanto, essas enfáticas declarações acerca da espiritualidade e religiosidade em saúde mental não eram baseadas em estudos bem controlados, mas somente em experiência clínica e opinião pessoal.

Alguns autores defendem que a existência de um "abismo religioso" entre profissionais de saúde mental e seus pacientes pode ter contribuído para essa atitude negativa em relação à religiosidade.

Psiquiatras e psicólogos tendem a ser menos religiosos que a população em geral. Além disso, profissionais de saúde não recebem treinamento adequado para lidar com questões religiosas na prática clínica. Por esse motivo, têm maiores dificuldades em entender pacientes com comportamentos e crenças religiosas. Quando uma pessoa tem o comportamento fanático, os sinais de descontrole emocional são visíveis ao que se expressa, tem indivíduos que usam da prática para cometer crimes e atentados contra outrem, porém mesmo buscando a salvação plena, acredita que o mal praticado a outra pessoa é justificado pelo uso da religião.

Alexandre Moreira e André Stroppa, em sua obra; "Religiosidade e saúde" relatam que:

As Crenças religiosas influenciam o modo como pessoas lidam com situações de estresse, sofrimento e problemas vitais. A religiosidade pode proporcionar à pessoa maior aceitação, firmeza e adaptação a situações difíceis de vida, gerando paz, autoconfiança e perdão, e uma imagem positiva de si mesmo se for de forma comedida. Por outro lado, dependendo do tipo e uso das crenças religiosas, podem gerar culpa, dúvida, ansiedade e depressão por aumento da autocrítica. A importância da relação entre religiosidade e saúde mental é reconhecida teoricamente, porém profissionais de saúde mental têm dificuldades ao lidar com a religiosidade espiritualidade de seus pacientes. Um treinamento adequado é necessário para integrar espiritualidade e prática clínica. Religiões podem tanto orientar a pessoa de maneira rígida e inflexível, desestimulando a busca de cuidados [...]. (STROPPA E MOREIRA, 2008, p. 63-64)

3. DOS ILÍCITOS PRATICADOS POR MEIO DA RELIGIÃO

Um dos objetivos deste artigo foram trazer informações e estimular reflexões sobre a religiosidade extrema na vida do indivíduo, prática que pauta seu bem estar e Direitos adquiridos. Neste enfrentamento a pesquisa mostra dados na visão de vários autores, que a religiosidade extremista tem sido algo penoso na vida das pessoas.

Estudos avançam dia após dia, empenhando-se na evolução para um controle, ao qual as pessoas não venham se expor a métodos desajustados por via da religiosidade fanática. O prof. Jorge Carlos Ribeiro corrobora que (2009, p. 25), “o indivíduo por sua vez deve ter essa educação sobre religião no início da sua vida, de forma pedagógica, pois assim se forma pilares sóbrios”.

A prática da religiosidade extrema, faz com que o indivíduo use desse artifício, para justificar pontos em sua vida, o qual considera de maior valor, como a salvação, vida plena e redenção.

O Direito vela pela busca da felicidade em conformidade com a preservação dos direitos humanos e o respeito à dignidade da pessoa humana. Na atual época práticas abusivas são defendidas por várias religiões, culturas e povos, mais ainda sim, existem pessoas submetidas a tais práticas.

O fundamentalismo religioso, é uma causa para a imersão das pessoas ao fanatismo, o Brasil é um país laico, porém por várias religiões o rito da obrigatoriedade é imposto ao indivíduo, levando os a acreditarem que existem, plenitudes que os salvam, atropelando Direitos que foram constituídos com muita luta pelo ser humano, esses métodos levam ao retrocesso aos anos de lutas e conquistas.

Na obra de Marlene Winell Ph.D. (2013, p. 83); a autora revela, sua experiência como cuidadora de pessoas com transtornos mentais, por doenças psicológicas causadas por influências religiosas.

Winell cunhou o termo “*Síndrome do Trauma Religioso*”, STR (na sigla em português), para classificar os sintomas de pacientes que sofrem de transtornos mentais em decorrência da lavagem cerebral de religiões fundamentalistas. Em entrevista à psicóloga Valerie Tarico, Winell disse que os sintomas do STR incluem, além da ansiedade, depressão, dificuldades cognitivas e degradação do relacionamento social e acrescenta que:

Os ensinamentos e práticas religiosas, por vezes, causam danos graves na saúde mental. No cristianismo fundamentalista, o indivíduo é considerado depravado e tem necessidade de salvação. [...]. A mensagem central é você é mau e merece morrer, porque o salário do pecado é a morte. [...] Já tive pacientes que, quando eram crianças, se sentiam perturbados diante da imagem sanguinolenta de Jesus pagando pelos pecados deles. [...]. A recuperação de quem nasceu em uma família de fanáticos religiosos é mais

difícil em relação àquele que adotou uma crença fundamentalista na vida adulta, porque não dispõe de parâmetro de comparação. [...]. Se livrar de uma religião é muito difícil em muitos casos porque isso significa pôr em risco um sistema de apoio composto por parentes e amigos, principalmente em relação às pessoas que nasceram em uma família de crentes fanáticos [...]. (WINELL, 2013, p. 95-99)

A igreja Presbiteriana Do Brasil, fundada por Ashbel Green Simonton, em 1859 na Cidade do Rio De Janeiro, com sua extensão a Palmas - TO, tem como líder o Reverendo Renato Romão, que traz sua colaboração a esse artigo defendendo que:

A Religiosidade quando exagerada, é um ato negativo para a vida do ser humano, levando-o a exposição em situações que poderiam ser evitadas, servir a Deus é um meio de liberdade, é um Direito que todo cidadão tem, portanto cuidar para que esse direito não se torne um peso em sua vida, a pessoa que busca de uma forma abrupta a busca fanática, acaba por se permitir ao sofrimento, para si e para os outros. A igreja através de seus ensinamentos leva ao fiel a uma oportunidade de escolha livre, para fazer aquilo que o deixa feliz, desde que não acarrete nenhum tipo de prejuízo emocional, social ou físico". A igreja é uma instituição, deve prezar por valores e Direitos. O papel da igreja é socializar o ser humano, e não o deixar reprimido, valorizar os Direitos que tens diante da sociedade, colaborar com o crescimento espiritual e intelectual, a proposta da igreja Presbiteriana é levar o fiel ao ensinamento religioso, construir relacionamentos retentivos e formar uma sociedade livre e consciente. (ROMÃO, 2022).

Em uma busca ao entendimento da jurisprudência do STF, entende que a pessoa tem direito a liberdade pessoal, tal liberdade em sentido amplo, é de fazer ou não fazer aquilo que lhe é permitido, a segurança caminha junto com a liberdade, dada a vez que o indivíduo se submete a prática fanática da imposição religiosa, contradiz aquilo que o Direito a ampara, constitucionalmente. A comissão americana define o a liberdade, como um direito humano básico, próprio dos atributos da pessoa.

Existem centros que oferecem ajuda, a pessoas com perfis, em fanatismos religiosos, a professora do departamento de saúde mental da UFMG, Tatiana Mourão Lourenço, relata que:

É preciso ouvi-la e o ambiente para essa conversa tende a ser favorável. Não podemos esquecer que o funcionamento dela não está excelente. Muitas vezes, o melhor é deixar com que ela fale tudo o que quiser mesmo isso sendo difícil. E depois mostrar de forma delicada e sutil, que você pensa de modo diferente. É quase servir como um eco a fim de mostrar outro lado e fazê-la refletir de que o pensamento dela não é o único. É como se acionasse um gatilho para fazer com que ela pense com mais clareza. O x da questão é o quanto aquilo prejudica a vida do fanático. Se suas relações familiares, sociais e emocionais estão sendo abaladas, é necessário um trabalho. Há

fanáticos em situações mais delicadas e que precisam de um acompanhamento psiquiátrico, em todo caso, vale a pena buscar ajuda. (LOURENÇO, 2012, p. 147)

Muitas pessoas, conhecem seus Direitos portanto, preferem deixá-los, dando mais importância aquilo que lhe é imposto, outras já os desconhecem totalmente, acreditando está fazendo por si mesmo algo revelador.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentro da pesquisa encontrei que: deverá o ser humano ter uma compreensão mais clara do que é a religiosidade ponderada, que se ter uma religião não é se submeter a situações ao qual o leva o indivíduo ao sofrimento, um sofrimento por vezes aceitável, em razão da imposição religiosa.

Os Direitos Humanos trazem a toda força o amparo ao bem estar e felicidade das pessoas, uma felicidade interpretada como um bem e não como um mal, a pessoa porta de sua dignidade através do Direito adquirido.

O indivíduo que é voltado a essa penitência provoca grandes malefícios a sua saúde física, social, e até mesmo moral, o intuito da religião é levar a pessoa a celebração de atos que o conforta, a religião é um ato social, o extremismo não é aceito pela a maioria das religiões.

Os direitos elencados a luz da constituição Federal, nas Declarações e jurisprudências pauta no Princípio da Dignidade Humana, que trazem valores morais e espirituais inerente a pessoa, todo indivíduo é dotado deste preceito e o mesmo constitui o princípio máximo do estado democrático de direito. A dignidade da pessoa, traz o ser humano a merecer o mesmo respeito e consideração do Estado e da comunidade. um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável.

Dentro da pesquisa, foram apontados a religiosidade diante da ótica pedagógica e psicológica trazendo que; na visão pedagógica, o indivíduo necessita de uma formação educacional sobre o assunto tratado, ter acesso a um contexto claro de informações sobre a religiosidade e a religião, com isso será evitado possíveis alienações durante o desenvolvimento humano. Já na visão psiquiátrica, o exagero da prática traz malefícios por vezes irreparáveis as pessoas.

Contudo durante o desenvolvimento metodológico deste artigo, perfaz que para ser religioso, basta ter a liberdade garantida pelo seu Direito como ser humano, não existe a necessidade de se auto penitenciar por práticas degradantes para que se obtenha essa liberdade.

Destarte, por meio deste trabalho, a pesquisadora procurou compreender e descrever os principais aspectos referentes a religiosidade e religião mediante ao Direito. Percebeu que há uma grande necessidade de aprofundamento do tema, dada a importância e a atualidade do mesmo,

nota-se possíveis efeitos negativos em função da religiosidade extrema, uma vez que tudo comedido se obtém um resultado melhor.

Foi possível compreender que apesar do assunto não ser inédito, envolve questões pouco compreendidas, a religiosidade tem a tendência avançada ao crescimento. Ao longo da pesquisa, o artigo mostra a relação entre religiosidade e religião, o fato de ser religioso não aponta a perda dos Direitos, o uso da religiosidade carece de esclarecimentos, as pessoas tendem ao erro por não conhecer de fato aquilo que as fazem felizes. O padrão de felicidade não poderá estar atrelado ao comportamento social das pessoas. A falta de informação leva o indivíduo a se colocar em situações que poderiam ser evitadas.

Observou-se o sofrimento das pessoas que são imergidas nesta prática extrema. A liberdade constituída em Direito é inerente do ser humano, o Homem é um ser social, precisa se relacionar de forma branda e feliz, a prática extremista o leva a um alinhamento opressor, a falsa ideia de liberdade.

Os objetivos gerais e específicos deste trabalho foram alcançados, pois foram possíveis identificar os principais aspectos relacionados a religiosidade, A luta por essa liberdade corrobora que o princípio da dignidade da pessoa Humana deve vir a frente de qualquer prática abusiva, que comprometa a vida e não coopere para o bem estar humano.

Percebe-se que a instrução deverá caminhar junto a descoberta, o conhecimento cultural deverá ser introduzido com mais relevância a vida das pessoas, assim o conhecimento deixará para traz atos que degradam com a vida do indivíduo.

Estudos sobre o tema têm implicações para a prática de profissionais da saúde, em especial, psicólogos. Nesse sentido, sugere-se propiciar a escuta de conflitos psicológicos de origem religiosa, assim como se faz com demais aspectos da vida, de forma a possibilitar acolhimento e, quando necessário, a ressignificação dos mesmos. A religiosidade é parte relevante da vida de muitas pessoas e não pode ser negligenciada no contexto do atendimento psicológico.

Ressalta-se, também, o imperativo de realizar mais pesquisas que investiguem a interface entre religiosidade e saúde na população brasileira, cujas características culturais englobam aspectos religiosos muito particulares, o que pode levar a resultados diferenciados dos encontrados em outras culturas.

Portanto, ao médio e longo prazo espera-se, que o estudo sirva de base para projetos relacionados ao Direito e comportamentos psicossociais, com indivíduos e famílias que apelam para este caminho. promovendo melhorias nas relações entre os mesmos, bem como o entendimento da não degradação de si mesmo, mas sim a implantação da liberdade de Direito a ele conferida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

CARVALHO, K. G. **Direito constitucional**. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009

DESCONHECIDO. **Fundamentalismo religioso é causa de graves transtornos mentais**. 2 abr. 2013. Disponível em: <https://www.pragmatismopolitico.com.br/2013/04/fundamentalismo-religioso-e-causa-de-graves-transtornos-mentais.html>. Acesso em: 8 nov. 2022.

GRECO, R. **Código penal comentado**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

GUMUCIO, P. C. **Revista Eclesiástica Brasileira**, Fasc210, Santiago-Chile-jun-1998.

LIBANIO, J. B. **A religião no início do milênio**. São Paulo: Loyola, 2002

LUIS, C. **Religião e hipnotismo**, ed. Sociedade Filosófica Luís Caramaschi, São Paulo, 2016.

MAGNO, B. "Friedrich Nietzsche". *Enciclopédia Britânica*, 11 de outubro de 2022, <https://www.britannica.com/biography/Friedrich-Nietzsche>. Acesso em 7 de novembro de 2022.

MENDES, G. **Curso de Direito Constitucional**, 3. ed. Saraiva, 2018

PALMA, R. F. **História Do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

PEREIRA, J.B.B. **Religiosidade no Brasil**. São Paulo: Edusp, 2013

RIBEIRO, J. C. **Religiosidade Jovem** – pesquisa entre universitários, São Paulo, 2009.

SIMMEL, G. **Religião**. São Paulo: Olho d'Água, 2010.

STROPPIA, A.; ALMEIDA, A. M. **Saúde e Espiritualidade: uma nova visão da medicina**. Belo Horizonte: Inede, 2008

ADOÇÃO: IRREVOGABILIDADE EM FACE DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

THAYANNE KELLEN DA SILVA FELIX:

Estudante do Curso de Direito do
Centro Universitário Santo Agostinho –
UNIFSA.

FRANCISCA JULIANA CASTELLO BRANCO EVARISTO DE PAIVA ¹⁷

(orientadora)

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo principal enfatizar a irrevogabilidade da adoção e a flexibilização do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, quanto ao Instituto da Adoção. Levando em consideração além da irrevogabilidade, o melhor interesse da criança e o princípio da proteção integral presentes no ECA, para que esta após ser adotada, não corra o risco de ser "devolvida", e cause danos psicológicos por ter que passar por todo o processo novamente. O artigo visa ainda apresentar as concepções da adoção, expondo seu conceito, espécies e princípios.

Palavras-chave: adoção, irrevogabilidade, melhor interesse, proteção integral, criança e adolescente.

SUMMARY: The main objective of this study is to emphasize the irrevocability of adoption and the flexibility of the Child and Adolescent Statute - CHS, regarding the Adoption Institute. Taking into account the irrevocability, the interests of the child and the principle of full protection presented in the CHS, so that it is better studied, in addition to not running the risk of being "returned", and causing psychological damage by having to go through the whole process again. The article also aims to present the concepts of adoption, exposing its concept, species and principles.

Keywords: Adoption; Irrevocability best interest and full protection; Child; Adolescent.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil o processo de adoção é regido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8.069 de 13 de julho de 1990). O termo adoção em sentido jurídico consiste em um processo legal onde um casal ou qualquer pessoa com idade igual ou superior à 18 anos, aceita espontaneamente uma outra pessoa (de até 18 anos de idade incompleto) como filho, mesmo que sem nenhum laço parental. A partir dessa aceitação o adotado adquire os mesmos direitos de um filho biológico do adotante. É importante salientar ainda, que este ato é irrevogável. A adoção visa resguardar a dignidade humana de menores desamparados, propondo como principal finalidade a proteção e os direitos expostos na Constituição Federal de 1988.

A adoção está relacionada à criança que não tem a oportunidade de conviver com sua família biológica por inúmeros fatores, como maus tratos, falta de condições financeiras, entre

¹⁷ Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Docência do Ensino Superior sendo uma pela Faculdade São Judas Tadeu. Professora do UNIFSA.

outros. Nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8.069/90), a adoção é medida excepcional e irrevogável, entretanto a determinação que visa a proteção e o melhor interesse dos mais jovens, pode entrar em conflito com esses princípios. O artigo 39 do ECA, trata da irrevogabilidade da adoção, levando à conclusão de que a norma, pode ser afastada ao se verificar que a manutenção da medida não apresenta mais vantagens para o adotado. O objetivo deve ser sempre a garantia dos princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente.

Para que ocorra a adoção, o adotante passa por inúmeras avaliações psicológicas e sociais, para conferir se aquela família é capaz de receber um novo membro, para proceder esse processo de adoção, é necessária avaliação por meio de entrevistas psicossociais, além do mais é analisado a condição econômica do adotante. Este processo é considerado burocrático, pois é necessário uma série de documentação, que vai depender do rol da comarca, sendo necessária ainda um cadastramento dos indivíduos que irão adotar e ainda pela necessidade de passar pelas varas de infância e juventude.

O processo de adoção é uma forma de proteção ao bem-estar e ao melhor interesse da criança e do adolescente. Prevalecendo a preservação dos direitos estabelecidos pela Constituição como, educação, saúde e convívio familiar e comunitário.

Este artigo visa enfatizar a flexibilização do ECA quanto o Instituto da Adoção, levando em consideração a sua irrevogabilidade e o melhor interesse da criança, para que esta após ser adotada não seja “devolvida”, causando uma frustração por ter que passar por todo o processo novamente.

O presente artigo tem o intuito de demonstrar os direitos da criança de convivência no âmbito familiar e em comunidade, dentre outros fundamentais como saúde, educação e lazer. É imprescindível salientar que o desenvolvimento da criança, de maneira saudável e firme, começa com uma base familiar harmoniosa.

Muitas crianças não podem ser criadas pelos pais biológicos, por esse motivo existe a adoção. Os motivos para tanto são variados: falta de condição financeira, psicológica ou até mesmo maus tratos.

A adoção pode representar para muitas crianças e/ou adolescentes, uma nova chance de viver, em um contexto familiar e social. Este ato consiste em garantir o direito ao afeto de uma família, encontrando o carinho e atenção que precisam para crescerem e se desenvolverem de forma saudável e feliz.

O curso de direito visa amparar e proteger o indivíduo, em principal, a criança e ao adolescente, buscando se adaptar as mudanças da sociedade com o intuito de garantir a vida como princípio fundamental e a melhor forma de esta ser digna.

2. ADOÇÃO

2.1. Conceito

O termo adoção teve origem no latim, de *adoptio*, significando em nossa língua, na expressão corrente, tomar alguém como filho. A Adoção no Brasil é regida pela Lei 8.069 de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, onde este ato passou por diferentes conceituações referente sempre ao âmbito familiar. Adotar é a criação de vínculo jurídico de filiação, onde confere a alguém o estado de filho, gerando um parentesco civil ao invés de laços consanguíneos, ou seja, esta não é resultado de uma relação biológica/natural, mas sim por sentença judicial ou manifestação de vontade.

O termo adoção em sentido jurídico consiste em um processo legal onde um casal ou qualquer pessoa com idade igual ou superior à 18 anos, aceita espontaneamente uma outra pessoa (de até 18 anos de idade incompleto) como filho, mesmo que sem nenhum laço parental. Este termo adotar significa acolher uma pessoa ao seio de uma família, que não sejam seus pais naturais ou biológicos, mediante ação legal e por vontade própria. A adoção visa resguardar a dignidade humana de menores desamparados, propondo como principal finalidade a proteção e os direitos expostos na Constituição Federal de 1988. O objetivo deve ser sempre a garantia dos princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente.

Nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, a adoção é medida excepcional e irrevogável, entretanto a determinação que visa a proteção e o melhor interesse dos mais jovens, pode entrar em conflito com esses princípios.

Lei 8.069/90 em seu art.41: "*Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.*" Esta citação deixa explícito que o adotado adquire os mesmos direitos e deveres que o filho biológico, inclusive sucessórios, é importante destacar ainda que após adoção são rompidos todos os vínculos com a família biológica ou natural, exceto os impedimentos matrimoniais.

2.2. Características

A adoção possui como principais características ser ato personalíssimo, excepcional, irrevogável, incaducável, plena e só pode ser constituída por sentença judicial. Quanto a primeira característica da própria pessoa em si do adotante ao adotado, ou seja, poderá ser requerida somente pelo adotante, sendo esta completamente vedada por procuração, já ao que diz respeito a ser medida excepcional e irrevogável estas estão dispostas no art.39 do ECA:

Art. 39. A adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§ 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

A qual deve ser recorrida apenas em último caso, ou seja, se dará a irrevogabilidade somente quando esgotado todos os meios de manter aquela criança ou adolescente que um dia um fora desamparado no seio familiar natural ou extenso, após adotada esta se tornará definitiva.

Outra característica é a incaducabilidade, a qual nem mesmo com a morte dos pais adotivos será rompido seus vínculos com estes, ou seja, o adotado não será reestabelecido ao poder familiar de sua família biológica após a morte de seus pais adotivos.

No que diz respeito a característica plena, a Constituição Federal garante os mesmos direitos e deveres de um filho biológico ao adotado, incluindo os sucessórios.

Por conseguinte, o ato de adotar deve ser firmado por uma sentença judicial transitada em julgado, proferida por um Juiz da Vara Infância. A decisão é encaminhada para o Cartório de Registros das Pessoas naturais, a fim de que se produzam efeitos, sendo estes assegurados constitucionalmente e precedido do devido processo legal.

2.3. Espécies

As espécies da adoção são asseguradas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, como a adoção unilateral, adoção bilateral, conjunta e póstumas. A primeira ocorre quando existe o rompimento dos vínculos familiares somente com um dos genitores da criança ou adolescente, mantendo-se um destes. A partir disso surge então um novo vínculo civil com o companheiro ou cônjuge deste. Por conseguinte, a adoção bilateral, surge quando ocorre o rompimento do vínculo de filiação com ambos os pais.

A adoção conjunta, está exposta no art.42, §4º, ECA:

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.

É notório que esta espécie de adoção é deferida a pessoas casadas ou que vivem em união estável e, excepcionalmente aos divorciados, aos judicialmente separados e aos ex-companheiros.

Seguindo ainda o art.42, §6º, do ECA, neste é explícito a espécie de adoção póstuma:

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

Pode-se entender que a adoção póstuma é deferida ao adotante que, após clara manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

2.4. Princípios

Primeiramente cabe entender o significado de "princípio" e sua aplicabilidade no âmbito jurídico. O doutrinador Miguel Reale leciona que: *"princípios são certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber"*.

Os princípios simulam as fontes fundamentais do Direito além dos seus valores aplicados em uma sociedade. Estes limitam as regras, preenchem as lacunas e servem de parâmetros. É válido ressaltar, que nem todos os princípios estão explícitos no texto legal, são estes chamados de não expressos.

Os educadores Luciano Alves Rossato e Paulo Eduardo Lépre, dividem os princípios do Estatuto em dois meta princípios e em outros princípios derivados. Os primeiros são representados pelo princípio da proteção integral e pelo princípio da prioridade absoluta. Enquanto que derivados seriam princípios decorrentes desses primeiros.

2.4.1. Primazia da família natural

Tem-se que a família natural é o conjunto humano entre os pais, ou somente um destes, e o filho, ou filhos, sendo estes da relação ou não do casamento, indiferentemente do estado civil. Conforme já exposto anteriormente a adoção é medida excepcional e irrevogável, a qual será recorrido apenas quando esgotadas os recursos de manter a criança ou do adolescente na família biológica ou extensa.

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

A partir deste, pode-se entender que a retirada da Criança ou adolescente ocorrerá somente em hipóteses excepcionais e será preferencialmente provisória. Contudo, caso não sejam solucionados os problemas da família natural, deve-se colocar a criança ou o adolescente sob regime de guarda ou tutela de outros membros da família, a qual engloba os parentes que mantêm afinidade afetiva.

Art. 92. As entidades que desenvolvam programas de acolhimento familiar ou institucional deverão adotar os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 4º Salvo determinação em contrário da autoridade judiciária competente, as entidades que desenvolvem programas de acolhimento familiar ou institucional, se necessário com o auxílio do Conselho Tutelar e dos órgãos de assistência social, estimularão o contato da criança ou adolescente com seus pais e parentes, em cumprimento ao disposto nos incisos I e VIII do caput deste artigo.

A criança será direcionada a adoção quando não for possível a convivência com a sua família natural, devidamente provocado por um procedimento judicial específico, o qual compete ao Estado-Juiz, devendo determinar a destituição definitiva do poder familiar. A destituição do poder-dever de família, é medida excepcional, a qual somente será permitida nos casos expressamente em lei.

2.4.2. Primazia da família extensa

O conceito de família extensa diz respeito aos parentes mais próximos da criança, como os avós paternos ou maternos, com maior afinidade afetiva, como diz o art.25, parágrafo único do ECA.

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

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

O principal objetivo deste princípio é que os membros da família tenham prioridade no caso de colocar a criança no seio de uma família substituta.

Em continuação o art.28, §3º do ECA, “na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida”, visa a proteção da criança, quanto ao seu desenvolvimento psicológico em relação a sua formação pela retirada do âmbito familiar natural.

2.4.3. Máxima convivência familiar

A convivência familiar parte da relação que entrelaçam as pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude dos laços de parentesco em comum. Além disso, a convivência familiar passa o entendimento de autoridade parental, ou poder familiar. Mesmo com a separação dos genitores, a criança tem o direito de conviver em um âmbito familiar. Em caso de lide, o Poder

Judiciário deverá levar em consideração a abrangência da família, de acordo com seus valores e costumes, determinados em cada comunidade.

Esse direito a convivência familiar vai além da convivência com os genitores, ampliando-se ao alcance a outros familiares.

2.4.4. **Primazia do acolhimento familiar em detrimento do acolhimento institucional**

Inicialmente é necessário estabelecer a diferença entre o acolhimento familiar e acolhimento institucional. O primeiro está previsto no art.101, VIII, do ECA:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar.

Enquanto que o institucional é exposto no art.101, VII:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

VII - acolhimento institucional.

Essa é caracterizada pela inclusão ou permanência da criança ou adolescente junto a uma entidade governamental ou não. Contudo, o ECA deixa explícito a preferência pelo acolhimento familiar ao institucional, o qual será dado somente em caso de inexistência do outro.

2.4.5. **Primazia da adoção cadastral e impessoal**

Com relação a este princípio suas definições e regras estão previstas no art. 50, §8º e §13º do Estatuto da criança e do Adolescente.

Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.

§ 8º A autoridade judiciária providenciará, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, a inscrição das crianças e adolescentes em condições de serem adotados que não tiveram colocação familiar na comarca de origem, e das pessoas ou casais que tiveram deferida sua habilitação à adoção nos cadastros estadual e nacional referidos no § 5º deste artigo, sob pena de responsabilidade.

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

I - se tratar de pedido de adoção unilateral;

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

III - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.

Nesse sentido, é notório que a adoção sendo cadastral ou não possuem suas vantagens, a cadastral previne o tráfico de crianças e sua comercialização, enquanto que a segunda considera os laços afetivos.

2.4.6. Excepcional adoção internacional

Diante o exposto no art.31 do Estatuto da Criança e do Adolescente: *Art. 31. A colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção.* A adoção será preferencialmente nacional, somente internacional em casos excepcionais. A adoção internacional acontecerá quando a criança adotada tenha que sair de seu país natal, para o exterior e não quando o adotante é estrangeiro.

Art. 51. Considera-se adoção internacional aquela na qual o pretendente possui residência habitual em país-parte da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, promulgada pelo Decreto n o 3.087, de 21 junho de 1999, e deseja adotar criança em outro país-parte da Convenção.

§ 1 o A adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro ou domiciliado no Brasil somente terá lugar quando restar comprovado:

II - que foram esgotadas todas as possibilidades de colocação da criança ou adolescente em família adotiva brasileira, com a comprovação, certificada nos autos, da inexistência de adotantes habilitados residentes no Brasil com perfil compatível com a criança ou adolescente, após consulta aos cadastros mencionados nesta Lei.

Teve-se a adequação do Estatuto da Criança e do Adolescente às normas expostas no direito internacional.

2.4.7. Excepcional adoção por estrangeiro

Em continuidade ao princípio citado anteriormente tem-se ainda o principio da excepcional adoção por estrangeiro.

Art. 51. Considera-se adoção internacional aquela na qual o pretendente possui residência habitual em país-parte da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, promulgada pelo Decreto n.º 3.087, de 21 junho de 1999, e deseja adotar criança em outro país-parte da Convenção. (Redação dada pela Lei n.º 13.509, de 2017)

§ 2º *Os brasileiros residentes no exterior terão preferência aos estrangeiros, nos casos de adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro.*

Em regra, este princípio dar preferência aos brasileiros, em relação a facilidade na comunicação e adaptação aos costumes relacionados aos adotados.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Inicialmente a adoção surgiu em sentido essencialmente religioso, com o intuito de garantir que não houvesse a extinção de família, nesse linear eram atendidos apenas os desejos do adotante e de seus parentes consanguíneos, este era o último recurso para evitar o desfortúnio representado pela morte sem descendentes, assim como esclarece Caio Mário da Silva Pereira que: “a necessidade de propiciar os deuses familiares levou os povos antigos a criar situações jurídicas especiais destinadas a assegurar um continuador do culto doméstico, a quem não tivesse descendente” (PEREIRA, Caio Mário da Silva, Direito de família, 16. ed., v. 5, p.387).

A ideia de adoção parte dos preceitos da antiguidade, pois se trata de uma entidade milenar. Com essência religiosa, o viés de propagar o culto dos antepassados, justifica-se pelo simples fato de perpetuar aqueles que não tivessem descendentes. Vários povos acataram tal instituto com diversas regras que deveriam ser seguidas. Conforme Artur Marques da Silva Filho (2019, n.p):

A sistematização do instituto iniciou-se pelos povos orientais. As Leis de Manu (Livro IX, n. 169) estabeleciam requisitos prévios à adoção, uma vez que exigiam do adotado conhecimento do proveito da observância das cerimônias religiosas e o mal que proviria da sua omissão. Rabindranath A. Valentino Capelo de Sousa sustenta que a adoção só era possível entre um homem e um rapaz da mesma classe e requeria-se que este fosse dotado de todas as qualidades apreciadas num filho. A inserção de um estranho na família do adotante podia ter lugar por adoção, por recepção e por compra. Diz ainda o referido autor: “O pai e a mãe, de mútuo consentimento, podiam dar o seu filho a uma terceira pessoa, que fosse da mesma classe que o filho e lhe mostrasse afeto, exigindo-se para tal um ritual próprio que consistia nos pais fazerem uma libação de água (L. IX, n. 168).

Passando da Índia à Babilônia, no Código de Hamurabi se encontram regras expressas sobre a adoção (§§ 185 e 193). Waldir Sznick descreveu três espécies de adoção: a) com instituição de herdeiro; b) sem instituição de herdeiro; c) provisória.

Entre os hebreus, menciona-se a Lei do Liverato, espécie de adoção. E “não é por outra razão que no Deuteronômio piedosamente se determina que, quando morarem irmãos juntamente e um deles morrer sem filhos, a viúva não casará com um estranho, mas o irmão do defunto a receberá e suscitará a descendência a seu irmão; e ao filho primogênito que tiver dela porá o nome de seu irmão, para que o nome deste não se extinga em Israel (XXV, 5 e 6)”.

Em Atenas é que se encontram regras objetivas sobre adoção. Só os cidadãos gozavam do direito de adotar e ser adotado. O ato era solene e exigia a intervenção do magistrado, salvo hipótese de testamento. Rompia os laços com a família de origem. A ingratidão era causa de revogação do ato.

De fato, nota-se a essencialidade predominantemente religiosa para a continuidade da entidade da respectiva família em questão, evitando assim, sua extinção. Nas antigas civilizações, a própria religião estabelecia os vínculos afetivos e não os consanguíneos por si só.

Entretanto, no Direito Romano, esse ideal se desviou um pouco do anseio necessariamente religioso. Artur Marques da Silva Filho (2019, n.p) destaca:

Não teria desaparecido a inspiração religiosa, mas desempenhou papel importante no âmbito da família, visando corrigir as divergências do parentesco civil (agnatio) e de sangue (cognatio), além da finalidade política. Menciona-se como forma de obtenção de cidadania. Augusto e Cláudio adotaram, respectivamente, Tibério e Nero. Consta que a adoção tinha uma finalidade de cunho econômico, ou seja, servia para deslocar mão de obra de uma família para outra que dela necessitasse.

Percebe-se que diferentemente dos demais povos, os romanos tratavam da adoção além daquilo já mencionado. Com um objetivo bem mais amplo, mas claro que sempre visando perpetuar a descendência.

Já na Idade Média, quando se falava de adoção, ela não era tão bem recebida, quiçá, nem tão reconhecida como necessariamente adoção. Artur Marque da Silva Filho (2019, n.p) demonstra:

Durante a Idade Média, a adoção é, em geral, desconhecida nos direitos costumeiros da Europa ocidental. A estrutura da família medieval, fundada nos laços de sangue no seio da linhagem, opunhase à introdução de um estranho ou à ideia romana de “filiação fictícia”.

Os germânicos, nos seus primitivos costumes, não conheceram a adoção como forma de filiação. Possuía finalidade diversa, como a de instituir

continuador, conferindo ao adotado o nome e as armas, sem o vínculo parental. O adotado não era herdeiro do adotante, salvo disposição de última vontade ou por doação entre vivos.

Na Idade Moderna, o Código de Napoleão, fez-se imprescindível no advento da adoção. Graças a esse instrumento, diversos outros códigos basearam-se e inseriram tal instituto em prol das crianças e adolescentes.

A adoção era considerada um processo informal, onde acontecia apenas a transferência de guarda para outras famílias ou instituições de caridade. Antes da Constituição de 1988, a adoção seguia as mesmas abrangências da Coroa Portuguesa, e não mudou com a independência do país. A adoção era utilizada para se obter mão de obra barata e não na intenção de adotar um filho. O adotado não era herdeiro do adotante, salvo disposição de última vontade ou por doação entre vivos.

Com o fulcro de assegurar direitos e proteção, o caráter da adoção, vislumbrar uma preocupação social. Tanto para adotante, quanto para adotado, trata-se de uma grande conquista daquilo que lhes foi negado, o direito de ser pai e o direito de ser filho. No Direito Brasileiro isso se evidencia cada vez mais.

4. A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA ADOÇÃO NO BRASIL

No Brasil, crianças e adolescentes, graças aos progressos feitos de anos para cá, deixaram de ser simples sujeitos de "tutela" e "proteção" pelo Estado e família e tornaram-se sujeitos imediatos de direitos.

Como preceito fundamental e basilar da sociedade brasileira, o ordenamento jurídico elegeu a dignidade da pessoa humana como peça fundamental para garantir e assegurar paridade entre direitos para as pessoas, não diferindo um dos outros e sim os igualando naquilo no que lhes concerne.

Sem sombra de dúvida, o avanço foi inestimável para a sociedade como um todo. Ademais, não devemos ignorar que essa grande evolução nasceu a partir de vários erros e acertos. Ademais, conhecer a origem é imprescindível, sendo assim, tornando mais fácil a compreensão do que foi o aspecto da adoção no Brasil.

4.1. Código Civil de 1916

Positivado nos arts. 368 a 378 do já revogado Código Civil de 1916, o seu autor, Clóvis Beviláqua define a adoção como "o ato civil pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho." (Artur Marques da Silva Filho, 2019, n.p)

A adoção passou a ser por meio de um contrato entre as partes interessadas, sendo assim não havia um controle de garantias de direitos aos adotados, mesmo com o Código Civil de 1916 os adotados ainda não tinham os mesmos direitos dos filhos biológicos, sendo eles considerados filhos de "segunda categoria". Existiam ainda a adoção informal, que acontecia

quando um casal não podia ter filhos (por serem estéreo) os quais acolhiam um bebê e registravam em cartório como sendo filho legítimo. (Brasil, 1916)

Portanto, a partir da premissa inserida por Clóvis Beviláqua, tem-se uma ideia de que se tratava de uma forma não muito comum de constituir família, sendo assim um meio subsidiário de ter filhos.

Ademais, a referida legislação revogada trazia diversas regras extremamente rígidas na questão de adoção de menores. Rubens Limongi França (apud Artur Marques da Silva Filho, 2019, n.p):

Portanto, apesar de inserido no ordenamento jurídico de 1916, mesmo sendo uma grande revolução que conseqüentemente trazia diversos deveres e direito quanto à questão da adoção, o próprio ordenamento em si era bastante dificultoso para adotante e adotado.

No mais, conforme a legislação, ainda exigido diversas regras para se concretizar o desejo de ser pai ou mãe adotivo, como por exemplo:

Art. 369. O adotante há de ser, pelo menos, dezoito anos mais velho que o adotado.

Art. 370. Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher.

Art. 375. A adoção far-se-á por escritura pública, em que se não admite condição, em termo.

Entretanto, apesar das regras rígidas previstas, havia também certas determinações que de certa maneira queriam assegurar o bem estar do adotado, por exemplo:

Art. 371. Enquanto não der contas de sua administração, e saldar o seu alcance, não pode o tutor, ou curador, adotar o pupilo, ou o curatelado.

Art. 372. Não se pode adotar sem o consentimento da pessoa, debaixo de cuja guarda estiver o adotando, menor ou interdito.

Precavido, o legislador ainda estipulou duas situações, no qual, poderia haver dissolução do vínculo entre adotante e adotado:

Art. 374. Também se dissolve o vinculo da adoção:

I. Quando as duas partes convierem.

II. Quando o adotado cometer ingratidão contra o adotante.

Como há de notar, o Código Civil de 1916 foi uma grande revolução trazida pelo ordenamento brasileiro. Apesar de alguns entraves que de certa forma dificultavam a possibilidade de adoção, ainda assim se fez eficaz para garantir direitos e deveres.

Graças ao ponta pé inicial feito eras passadas, o Brasil procurou se aperfeiçoar cada vez mais trazendo assim melhores condições para quanto a questão de adoção a ser efetivada sem muitos empecilhos.

Como se tratava de um “primeiro projeto em prol da criança e adolescente”, o aprimoramento da norma aconteceu naturalmente, como uma forma primordial, o Código Civil de 1916 sofreu algumas alterações que facilitaram, de certa maneira, bastante algumas regras envolvendo a adoção. A Lei nº 3.133 de 1957 se fez essencial trazendo menos rigidez a questão da adoção e algumas novas regras.

Não obstante, diversas leis e entendimentos doutrinários e jurisprudenciais fomentaram mais ainda o que se sabe sobre o direito de adoção adequando a contemporaneidade. A tendência é inevitável, ou seja, sempre buscando melhorias a ambas as partes.

4.2. A Lei 3.133 de 08 de maio de 1957

Em 1957 a Lei 3.133, alterou as regras para adoção, onde estava expressamente que para adotar deveria ter mais de 30 anos de idade e uma diferença mínima de 16 anos para com o adotado, nessa época ainda era um processo passível de revogação.

Art. 1º Os artigos 368, 369, 372, 374 e 377 do Capítulo V - Da Adoção - do Código Civil, passarão a ter a seguinte redação:

Art. 368. Só os maiores de 30 (trinta) anos podem adotar.

Parágrafo único. Ninguém pode adotar, sendo casado, senão decorridos 5 (cinco) anos após o casamento.

Art. 369. O adotante há de ser, pelo menos, 16 (dezesseis) anos mais velho que o adotado.

Art. 372. Não se pode adotar sem o consentimento do adotado ou de seu representante legal se fôr incapaz ou nascituro.

Art. 377. Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária.

Diante disso casais com menos de 5 (cinco) anos casados, não poderia adotar pois de acordo com experiências inúmeros casais somente após esse período de tempo passam a constituir família legítima. Quanto a idade mínima para adotar, foi determinado 30 (trinta) anos, pois o adotante deve ter uma idade madura, pois este ato não é um meio natural de lograr família e sim um meio supletivo.

A lei modificou o inc. II do art.374

Art. 374. Também se dissolve o vínculo da adoção:

I. Quando as duas partes convierem.

II. Nos casos em que é admitida a deserção.

É notório que com essa modificação a ruptura unilateral não seria verificada mais no caso de ingratidão contra o adotante, mas nas hipóteses em que a deserção é admitida.

Art. 2º No ato da adoção serão declarados quais os apelidos da família que passará a usar o adotado.

Parágrafo único. O adotado poderá formar seus apelidos conservando os dos pais de sangue; ou acrescentando os do adotante; ou, ainda, somente os do adotante, com exclusão dos apelidos dos pais de sangue.

O adotado na formação dos seus apelidos, conserve os dos pais de sangue – natural – ou poderá acrescentar os do adotante, ou somente os do último, excluindo então os dos pais biológicos.

4.3. Lei 4.655 de 02 de junho de 1965

A Lei 4.655/65 após ser promulgada conferiu uma nova feição para a adoção, dessa forma os adotados passaram a ter uma integração mais extensa com a família adotiva. O tratamento dado a essa família adotiva era mais benéfico para o menor desamparado do que o sistema de adoção simples que já era previsto o Código Civil. Seus critérios discordavam dos exigidos para a adoção simples, tanto que a doutrina entendeu que existia um sistema inteiramente autônomo, ao estabelecer as condições em que é admitida a adoção legitimante. As regras apenas eram aplicadas para crianças a partir de 7 (sete) anos de idade, salvo se esta já vivesse com os seus adotantes, pois era baseada na ideia de não haver nenhuma lembrança da família natural/biológica. Com esta lei a adoção passou a ser irrevogável, fazendo-se emitir uma nova certidão de nascimento.

4.4. Lei 6.697 de 10 de outubro de 1979

Com a chegada desta Lei, ficou-se estabelecido a adoção simples e plena. A simples era aplicada aos desamparados menores de 18 (dezoito) anos, em situação irregular, utilizando-se o Código Civil, esta era realizada por meio de escritura pública. Enquanto que a plena era aplicada aos com idade inferior a 7 (sete) anos, mediante procedimento judicial, esta passou a possuir caráter assistencial, vindo a substituir a figura da legitimação adotiva. A adoção plena passou a conferi ao adotando a situação de filho, desligando-se totalmente da família natural, esta foi mantida pelo Estatuto de Criança e do Adolescente, sendo extinta a figura de adoção simples e tendo uma denominação única.

4.5. A Constituição de 1988 e a Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente

A Constituição Federal de 1988 ocasionou um novo aspecto para o direito de família, e, por conseguinte, para o ato de adotar. Em decorrência disso, surgiu a Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – que inovou a sistemática para a adoção de crianças e adolescentes desamparadas. Diante disso passou-se a ter dois regras: a adoção regida pelo ECA, restrita a crianças e adolescentes, a qual é promovida judicialmente, e a adoção de maiores de 18 anos, regulamentada pelo Código Civil de 1916 e instrumentalizada por meio de uma escritura pública.

4.6. A Adoção no Código Civil de 2002

Com o Código Civil de 2002, a adoção passou a ter um regime jurídico único, sendo este o judicial. Segue o art. 1.623 do Código Civil: *“Art. 1.623. A adoção obedecerá a processo judicial, observados os requisitos estabelecidos neste Código.”*, diante deste é notório que qualquer que seja a idade do adotando, deverá ser judicial o processo de adoção. O Código Civil de 2002 disciplinava a adoção e alguns artigos deste era repetidos do ECA, pois o ECA era muito minucioso para o Código Civil.

4.7. Lei 12.010 de 29 de julho de 2009 - Nova Lei de Adoção

Todo Código Civil que tratava da adoção fora revogado pela Lei nº 12.010/09, o qual restou somente os artigos 1.618 e 1.619. Onde o primeiro trata-se da adoção de crianças e adolescentes a qual é regida pelas normas constantes do Estatuto da Criança e do Adolescente. Já o art. 1.619, trata-se da adoção de maiores de 18 anos de idade, a qual dar-se-á por meio de um processo judicial diante o regramento disposto no ECA.

5. PODER FAMILIAR E PRINCÍPIOS INFORMADORES DA ADOÇÃO

5.1. Poder familiar

No antigo Código Civil de 1916 era utilizado o defasado termo “pátrio poder”, pois o poder sob os filhos era exercido único e exclusivamente pelo pai. Com o termo “poder familiar” esse entendimento ficou mais amplo. Logo, tornou-se um dever que deve ser exercido conjuntamente por ambos os pais.

Para um conceito um pouco mais objetivo “Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores.” (Carlos Roberto Gonçalves, 2019, n.p)

No entanto, algumas leis de países como a norte-americana e até mesmo a francesa escolheram o termo “autoridade parental”, pois a expressão “poder” se perfaz não tão adequada. O conceito de autoridade materializa o melhor exercício em proveito do sujeito sob sua guarda.

No mais, deve-se atentar como é visto o poder familiar atualmente, Carlos Roberto Gonçalves (2019, n.p) destaca:

Modernamente, graças à influência do Cristianismo, o poder familiar constitui um conjunto de deveres, transformando-se em instituto de caráter eminentemente protetivo, que transcende a órbita do direito privado para ingressar no âmbito do direito público. Interessa ao Estado, com efeito, assegurar a proteção das gerações novas, que representam o futuro da sociedade e da nação. Desse modo, o poder familiar nada mais é do que um munus público, imposto pelo Estado aos pais, a fim de que zelem pelo futuro de seus filhos. Em outras palavras, o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos genitores, em atenção ao princípio da paternidade responsável insculpido no art. 226, § 7º, da Constituição Federal.

Com certa influência de cunho religioso e o grande avanço nesse entendimento, junto com os benefícios que ele trouxe à família de modo geral, nota-se que a relação entre família e Estado priorizou o bem-estar de crianças e adolescentes, tornando-as seres com amplos direitos e deveres.

No Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a legislação é bem sucinta e esclarece bem a relação de como se denomina e caracteriza o exercício do pleno poder familiar:

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Já no atual Código Civil, há de se notar um complemento do entendimento do art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - Dirigir-lhes a criação e a educação;

II - Exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - Nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Logo, percebe-se que a legislação brasileira se preocupou nos mínimos detalhes em garantir e assegurar de pleno direito as responsabilidades que de fato se veem recíprocas entre genitores e filhos, mas sempre visando o melhor interesse do menor.

Claro que todos esses atributos destacados e enfatizados também cabem àquele filho que vem do seio adotivo. Não é porque necessariamente ele não seja um filho biológico que deixara de gozar dos mesmos direitos e deveres conferidos aos demais.

Atualmente, não há e nem deve haver quaisquer tipos de discriminações entre filhos adotivos e biológicos. Todos os direitos que lhes fazem jus estão devidamente resguardados na totalidade. Concedido a um, logo, esse mesmo direito se estenderá a outro, e vice-versa.

5.1.1. Características

O Poder de Família, como já citado anteriormente, trata-se de um múnus público. Portanto, cabe ao Estado fixar algumas normas para o fiel cumprimento do que é conferido aos genitores, Carlos Roberto Gonçalves, (2019, n.p) destaca algumas características essenciais que demonstram o instituto do poder familiar:

É, portanto, irrenunciável, incompatível com a transação, e indelegável, não podendo os pais renunciá-lo, nem transferi-lo a outrem. Do contrário, estar-se-ia permitindo que, por sua própria vontade, retirassem de seus ombros uma obrigação de ordem pública, ali colocada pelo Estado. A única exceção é a prevista no art. 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sob a forma de adesão ao pedido de colocação do menor em família substituta, mas feita em juízo (geralmente em pedidos de adoção, que transfere aos adotantes o poder familiar), cuja conveniência será examinada pelo juiz.

O poder familiar é também imprescritível, no sentido de que dele o genitor não decai pelo fato de não exercitá-lo, somente podendo perdê-lo na forma e nos casos expressos em lei. É ainda incompatível com a tutela, não se podendo nomear tutor a menor cujos pais não foram suspensos ou destituídos do poder familiar.

O Código Civil de 2002 ainda complementa a atribuição do poder familiar “Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.”

O artigo positivado abarca os filhos menores havidos ou não durante o casamento, também abrange os não emancipados, maiores de 16 anos e menores de 18 anos, e os adotivos. Cabe lembrar que os não havidos durante o matrimônio dependem de reconhecimento legal, uma vez que se trata de uma exigência jurídica para confirmar o parentesco.

5.1.2. Extinção e Suspensão do Poder Familiar

5.1.2.1. Extinção do Poder Familiar

Antes de se aprofundar mais na questão entre extinção e suspensão do poder familiar é necessário analisar o art. 1.635 do Código Civil de 2002:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho;

II - pela emancipação, nos termos do art. 5^o, parágrafo único;

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Partindo dessa premissa podemos compreender que a extinção do poder familiar ocorre mediante fatores naturais, de pleno direito ou então por decisão judicial.

Com o óbito de ambos os pais, titulares de pleno direito do poder familiar, extingue-se integralmente o poder conferido. Se por acaso falecendo um ao sobrevivente se concentra o referido instituto que antes era compartilhado.

Com a morte do filho, ou então sua emancipação ou maioridade, o instituto desaparece, pois a sua razão visa à defesa do menor.

É importante observar que no caso da emancipação conferida, seja por concessão dos pais ou decisão judicial, o menor de 16 anos completos fica apto a ações da vida civil que somente lhe seria conferido quando completasse 18 anos de idade. Ademais, o instituto da emancipação

pode ocorrer devido a outras peculiares que a lei permite para o feito, a exemplo, o casamento ou exercício de emprego público efetivo.

Já no caso da adoção, ela extingue o poder familiar conferido ao pai ou mãe biológica, e o transfere ao adotante. Trata-se de um instituto irreversível e definitivo, bem como preceitua os tribunais superiores. Logo, torna-se inadmissível a devolução da criança ou adolescente.

No caso de extinção por decisão judicial, é imprescindível conhecer as hipóteses para essa possibilidade conferida pela legislação. O art. 1.638 do Código Civil exhibe:

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.

V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.

Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que:

I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar:

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;

b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão;

II – praticar contra filho, filha ou outro descendente:

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;

b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão.

Logo, percebe-se que o legislador tratou de abordar os casos mais hediondos que envolvam pais e filhos, até porque, por óbvio, deve fugir e se afastar dessas hipóteses no ambiente familiar.

5.1.2.2. Suspensão do Poder Familiar

O art. 1.367 do Código Civil de 2002 preceitua:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, (2019, n.p) ainda situa:

Os deveres inerentes aos pais não são apenas os expressamente elencados no Código Civil, mas também os que se acham esparsos na legislação, especialmente no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Lei da Palmada (Lei n. 13.010/2014) e na Constituição Federal (art. 227), tais como os que dizem respeito a sustento, guarda e educação dos filhos, os que visam assegurar aos filhos o direito a vida, saúde, lazer, profissionalização, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar e comunitária, bem como os que visam impedir que sejam submetidos a discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A suspensão do poder familiar se trata de uma pena aplicada pelo juiz aos pais, não com o viés punitivo, mas sim protetivo ao menor vítima. Pelo que foi apresentado, apenas ocorre em situações mais brandas, diferentemente do que ocorre na extinção do poder familiar, pois a infração da suspensão é de cunho genérico do dever paterno. Vale ressaltar que não há necessidade que a violação contra o filho seja reiterado ou até mesmo permanente, pois só uma situação que ponha o menor em perigo já se faz mais do que o suficiente. No mais, cabe ressaltar que o caráter da suspensão é temporário, ou seja, dura enquanto for necessário, podendo o juiz também cessar quando se verificar conveniente. Uma vez cessada, restabelece-se as relações familiares entre pais e filhos. Carlos Roberto Gonçalves (2019, n.p) complementa:

A suspensão pode ser total, envolvendo todos os poderes inerentes ao poder familiar, ou parcial, cingindo-se, por exemplo, à administração dos bens ou à proibição de o genitor ou genitores ter o filho em sua companhia. A suspensão total priva o pai, ou a mãe, de todos os direitos que constituem o poder familiar, inclusive o usufruto, que é um de seus elementos e direito acessório. Assim “como in toto pars continetur, suspenso o poder familiar, com ele se suspende o direito de usufruto”²⁷.

A suspensão é também facultativa e pode referir-se unicamente a determinado filho. A perda (ou destituição), que é causa de extinção do poder familiar por decisão judicial (art. 1.635, V), como foi dito no item anterior, decorre de faltas graves, que configuram inclusive ilícitos penais e são especificadas no mencionado art. 1.638 do Código Civil: aplicação de castigos imoderados aos filhos (crime de maus-tratos), abandono (crimes de abandono material e intelectual), prática de atos contrários à moral e aos bons costumes (crimes de natureza sexual contra os filhos ou conduta inconveniente, como uso de entorpecentes ou entrega da mãe à prostituição) e reiteração de faltas aos deveres inerentes ao poder familiar.

O Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) ainda ressalta “Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar.”

Uma vez suspenso o poder familiar em face de um dos progenitores, o poder concentra-se em relação ao outro. Todavia, se o outro não o poder exercer, ou falecer, será nomeado um tutor responsável aos interesses da criança ou do adolescente. No mais, é importante ressaltar que a decisão proferida pelo magistrado pode ser de caráter incidental ou liminar, após ouvido o Ministério Público, o qual, é legitimado ativo para propor a referida demanda em prol do menor, ficando esse sob tutela de uma pessoa idônea, assegurado o contraditório às partes.

O direito como um todo é uma área que se comunica bastante entre suas matérias, a perda ou suspensão do poder familiar é prevista tanto no Código Civil quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, no mais, há também previsão legal quanto a cessão do mesmo previsto no Código Penal.

Art. 92 - São também efeitos da condenação:

[...]

II – a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder

familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado.

E o Estatuto da Criança e do Adolescente positiva a perda do poder familiar em razão da falta de guarda, sustento e educação dos menores que estão sob guarda de seus pais.

É importante salientar que a apesar da perda do familiar, apesar de ser uma grave sanção aplicada pelo magistrado, ela não tem um caráter definitivo. Uma vez que cessada as razões que lhe deram causa, pode haver o seu restabelecimento.

5.2. Princípios da Proteção Integral a Crianças e Adolescentes e Interesse da Criança

No ordenamento jurídico brasileiro o Princípio da Proteção Integral foi introduzido com a Constituição Federal, em seu art. 227, onde ficou expresso que é dever tanto da família quanto da sociedade e do Estado, assegurar todos os direitos à criança, como saúde, lazer, educação, cultura, profissionalização, dignidade, respeito, liberdade e ainda o direito à convivência familiar e comunitária.

No Estatuto Criança e do Adolescente a proteção integral da criança, é subdividido em três princípios básicos, sendo a elas destinada absoluta prioridade, respeitando a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e a criança e ao adolescente passam a ser titulares de direito.

Anteriores ao Princípio da Proteção Integral eram assentadas doutrinas que vigoravam na legislação, sendo estas: Doutrina da Situação Irregular que tratava as crianças e adolescentes como sujeitos direitos, caracterizada por irregular, pois nesta havia uma discriminação quanto a situação ou condição do menor, eles eram considerados abandonados ou delinquentes, sendo assim tratados com repressão. Doutrina da Proteção Integral, foi somente nesta que houve avanços em termos de proteger os direitos fundamentais da criança.

Para tanto destaca Amaral e Silva (apud PEREIRA, T. da S. Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p.27): "o direito especializado não deve dirigir-se, apenas, a um tipo de jovem, mas sim, a toda a juventude e a toda a infância, e suas medidas de caráter geral devem ser aplicáveis a todos".

Martha de Toledo Machado em seu posicionamento pontua no mesmo sentido afirmando que distinção anteriormente realizada não mais subsiste ao Princípio da Proteção Integral, confira:

Em suma, o ordenamento jurídico cindia a coletividade de crianças e adolescentes em dois grupos distintos, os menores em situação regular e os menores em situação irregular, para usar a terminologia empregada no Código de Menores brasileiro de 1979. E ao fazê-lo não reconhecia a incidência do princípio da igualdade à esfera das relações jurídicas envolvendo crianças e adolescentes. Hoje não. Se o Direito se funda num sistema de garantias dos direitos fundamentais das pessoas, e no tocante a crianças e adolescentes um sistema especial de proteção, as pessoas (entre elas crianças e adolescentes) necessariamente têm um mesmo status jurídico:

aquele que decorre dos artigos 227, 228, e 226 da CF e se cristalizou, na lei ordinária, no Estatuto da Criança e do Adolescente. Não há mais uma dualidade no ordenamento jurídico envolvendo a coletividade crianças e adolescentes ou a categoria crianças e adolescentes: a categoria é uma e detentora do mesmo conjunto de direitos fundamentais; o que não impede, nem impediu, o ordenamento de reconhecer situações jurídicas específicas e criar instrumentos para o tratamento delas, como aliás, ocorre em qualquer ramo do direito.

Desse modo, fica evidenciado que mesmo a criança ou o adolescente que cometa ato infracional ou não devem ser tratados da mesma forma, assegurando seus direitos, sendo vedado qualquer que seja a discriminação.

Independentemente de a criança ser biológica ou adotada, ser mãe ou pai acontece através de um processo, uma construção. O vínculo afetivo entre pais adotantes acontece através de um processo, um ato de amor e de constante doação. Este laço é uma consequência da confiança a partir do cuidado, proteção e amor que é dado a esta criança ou adolescente.

Para que ocorra isso é necessário saber lidar com a adaptação da criança o que pode demorar e exigir um pouco do emocional de ambas as partes, além disso é preciso demonstrar o que sente quanto a criança, não tentar de forma alguma apagar o passado desta, buscar ajuda de um profissional como por exemplo um psicólogo para acompanhar o desenvolvimento e o andar da adoção.

Com o surgimento da adoção os princípios que surgiram foram como meio de dar amparo para regulamentar e auxiliar essas crianças e adolescente nesse meio de processo que é a adoção e sempre assegurando os seus devidos direitos. A partir do princípio da proteção integral, foi elaborado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/1990, que regulamentou as crianças e adolescentes são considerados sujeitos de direitos, fazendo parte de uma categoria que merece uma guarda diferenciada, por fim uma proteção integral. Assim revogou-se o Código de Menores, sistema baseado em sanções, e ampliou-se a gama de defesa dos direitos da criança e do adolescente.

Mesmo regulados por todo o direito e por muitos princípios, as crianças e os adolescentes, não deixam de se tornar vulneráveis e a mercê dos eventos da adoção. O processo é longo e burocrático e muitas vezes esses vulneráveis precisam de um lugar acolhedor e uma família. Por isso, em meio a tanto caos que já vivenciaram que surgiram esses direitos e princípios para melhor regulamentar.

Sendo assim o princípio do melhor interesse é o que a justiça decide que é melhor para a criança é não os pais buscando garantir os direitos fundamentais.

Interesse superior ou melhor interesse não é o que o Julgador ou aplicador da lei entende que é melhor para a criança, mas sim o que objetivamente atende à sua dignidade como pessoa em desenvolvimento, aos seus direitos fundamentais em maior grau possível (AMIN, 2019, p. 78)

Sendo que temos como o ECA (Estatuto da Criança ou Adolescente) que é quem asseguram a maior parte desses direitos, porque a criança e o adolescente são entendidos como seres humanos em fase de desenvolvimento, tendo em mente que a infância e a juventude exercem um papel fundamental no desenvolvimento da criança e adolescente, sendo um período de grande impacto, por isso o ECA sempre buscou proteger os direitos dos mesmos, por isso há a intervenção de profissionais capacitados para decidir se ideal ou não aquele ambiente, pois não vamos deixar essas crianças ou adolescentes a mercê de lugares insalubres ou que possam ocasionar maus tratos, ou até onde os coloquem para trabalhar.

O artigo 130, ECA prevê a possibilidade da autoridade judiciária, em caráter cautelar, afastar o agressor da moradia comum quando verificada hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual. Infelizmente é comum que o autor das maiores violações aos direitos de crianças e adolescentes seja justamente aquele que deveria defendê-los: os pais ou responsável. (2020, p. 213).

Diante do exposto mesmo com todos esses princípios e normas que regularizam o interesse da criança e adolescente no momento da adoção e com todos esses profissionais capacitados, ocorrem brechas onde pais manifestam a sua vontade de devolução, mas para entendermos, não é simples assim. Pois adoção é caso irrevogável.

Em vista disso, Artur Marques da Silva Filho aduz que:

A finalidade da adoção é a proteção e a integração familiar do adotado. Tais objetivos poderiam ser frustrados se não houvesse o legislador previsto a estabilidade da adoção. E um dos mecanismos jurídicos para resguardar essa estabilidade é, sem dúvida, o de impedir a sua dissolução pela vontade das partes (2019, p. 227).

Por fim podemos perceber que a adoção tem o objetivo de possibilitar à criança ou ao adolescente uma vida digna, com respeito, assim garantindo todos os direitos fundamentais apontados na Constituição Federal, mas pode acabar sendo frustrada, acontece porque muitos dos pais não estão preparados, ou violam esse direito resguardado as crianças e adolescentes, as colocam em condição inadequada, fazem uso da mão-de-obra infantil, dentre outros elementos.

Apesar de a lei resguardar esses direitos no momento da adoção, não vai impedir dos adotantes no tramite da adoção ou após concluída manifestar vontade de devolver a criança ou adolescente porque qualquer um dos motivos elencados. Mesmo que o instituto do ECA diga que a adoção é irrevogável, nada impede esses pais.

6. DA IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO E DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS

Conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente a adoção é irrevogável, então sendo assim, adotando uma criança, os adotantes ficam responsáveis totalmente pelo novo filho. Contudo, o art. 39 § 1º do ECA, assegura expressamente sobre a irrevogabilidade da adoção.

Art. 39. A adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§ 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

Como a lei já diz a criança ou adolescente adotado já é medida irrevogável, mas mesmo assim não deixa de que os pais manifestem a sua vontade de “devolver”, e veremos a seguir os motivos que levam a isso, porque são situações que não são previstas em lei. Quando as crianças e adolescentes entram em um tramite de adoção do começo ao fim vários profissionais acompanham, preparam e treinam esses pais em curso preparatórios para que não ocorra falhas, para que no meio ou no fim do processo de adoção venham devolver essas crianças.

Cabe frisar que tanto a questão da irrevogabilidade, quanto aos princípios envolvidos ao interesse do menor, ambos, devem estar bem lineares, conforme entendimento dos tribunais:

FAMÍLIA. ADOÇÃO. INTERESSE PROCESSUAL. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DA PROTEÇÃO INTEGRAL. IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO. REGRA QUE VISA À PROTEÇÃO DO ADOTADO.

1. O interesse processual está consubstanciado na necessidade de provimento jurisdicional como único meio de anular o processo de adoção que, apesar de sua regularidade formal, não atendeu ao melhor interesse do adotado.

2. O processo de adoção, embora revestido das formalidades legais, não atendeu ao princípio do melhor interesse da criança, tampouco ao princípio da proteção integral, objetivos da CF e do ECA, porquanto a adotante, para obter êxito no processo, mascarou seu real objetivo, qual seja, explorar o trabalho infantil.

3. A irrevogabilidade da adoção tem como objetivo evitar o arrependimento do adotante, acarretando, com isso, prejuízos aos interesses do adotado, em cujo benefício deve ser invocada.

(TJ-DF XXXXX – Segredo de Justiça XXXXX-87.2016.8.07.0013, Relator: FERNANDO HABIBE, Data de Julgamento: 17/07/2019, 4º TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 22/07/2019. Pág.: 448/453)

A adoção tem o objetivo de possibilitar à criança ou ao adolescente uma vida digna e garantindo todos os direitos fundamentais apontados na Constituição Federal e quando acaba sendo devolvida depois do fim do processo essa criança ou adolescente acaba sendo frustrada e

tendo consequências contrárias às previstas. Acontece muito porque os pais sempre idealizam o filho perfeito que nunca irá causar nenhum conflito, mas no fim das contas ocorre o contrário.

*O desejo de adotar é diferente do desejo de querer ter o filho que não se tem ou não se pode ter, o que nos leva a dar maior importância a um projeto de adoção pautado não em carências, necessidades e idealizações, mas no desejo genuíno de parentalizar ou de “fazer família” (2018, p. 221).
Isabel Cristina Gomes, Rita Tropa Alves dos Santos Marques e Yara Ishara*

Ao idealizar o filho perfeito os pais acabam percebendo as consequências porque no fim das contas, eles não buscavam realmente um filho, mas algo idealizado. Adotar uma criança ou adolescente não basta do ato ou da vontade de querer, mas da responsabilidade, do comprometimento e de acolher, dar um lar para quem tanto precisa, ser pai de alguém e junto com ele aprender a cuidar e ter muito afeto.

Em relação aos motivos que levam esses pais devolverem essas crianças ou adolescentes são alguns como o não planejamento, âmbito financeiro, convivência com novos filhos, caso os adotantes tenha, pois poderá gerar novos conflitos e talvez ciúme sobre o adotado; a responsabilidade de não saber lidar com uma criança que possua enfermidade ou que seja bastante conturbada, cheia de problemas psicológicos. Enfim são diversos fatores que podem levar a essa devolução.

A carga de responsabilidade assumida, a inexistente ou injusta divisão de papéis, o apoio ou a rejeição do cônjuge e da família, o seu suporte financeiro e psicossocial, tudo isso se amalgamará para te atingir em um nível muito pessoal (CAMPOS, 2019, p. 88)

Acontece que quando esses pais resolvem devolver novamente essa criança ou adolescente acaba se tornando um segundo abandono, o fato de “devolve-las”, causa grandes danos psicológicos. Maria Berenice Dias (2016, p. 479) relata que a adoção cria um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica (...)

A mesmo a adoção sendo uma medida irrevogável, nada vai impedir que os pais manifestem seu desejo em “devolver” o filho adotado, por qualquer dos motivos elencados acima, entre outros. Pois sempre o princípio do melhor interesse vai regulamentar esses direitos e proteger a criança mesmo depois de adotado, sendo assim, se as condições não forem necessárias mesmo depois de adotado a lei vai defender o que for mais benéfico, podendo a criança ou adolescente voltar pro abrigo.

Considerando que em alguns casos, em que pese à irrevogabilidade da adoção, é favorável ao jovem retornar ao abrigo, ao passo que ser mantido

em uma família que já não consegue vê-lo como filho, traria consequências que poderiam até mesmo prejudicar o seu desenvolvimento sadio (VASCONCELOS; MORAIS, 2019, p. 44).

Ao adotarmos uma criança ou adolescente nos comprometemos a várias coisas, e não é como devolver uma roupa que não gostou ou sapato em uma loja, há varias normas e institutos que asseguram os direitos a essas crianças, pois são crianças que já passaram por muitas frustrações que precisam de amor e carinho e um lar seguro para crescer, e por isso vamos elencar os motivos que podem levar esses pais a quererem devolver a criança depois de adotada, como âmbito de condição financeira, escola, plano de saúde.

A carga de responsabilidade assumida, a inexistente ou injusta divisão de papéis, o apoio ou a rejeição do cônjuge e da família, o seu suporte financeiro e psicossocial, tudo isso se amalgamará para te atingir em um nível muito pessoal (CAMPOS, 2019, p. 88).

Pois mesmo que a lei regule que a adoção é algo irrevogável, não vai impedir de os pais manifestarem a sua vontade de devolver a criança. Quando os adotantes “devolvem” o filho após a conclusão do processo de adoção é considerada extremamente grave, porque sabemos que o adotado viverá de perto novamente a situação de abandono por parte dos pais. Inicialmente é preciso caracterizar os elementos necessários para que possa haver essa responsabilização dos pais, mediante indenização.

Maria Helena Diniz diz que sobre os elementos da responsabilidade civil:

a) existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa, como fundamento da responsabilidade civil, temos o risco [...]; b) ocorrência de um dano moral e/ou patrimonial causado à vítima [...]; c) nexo de causalidade entre o dano e a ação (fato gerador da responsabilidade), pois a responsabilidade civil não poderá existir sem o vínculo entre a ação e o dano (2019, p. 53-54).

Como não tem norma específica de punição em casos de devolução de crianças, o entendimento jurisprudencial majoritário leva em conta a consideração de indenização e responsabilidade civil.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM OCORRENTE. GUARDA PROVISÓRIA. DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA. NEGLIGÊNCIA E IMPRUDÊNCIA DOS ADOTANTES CARACTERIZADA. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR PRESENTE. VALOR DA INDENIZAÇÃO MANTIDO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O art. 201, IX, da Lei nº 8.069, de 1990

- Estatuto da Criança e do Adolescente confere legitimidade ativa extraordinária ao Ministério Público para ingressar em juízo na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis afetos à criança e ao adolescente. 2. Assim, o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, cujo objetivo é responsabilizar aqueles que supostamente teriam violado direito indisponível do adolescente. 3. Embora seja possível desistir da adoção durante o estágio de convivência, se ficar evidenciado que o insucesso da adoção está relacionado à negligência e à imprudência dos adotantes e que desta atitude resultou em comprovado dano moral para o adotando, este deve ser indenizado. 4. O arbitramento da indenização pelo dano moral levará em conta as consequências da lesão, a condição socioeconômica do ofendido e a capacidade do devedor. Observados esses elementos, o arbitramento deve ser mantido. 5. Apelação cível conhecida e não provida, mantida a sentença que acolheu em parte a pretensão inicial, rejeitada uma preliminar.

(TJ-MG - AC: 10702140596124001 MG, Relator: Caetano Levi Lopes, Data de Julgamento: 27/03/2018, Data de Publicação: 06/04/2018).

Assim sendo, Carlos Roberto Gonçalves ainda ratifica esse entendimento:

Um dos pressupostos da responsabilidade civil é a existência de um nexo causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. Sem essa relação de causalidade não se admite a obrigação de indenizar. O art. 186 do Código Civil a exige expressamente, ao atribuir a obrigação de reparar o dano àquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, causar prejuízo a outrem (2020, p. 523).

Depois de analisar os pressupostos da responsabilidade civil e conforme mencionado no decorrer deste trabalho, entende-se que quando os adotantes descumprem suas funções acabam ocasionando prejuízo, seja patrimonial ou extrapatrimonial na vida da criança e do adolescente. E assim deixando um o dano sofrido, diante da necessidade de seu retorno ao acolhimento, a criança ou adolescente voltara ao abrigo de antigamente e possivelmente mais na frente poderá passar por todo esse processo novamente, mas os adotantes pagaram uma indenização.

Com a intensão de compensar o adotado, o adotante se responsabilizara civilmente se tornando ao menos na tentativa de reduzir os abalos sofridos. Embora a adoção seja um ato irrevogável, na prática não se mostra como absoluto, e assim correndo risco de produzir efeitos contrários aos desejados na vida do adotado. Então a adoção = deve ser analisada sempre com cautela, sempre decidindo qual a decisão tomar.

Considerando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, uma das medidas importantes que podem contribuir para o sucesso da adoção é o processo de um estágio de convivência com adequada supervisão da equipe técnica do Juizado da Infância e Juventude, assim evitando o fracasso da adoção.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ato de adotar é voluntário e está relacionado a construção de uma família, ou seja, é o meio pelo qual um casal pode ter um filho, mesmo que não seja biológico. A família é a base para a construção de uma criança, que necessita receber amor, carinho, respeito, educação e todos os direitos previstos pela Constituição Federal de 1988. A convivência familiar na vida de uma criança é suma importância, pois esta lhe assegura toda assistência necessária para o seu desenvolvimento.

A adoção pode ser benéfica não somente para a criança desamparada como também para os adotantes, pois alguns casais desejam ter filhos, contudo são estéreis, um filho pode trazer inúmeras experiências para o lar, sejam elas alegres ou tristes. Por esse motivo antes de ocorrer a adoção, os adotantes passam por um preparo psicológico para saber como introduzir essa criança ao seu âmbito familiar, partindo da convivência, a qual visa à construção de vínculos de ambas as partes, para que seja garantido a segurança e o bem-estar do menor desamparado.

Em alguns casos, os quais os objetivos não são alcançados durante o período de convivência familiar, o processo de adoção é rompido. Este processo é regulamentado pela Constituição Federal de 1988, e pela Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – os quais têm grande importância nas garantias e interesses das crianças e adolescentes, onde estes possuem absoluta prioridade. Além desses, o Código Civil apresenta artigos que são resultantes da CRFB/88, os quais são de suma importância para a regulamentação do Instituto de Adoção.

Contudo, apesar de todas as garantias e direitos legalizados, em alguns casos ocorre a devolução da criança durante o processo de adoção, seja no período de convivência familiar, ou até mesmo após a finalização deste processo. Por isso, após a sentença publicada, a adoção é irrevogável.

A irrevogabilidade da adoção visa combater os danos psicológicos causados na criança em casos de devoluções, a legislador teve uma grande preocupação em relação ao adotado, visando garantir os direitos fundamentais desta.

Com o intuito de conter com essa prática de devolução durante o estágio de convivência familiar ou após o processo de adoção, tem-se jurisprudências e doutrinas, que impõem certas responsabilidades aos adotantes, como uma forma de “recompensar” o novo abandono afetivo, causados pela segunda família. Este acarreta em indenizações por danos morais e materiais, além do dever de pagar “pensão alimentícia” para que esse desamparo seja minimizado pela perda sofrida, até que seja adotado novamente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Atualiza o instituto da adoção prescrita no Código Civil, de 8 de maio 1957. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3133.htm>. Acesso em: 15 out. 2022

BRASIL. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, de 1 de janeiro 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 04 out. 2022

BRASIL. Código Civil, de 10 de janeiro 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 15 out. 2022

BRASIL. Código de Menores, de 10 de outubro 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm#:~:text=Art.,nos%20casos%20expressos%20em%20lei.>. Acesso em: 13 out. 2022

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 out. 2022

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente, de 13 de julho 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 11 out. 2022

BRASIL. Legitimidade adotiva, de 2 de junho 1965. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4655.htm>. Acesso em 05 out. 2022

BRASIL. Nova lei de doação, de 3 de agosto 2009. Disponível em:

< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm>. Acesso 07 set. 2022

Brasil. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 10702140596124001**. Rel, Min. Caetano Levi Lopes. Belo Horizonte, MG, 27 de março 2018. Diário da Justiça, Belo Horizonte-MG, 06/04/2018. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/563950327/inteiro-teor-563950378>>. Acesso em: 15 out. 2022.

Brasil. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Segredo de Justiça XXXXX-87.2016.8.07.0013**. Rel, Min. Fernando Habibe. Brasília, DF, 17 de julho 2019. Diário da Justiça, Brasília-DF, 22/07/2019. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/563950327/inteiro-teor-563950378>>. Acesso em: 15 out. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MACIE, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SILVA FILHO, Artur Marques da. **Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais Brasil, 2019.

ABANDONO AFETIVO E A RESPONSABILIDADE CIVIL: UMA ANÁLISE SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DO AFETO

ITA ELMA SEPULCHRO SEIDEL AREAS:

Graduanda em Direito. Faculdade de Ensino Superior de Linhares.

VICTOR CONTE ANDRÉ

(orientador)

RESUMO: O direito de família ao longo do século XX passou por profundas transformações, deixando o exercício do patriarcalismo, centrado na figura do genitor masculino até a Constituição Federal 1988 com uma nova roupagem familiar de direitos e deveres entre pais e filhos e a inserção da afetividade no ordenamento jurídico brasileiro. Desta forma, o presente artigo científico tem o objetivo de investigar a respeito da admissibilidade da responsabilidade civil por abandono afetivo do genitor no direito de família brasileiro. Para o desenvolvimento da pesquisa foi utilizado o método de revisão bibliográfica, por meio de um estudo cuidadoso da legislação, doutrina, jurisprudência, dissertações e teses, etc. Informa-se que o tema é atual e possui destacada relevância, uma vez que trata sobre se de fato a transformação axiológica do Direito de Família abrange também o aspecto da admissibilidade da responsabilidade civil no ato do abandono afetivo do genitor no ordenamento jurídico brasileiro, servindo de base de estudo tanto para a sociedade quanto para acadêmicos de Direito. A conclusão que se chega é de que não existe ato ilícito para a interrupção do vínculo de afetividade, e conseqüentemente não se pode responsabilizar o genitor. A isso se refere à judicialização do afeto, pois não há como o Estado interferir e obrigar aos pais a ter laços afetivos, que nesse contexto é de difícil à medição, tendo como conseqüências decisões excessivas ou injustificadas, portanto, o que compete aos pais é o dever de sustentar e criar e isso já é juridicamente respaldado.

Palavras-chaves: Abandono afetivo. Responsabilidade Civil. Genitor. Direito de Família.

ABSTRACT: Family law throughout the 20th century underwent profound transformations, leaving the exercise of patriarchy, centered on the figure of the male parent, until the Federal Constitution of 1988 with a new family guise of rights and duties between parents and children and the insertion of affectivity in the Brazilian legal system. In this way, this scientific article aims to investigate the admissibility of civil liability for affective abandonment of the parent in Brazilian family law. For the development of the research, the method of bibliographic review was used, through a careful study of legislation, doctrine, jurisprudence, dissertations and theses, etc. It is reported that the topic is current and has outstanding relevance, since it deals with whether in fact the axiological transformation of Family Law also covers the aspect of the admissibility of civil liability in the act of affective abandonment of the parent in the Brazilian legal system, serving base of study for both society and law scholars. The conclusion reached is that there is no illicit act to interrupt the bond of affection, and consequently the parent cannot be held responsible. This refers to the judicialization of affection, since there is no way for the State to interfere and oblige parents to have affective bonds, which in this context is difficult to measure, with excessive or unjustified

decisions as consequences, therefore, it is up to parents the duty to support and create and this is already legally supported.

Keywords: *Affective abandonment. Civil responsibility. Parent. Family right.*

1 INTRODUÇÃO

O não cumprimento das prestações alimentícias e o dever de cuidar pela criação e educação dos filhos, no âmbito do direito de família, consistem numa das principais hipóteses de responsabilidade civil do genitor pela inobservância dos deveres relacionados à parentalidade, e atualmente no ordenamento jurídico é a única hipótese de prisão civil.

Nesse contexto, com o advento da Constituição Federal de 1988 houve significativas mudanças no tocante à disciplina jurídica das relações interfamiliares, que provocou transformações estruturais no direito de família, desde a igualdade tratamento entre filhos, responsabilidade recíproca entre os conviventes, estabelecimento da união estável, etc.

E na última década tanto a doutrina quanto a jurisprudência vem se debruçando sobre a questão da responsabilidade civil decorrente da relação parental, cujo genitor descumpra a prestação da afetividade. Dessa forma, a presente pesquisa tem por tema de analisar a admissibilidade, no ordenamento jurídico brasileiro, da responsabilidade civil por abandono afetivo parental.

Diante da temática que da responsabilidade civil dos genitores por abandono afetivo no âmbito jurídico brasileiro e nos fundamentos explanados acima, há necessidade de realizar a seguinte problemática: Até que ponto o Poder Judiciário pode interferir nas relações paterno-filiais, principalmente no poder de responsabilizar civilmente o genitor pela omissão ao afeto na criação de seus filhos?

A justificativa do presente estudo científico denota sobre a reflexão da incidência de indenização no tocante ao abandono afetivo e a atuação do poder judiciário, uma vez que se trata de um tema de grande debate e questionamento no âmbito social e jurídico brasileiro, motivo pela qual sua análise é desafiadora uma vez que, as tensões no campo familiar demanda permanente trabalho científico reflexivo, com a finalidade de averiguar as necessidades atuais da sociedade, que vive em constante transformação e também da necessidade averiguar os limites da atuação do Estado na individualidade e nas relações familiares.

Por sua vez, o sistema jurídico cada vez mais é solicitado para resolução de conflitos entre o que é dever jurídico e o subjetivo. Nesse sentido, a problemática levantada é relevante, pois de forma detalhada trabalha a questão da judicialização no campo do abandono afetivo e a responsabilidade civil. Fundamentando-se sobre a necessidade de uma busca primordial de abordar sobre as questões relacionadas à família e o afeto e as responsabilidades no campo jurídico e social brasileiro. Trazendo o debate científico sobre a viabilidade aplicação da responsabilidade civil em face dos pais no caso da efetivação do abandono afetivo filial.

O objetivo geral consiste em investigar a aplicabilidade da responsabilidade civil em face do abandono afetivo do genitor no âmbito do direito de família. E os objetivos específicos: pesquisar sobre os princípios da afetividade e da solidariedade no direito de família; abordar a respeito da responsabilidade civil e a judicialização no âmbito familiar no ordenamento jurídico brasileiro; por fim, avaliar a questão do abandono afetivo parental e a admissibilidade da responsabilidade civil.

A metodologia utilizada é baseada numa revisão de literatura, com aplicação de três métodos científicos. No que diz a respeito ao método de abordagem, aplicar-se-á o método dialético, que é um diálogo entre vários pesquisadores sobre o tema adotado; a respeito do método procedimental adotar-se-á o método comparativo, que neste caso é comparação de ideias e informações dos estudiosos desta problemática, por fim, a técnica de pesquisa a ser adotada será a bibliográfica (doutrinas, revistas científicas, legislações, dissertações, etc.).

Ao final da pesquisa, conclui-se que, não constitui ato ilícito o abandono afetivo paterno-filial, portanto, não cabe responsabilidade civil, uma vez que, conforme compactua a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, o dever dos pais é de sustento, criação e educação e no que concernem os laços afetivos se restringe a convivência e as particularidades de cada família.

Por conseguinte, o Estado não tem o poder de interferir no espaço privado do ser humano, isso se reporta a judicialização do afeto, que acarreta sérias consequências, por meio de decisões excessivas ou injustificadas, uma vez que, a medição do afeto é complexa e atende as características individuais de cada indivíduo.

Desta forma, no primeiro capítulo abordará a respeito da relação do princípio da afetividade e da solidariedade no contexto familiar brasileiro. E no segundo o instituto jurídico da responsabilidade civil e a problemática da judicialização no direito de família brasileiro. Por fim, o objetivo do último capítulo é de aprofundar sobre a responsabilização civil em face do abandono afetivo paterno-filial e os limites da intervenção judicial frente ao abandono afetivo dos genitores.

2 A FAMÍLIA E O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E SOLIDARIEDADE

O poder familiar consiste num conjunto de direitos e obrigações que os pais possuem diante dos filhos menores, e é exercido em igualdade de condições. Nota-se que a dissolução do casamento ou união estável não altera a titularidade desse direito-dever, uma vez que, o poder familiar está ligado a filiação e não ao vínculo matrimonial. Informa-se também que, quando houver divergência entre os pais quanto ao exercício desse poder, a esses são lhe facultado o direito de recorrer ao judiciário, que buscará uma solução para o caso concreto (ARAÚJO JUNIOR, 2016).

É no artigo 1.632 do Código Civil de 2002 que ratifica que independente do vínculo conjugal a relação entre pais e filhos permanecerá, pois é dever dos pais de zelar pela criação e dignidade de seus filhos. Como ratifica o referido artigo infraconstitucional: "a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos" (BRASIL, 2002, p. 01).

Tartuce (2020) sobre o respectivo dispositivo civilista informa que, acaba por trazer um direito à convivência familiar, e ao seu lado o dever dos pais em terem os filhos em sua companhia. De maneira que, para o doutrinador esse fundamento corrobora para a sustentabilidade da caracterização da responsabilidade civil por abandono afetivo, pois a companhia inclui o afeto, a interação entre pais e filhos.

Dessa forma, o dever de cuidar dos pais está intimamente ligado ao poder familiar, pois esse poder é decorrente do vínculo jurídico da filiação, ao qual, advém da ideia de uma família democrática, de colaboração familiar e as relações são pautadas no afeto.

Nessa perspectiva a autoridade parental tem que se pautar de acordo com o melhor interesse da criança. Enquanto, os filhos menores estão sujeitos ao poder familiar (art. 1630 Código Civil). Porquanto, o Código Civil, em seu artigo 1.634 expõe a responsabilidade dos pais no exercício do poder familiar:

Art. 1.634 do Código Civil, com a redação dada pela Lei n. 13.058/2014, enumera os direitos deveres que incumbem aos pais, no tocante à *pessoa dos filhos menores*.

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV- conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI- nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los, judicial e extrajudicialmente, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”(BRASIL, 2002, p. 01).

Verifica-se que, a criação e a educação é um dever dos pais, e está intrínseco a responsabilidade cotidiana na relação paterno-filial. Gonçalves (2017, p. 689) informa que: “o

instituto em apreço resulta de uma necessidade natural. Constituída a família e nascidos os filhos, não basta alimentá-los e deixá-los crescer à lei da natureza, como animais inferiores. Há que educá-los e dirigi-los”.

Os deveres dos pais para com os filhos envolvem ações que objetiva a educação e a criação de seus filhos para a cidadania e o desenvolvimento pleno e sadio. Nesse sentido, no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente estão normatizados alguns deveres do exercício do poder familiar, que “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais” (BRASIL, 1990, p. 01).

Enquanto, aos filhos cabe a obediência, o respeito e os serviços próprios de sua idade e condição, conforme preceitua o artigo 1.634 do Código Civil de 2002, inciso IX (BRASIL, 2002). Além disso, é direito dos filhos de frequentar a rede regular de ensino (art. 53 ECRAD), e aos pais a obrigação de matricular e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar (art. 129 inciso V ECRAD) (BRASIL, 1990).

Nessa linha, nas justificativas da proposição é expresso que o termo poder familiar e a relação dos direitos e deveres paterno-filiais e a autoridade se compactua com o princípio de melhor interesse dos filhos, além de contemplar a solidariedade familiar e também o princípio da afetividade, que tem por premissa o exercício da dignidade da criança e do adolescente, para que se cresça numa ambiente sadio e seguro (RAMOS, 2016).

Isto demonstra que o princípio da solidariedade familiar está condicionado com o dever de cooperação mútua entre os membros da família para viabilize o desenvolvimento imaterial, que é o afeto; bem como o sadio crescimento do indivíduo (alimentação, educação, saúde, etc.) (TORRES, 2020).

Tartuce (2020) assevera que, o ato de ser solidário tem por essência a empatia pelo outro, remetendo a solidariedade no tocante ao direito das obrigações. É o ato de se preocupar pelo outro indivíduo. E no campo familiar num sentido de amplitude envolve o aspecto afetivo, social, moral, patrimonial, espiritual, etc.

Assim, a solidariedade tem sua origem nos vínculos afetivos, que compreende a fraternidade e a reciprocidade. Esse princípio tem assento constitucional, uma vez que, no preâmbulo da Constituição Federal assegura uma sociedade fraterna. A família consiste numa das técnicas originárias de proteção social que se mantém na atualidade e a legislação normatiza a solidariedade que existe no âmbito das relações familiares, pois quando se há deveres recíprocos entre os integrantes familiares, a responsabilidade recai sobre os integrantes da família, depois a sociedade e o Estado (DIAS, 2016).

Na família a solidariedade passa a ser denominada de solidariedade familiar, ao qual deriva da convivência e da afetividade. E mesmo havendo a dissolução da família a solidariedade permanece, em especial com relação a alimentos, ao cuidado e demais necessidades daqueles que mesmo com a ruptura dos laços conjugais precisam de sustento e de criação, que nesse caso são os filhos (TORRES, 2020).

A imposição dos pais de prover a assistência aos filhos, a obrigação alimentar e o amparo aos indivíduos idosos na família são exemplos do princípio da solidariedade familiar (DIAS, 2016). Que tem por essência os deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, garantindo assim, a dignidade de cada ente familiar.

Dolce (2018, p.49) destaca que:

[...] sob o ponto de vista jusnaturalista, influenciado pelo estudo das ciências da natureza, surge a noção de que a hierarquia que os pais detêm sobre os filhos deriva do fato de terem mais experiência. Trata-se, portanto, de autoridade natural que não se justifica pelo arbítrio absoluto, mas deriva do fato de serem os genitores a causa de sua existência da prole. Surge a noção de que os pais possuem responsabilidade pela necessidade dos filhos.

Dessa forma, o Código Civil de 2002 deixou explícito o exercício do pátrio poder, com o objetivo de atender os preceitos constitucionais que normatiza a igualdade de direitos e também de obrigações entre os pais perante os filhos menores. Consistindo em responsabilidades na criação dos filhos perante a sociedade (DOLCE, 2018).

Já o princípio da afetividade é apontado na atualidade como um dos principais fundamentos nas relações familiares. Mesmo que esse princípio não esteja expressamente normatizado na Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental, afirma-se que é decorrente da dignidade da pessoa humana e também da solidariedade (TARTUCE, 2022).

Ramos (2016) informa que, o princípio da afetividade especializa, no campo das relações familiares, o macro princípio da dignidade da pessoa humana que preside todas as relações jurídicas, potencializando o direito a convivência, aos cuidados e ao crescimento sadio e digno na criação dos filhos.

Verifica-se que, o princípio da afetividade advém de um processo histórico de conquista na sociedade brasileiro, pois com a quebra de paradigmas na legislação familiar nesse país, possibilitou traços fortes da valorização do afeto e das relações familiares múltiplas ao qual distanciou do emblema de uma entidade familiar patrimonialista. Atualmente, as relações familiares estão pautadas na afetividade, ao qual, sejam pessoas do mesmo sexo, entre mulher e homem, pela comunhão de vida, ou pela reciprocidade entre seus integrantes (TARTUCE, 2020).

A família na atualidade tende a ser cada vez mais o espaço para aflorar a afetividade, contribuindo para que homens e mulheres cresçam psicologicamente sadios, com autoestima e identidade. É nessa perspectiva que se fundamenta a construção da afetividade, uma vez que, se fundamenta na enorme diversidade de tipos de família, pois o liame biológico não é o único fundamento de vínculo familiar (COELHO, 2012).

Porquanto, a afetividade “[...] é o princípio que fundamenta o direito das famílias na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico” (DIAS, 2016, p. 58), nesse contexto, o direito ao afeto é relacionado ao direito à felicidade, porquanto, o Estado tem por dever de propiciar políticas públicas para tenham uma vida digna e plena. E no âmbito familiar os laços de afeto derivam da convivência familiar e não do sangue e a posse do estado do filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico (Estado) do afeto, com o objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado (DIAS, 2022).

É por isso, que no atual ordenamento jurídico brasileiro as relações interpessoais no seio familiar são fortificadas e a humanização dos vínculos ganha espaço, cabendo ao Estado, o dever de instituir e manter políticas públicas que tem por finalidade a preservação da família na sociedade.

Portanto, o crescimento do princípio da afetividade nas relações familiares fundamentada numa análise jurídica em que o Estado não está alheio aos relevantes aspectos dos relacionamentos familiares e sua importância para a sociedade. De modo que, a afetividade é um princípio implícito tanto na Carta Magna de 1988 quanto no Código Civil de 2002, derivado das mudanças de paradigmas sociais e fortemente discutido na seara legislativa, doutrinária e jurisprudencial.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL E A JUDICIALIZAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

A palavra responsabilidade tem sua origem no latim *res-pondere*, que tem por significado “segurança ou garantia de restituição ou compensação do bem sacrificado”. Assim, o termo implica na obrigação de restituir ou ressarcir algum dano (GONÇALVES, 2017). De modo que, a responsabilidade civil advém de um descumprimento obrigacional, ou até mesmo pela omissão de um indivíduo de um preceito normativo.

Cavaliere Filho (2012) primeiramente reporta sobre o dever jurídico, é a conduta externa de um indivíduo estabelecida pelo Direito Positivo por necessidade da convivência em sociedade. Não consiste em uma simples recomendação, e sim em uma ordem direcionada à vontade dos indivíduos, de maneira que a imposição dos deveres jurídicos é direcionada na criação de obrigações.

Assim, é responsável todo aquele que está submetido a esta obrigação de reparar ou de sofrer a pena. Há uma infração, seguida de uma reprovação, que conduz o juízo de imputação a um juízo de retribuição. O acoplamento entre as duas obrigações, a de agir em conformidade com a lei e a de reparar o dano ou a cumprir a pena, culminou na inteira moralização e juridicização da imputação (ROSENVALD, 2017).

Neste contexto, o núcleo jurídico da responsabilidade civil no Brasil se encontra nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil Brasileiro de 2002, que *in verbis*:

Art.186 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ilícito.

[...]

Art. 187 – Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

[...]

Art. 927 – Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. 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 (BRASIL, 2002, p. 01).

É notório que, a responsabilidade civil só se caracteriza quando há a incidência de um dano a reparar, consistindo no pressuposto central deste instituto jurídico. Porquanto, o dano é uma lesão a quaisquer bem ou interesse jurídico, seja esse patrimonial ou moral. É por isso, que, a responsabilidade civil tem por essência três funções, a primeira é a reparatória (pelos prejuízos decorrentes da lesão ao direito) a segunda é a preventiva (que se caracteriza pelo desestímulo da ocorrência da prática lesiva) e a terceira punitiva (desfalque patrimonial) (MATTOS, 2012).

Gonçalves (2017, p. 44) informa que:

Toda atividade que acarreta **prejuízo** traz em seu bojo, como fato social, o problema da **responsabilidade**. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo **dano** constitui a fonte geradora da responsabilidade civil. Pode-se afirmar, portanto, que *responsabilidade* exprime ideia de **restauração de equilíbrio**, de contraprestação, de **reparação de dano**. Sendo múltiplas as atividades humanas, **inúmeras** são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social (grifo do autor).

Salienta-se que no campo do direito de família a responsabilidade civil é de extrema importância sua aplicação, uma vez que, sua aplicabilidade levanta várias reflexões, podendo ser decorrente do abandono afetivo; das agressões físicas e ou psíquicas; a quebra de promessa de noivado; bem como de situações derivadas do casamento, como por exemplo, a traição, a alienação parental; ou também sobre a filiação, os alimentos e a possibilidade de ressarcimento daquele terceiro que pagou no lugar do verdadeiro pai, etc. (ALMEIDA, 2015).

Assim, a responsabilidade civil é derivada na perspectiva do dano causado, ao qual tem um caráter de imputabilidade dentro do espaço familiar, trabalhando no pressupostos de causa-

consequência, direito-deve de reciprocidade e no papel desempenhado de cada integrante familiar (SANCHES, 2013).

De maneira que dentro as diversas circunstâncias que pode se caracterizar a responsabilidade civil no direito de família, a questão do dano material é um tema bastante recorrente no direito brasileiro, que ocasiona vários debates tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Uma vez que, envolve os direitos e deveres inerentes dos indivíduos nas relações familiares e também preceitos constitucionais, tais como, a intimidade, a dignidades da pessoa humana, o dever de assistência, de fidelidade, a solidariedade, dentre outros, além dos sentimentos e as situações subjetivas que são encontradas nos casos concretos (ALMEIDA, 2015).

Cadin (2012) reponta que a família não pode ser vista como um instituto alheio ao Estado de direito, onde se suspendem as garantias individuais, é por isso que se deve reconhecer a aplicação das normas gerais da responsabilidade civil quando um membro desse núcleo, através de um ato ilícito, atinge um legítimo interesse extrapatrimonial de outro membro familiar. Visto que, a reparabilidade do dano moral funciona como uma maneira de fortalecer os valores atinentes à dignidade e ao respeito humano, pois no entendimento de que nada destrói mais uma família do que um dano causado pelos seus próprios membros.

Portanto, a responsabilidade civil no direito de família é uma proteção do princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Ao qual resguarda os direitos e deveres de cada indivíduo no âmbito familiar. Contudo, cabe ao juiz ponderar os valores éticos em conflitos, e também as provas devem ser analisadas de forma íntegra, para que não aconteça a banalização do dano moral, pois o relacionamento familiar não é permeado apenas por momentos felizes, mas também por sentimentos negativos, que faz parte da natureza humana.

3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO: POSIÇÃO DOUTRINÁRIA

O direito de família no século XX passou por profundas transformações, desde a extinção da ilegitimidade filial ou até mesmo o distanciamento da família moldada no patriarcalismo, uma vez que, o liame biológico cada vez mais abre espaço para o reconhecimento do afeto como valor jurídico e também para o conjunto de condutas inerentes ao exercício do poder familiar (DOLCE, 2018).

É nesse ambiente de transformações sociais que influi diretamente nas relações familiares, o qual se tem o debate sobre a questão do afeto como um dever jurídico e se de fato essa negativa, caracteriza-se como um ato ilícito e de responsabilização civil, no âmbito da relação paterno-filial (SAMPAIO, 2018).

No aspecto doutrinário, o debate fica evidente quando há posicionamentos favoráveis e também contrários no tocante a caracterização da responsabilidade civil por abano afetivo paternal.

Dias (2016) entende que, o conceito atual de família é centrado no afeto como elemento agregador e o ordenamento jurídico brasileiro exige o dever de criar e educar os filhos sem que seja omitido o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade. Não se pode mais

ignorar essa realidade, tanto que atualmente já se fala sobre a paternidade responsável. Porquanto, a convivência entre pais e filhos não está no campo dos direitos e sim dos deveres, uma vez que, não existe o direito de visitá-los, mas a obrigação de conviver com seus filhos.

Sampaio (2018, p. 39) destaca que:

Por essa razão, visa-se demonstrar princípios, valores e deveres trazidos pela Constituição de 1988, que fundamentam a possibilidade de indenização por danos morais para os filhos que sejam vítimas de abandono afetivo. Afinal de contas, abandonar afetivamente as crianças significa criar uma sociedade doente e abandonada à sua própria sorte.

É nítido que o distanciamento entre pais e filhos tem por consequências de ordem emocional e compromete o desenvolvimento sadio da criança e do adolescente, de maneira que, o sentimento de dor e abandono implica em sérios reflexos na vida desses filhos. Dessa forma, o abandono afetivo pode gerar obrigação indenizatória, pois o genitor possui como encargos decorrente do poder familiar a criação e o acompanhamento do crescimento de seus filhos, tal comprovação tem levado o reconhecimento da obrigação indenizatória por abano afetivo (DIAS, 2016).

A vertente favorável defende que, o ato ilícito se caracteriza pela omissão na prestação dos deveres de cuidado e convivência com o filho menor, que são inerentes ao poder familiar. Uma vez que, configurada a omissão das condutas objetivas e caracterizadoras do afeto, caracteriza-se o comportamento antijurídico por parte do genitor, sendo necessária a reparação civil ao filho menor.

Nesse sentido Dolce (2018, p. 106) informa que:

No que diz respeito ao abandono afetivo, conforme já vimos anteriormente (item 3.3.1), o ato ilícito se consubstancia na omissão ao cumprimento dos deveres de contato, convivência e cuidado com o filho menor.

A conduta voluntária, por sua vez, está consubstanciada na ação consciente de deixar de cuidar, passar tempo e zelar pelo filho menor, como atribui o poder familiar. O potencial dano moral que este pode experimentar em virtude de tal conduta é, igualmente previsível, assim como igualmente presente a violação do dever de cuidado, consubstanciado neste caso na negligência, ou descuido no cumprimento da obrigação.

Desta forma, para que seja caracterizada culpa (negligência) hábil a autorizar a reparação civil do abandono afetivo, é necessário que o genitor adote a conduta passiva, de se omitir, de forma consciente, à prestação dos deveres de contato, convivência e cuidado.

Na doutrina brasileira, Dias (2016, p. 130) destaca que:

A busca de indenização por dano moral transformou-se na panaceia para todos os males. Há uma acentuada tendência de ampliar o instituto da responsabilização civil. O eixo desloca-se do elemento do fato ilícito para, cada vez mais, preocupar-se com a reparação do dano injusto. De outro lado, o desdobramento dos direitos de personalidade faz aumentar as hipóteses de ofensa a tais direitos, ampliando as oportunidades para o reconhecimento da existência de danos. Visualiza-se abalo moral diante de qualquer fato que possa gerar algum desconforto, aflição, apreensão ou dissabor. Esta tendência acabou se alastrando às relações familiares, na tentativa de migrar a responsabilidade decorrente da manifestação de vontade para o âmbito dos vínculos afetivos. No entanto, o direito das famílias é o único campo do direito privado cujo objeto não é a vontade, é o afeto. O amor está para o direito de família assim como o acordo de vontades está para o direito dos contratos. Ou seja, se busca transformar a desilusão pelo fim do amor em obrigação indenizatória.

Já a vertente contrária entende que o afeto possui uma dimensão plúrima, marcada por laços psicológicos que propicia no indivíduo um caráter espontâneo e anímico, portanto, não configura um conceito jurídico. As reações afetivas se situam fora do contexto arbitral do sujeito, é dada de complexidade e elevada subjetividade, destinada numa perspectiva biológica, antropológica, cultural e social. Por isso, é de dificuldade se medir as manifestações emocionais e afetivas do ser humano. Assim, o cuidado parental não se confunde com o afeto, mesmo que possa decorrer dos laços afetivos (VASCONCELOS, 2020).

Vasconcelos (2020, p. 400) ainda informa que: “racionalizar o afeto impõe um trato de aparência, portanto, não construído ou desenvolvido no decurso natural da relação parental conferindo um verniz de objetividade que não desnatura [...]” a essência do sentimento, ou seja, não resgatar ou transforma verdadeiramente a relação paterno-filial.

O Estado não pode interferir na subjetividade do afeto, pois no ordenamento jurídico o que se vislumbra é a liberdade de dar afeto, assim, não cabe à abordagem do afeto como um direito do menor, pois, os deveres inerentes ao poder familiar não pode invadir a subjetividade dos laços afetivos. Nesse aspecto, os deveres dos pais decorrentes do poder familiar consistem na educação, criação, direção, alimentos, direitos sucessórios, etc. que são encontrados nos artigos 1.634 do Código Civil de 2002 e nos artigos 227 e 229 da Carta Magna de 1988 (MOREIRA, 2014).

Portanto, em relação esses dilemas que se verifica a dificuldade de medição e verificação do nexos causal entre o abandono afetivo e o dano apresentado no ambiente judiciário brasileiro. Além disso, outro dilema é a questão da banalização do dano moral, que para a resolução do conflito recai sobre a capitalização do afeto para o tratamento das relações familiares.

3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO: POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

A respeito da responsabilidade civil no tocante ao abandono afetivo advindo da ruptura dos laços parentais na sociedade brasileira, nota-se que é um assunto bastante atual e que ainda não é pacificado no sistema jurídico brasileiro. Ao longo da pesquisa científica, verificou-se que, o

princípio da afetividade ganhou espaço na esfera familiar, tanto que, há vários julgados e citações doutrinárias sobre esse princípio.

Quanto à afetividade Torres (2020) informa que na esfera familiar esse princípio está despontando, ora permissivo para identificação de novas construções familiares, ora como restrição para sua identificação. Não há um parâmetro, um critério para o uso desses preceitos, o que pode causar insegurança jurídica ou mesmo impedir a inovação do ordenamento jurídico, devendo o direito acompanhar a realidade social.

Verifica-se que, a dada complexidade da demonstração da ilicitude e da ocorrência do dano e o nexo de causalidade, faz com que haja tanto jurisprudências que acata o abandono como um ato ilícito quanto rejeita esse entendimento. De modo que, o entendimento abaixo vislumbra o caso do acatamento da ilicitude do abandono afetivo, porém o recurso foi desprovido por que no entendimento do juiz não encontrou indícios palpáveis do respeito abandono do genitor.

TJ – MG PROCESSO APELAÇÃO Nº 1.000.22.092380-9/001

Relator(a): Des.(a) Fausto Bawden de Castro Silva (JD Convocado)

Data de Julgamento: 28/06/2022

Data da publicação da súmula: 06/07/2022

Ementa:EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL - ATO ILÍCITO - NÃO COMPROVAÇÃO DA INTENÇÃO DE ABANDONO - DANOS MORAIS - NÃO CONFIGURADOS - SENTENÇA MANTIDA.

1. Para que se configure a responsabilidade civil, é imprescindível a demonstração da ilicitude da conduta, da ocorrência de dano e o nexo de causalidade.

2. No presente caso concreto, não é possível saber se o recorrido se esquivou do dever de cuidado inerente ao poder familiar ao tempo em que o autor era menor de idade, tampouco se deixou de valorizar os laços familiares, pelo que não se constata a ocorrência dos elementos norteadores da responsabilidade civil, e nem a prática de ato ilícito capaz de dar ensejo ao dever de indenizar, pelo que a improcedência do pedido se impõe.

3. Recurso desprovido (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2021).

Nesse contexto, a jurisprudência também vem discutindo o afeto como elemento estruturador da família moderna e a sua ausência no âmbito das relações paterno-filiais, o que se percebe que há uma extensa discussão, tanto que, a presente matéria ainda não é pacificada. Dessa forma, em recentes julgados, no Superior Tribunal de Justiça há decisões que tanto ratificam a

necessidade de punir moralmente os genitores que abandonam seus filhos e também decisões contrárias.

TJ – DF processo nº 0005355120168070017

Relator: Soníria Rocha Campos D'Assunção.

Data do julgamento:14/10/2021

PELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO AFETIVO. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. 1. A configuração da obrigação de reparar dano moral no direito de família deve observar a mesma forma da responsabilidade civil em geral, ou seja, deve decorrer da demonstração dos seguintes requisitos estruturantes: conduta (comissiva ou omissiva), nexo de causalidade e dano por violação aos direitos da personalidade. 2. O dever de cuidado está relacionado ao sustento, à guarda e à educação dos filhos. O amor e o afeto não podem ser impostos pelo Estado e não consubstanciam deveres jurídicos. A manutenção dos laços afetivos depende da vontade das partes e não pode ser imposta pelo julgador. 3. O abandono afetivo, sem que descumprido o dever de cuidado dos genitores, não constitui ato ilícito, o que obsta a imposição de reparação por dano moral. 4. Apelação desprovida (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL, 2021, p. 01).

A matéria também foi analisada até o presente momento somente pelas duas turmas do Superior Tribunal de Justiça, Terceira e Quarta Turma. A primeira decisão foi julgada em 29 de novembro de 2005, pela Quarta turma, Resp. 757.411-MG, que negou a possibilidade de indenização nos casos de abandono afetivo, o entendimento é de que escapa ao arbítrio do judiciário de obrigar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo, não havendo possibilidade de indenização (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2022).

Já a Terceira turma, acatou a tese do abandono afetivo, ao qual, entende que a omissão do genitor no dever de cuidar da prole constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável, no Resp. 1.159.242-SP, julgado em 24 de abril de 2012. Posteriormente, última decisão sobre esse tema foi publicada pela Quarta Turma, em 19 de outubro de 2017, que negou o provimento ao recurso, com base na impossibilidade de se exigir cuidado afetivo parental, Resp. 1.087.561-RS (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2022).

Verifica-se que há um conflito entre as duas turmas do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que, demonstra até que ponto o Estado pode atuar nos conflitos gerados nos relacionamentos entre pais e filhos, no sentido, que há a questão da judicialização nas relações familiares, ao que pese que o limite de atuação do Poder Judiciário no tocante aos resultados objetivos na resolução de conflitos que pertencem à ordem subjetiva, podendo até mesmo extrapolar suas funções.

É por isso, que o objetivo desse estudo científico consiste em analisar a atuação se de fato incide o dever de indenizar o genitor pelo abandono afetivo e se o Estado tem competência de

exigir laços afetivos entre pais e filhos. Consistindo num tema bastante atual e também polêmico, pois evidencia também até onde se estende o campo de atuação do Poder Judiciário nas relações de afeto paterno-filiais.

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM FACE AO ABANDONO AFETIVO E A INTERVENÇÃO JUDICIAL: UMA ANÁLISE SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DO AFETO

A responsabilidade é um instituto civilista incluído no ordenamento jurídico brasileiro que objetiva a reparação do dano injusto, e seu valor na sociedade é reportado no sentimento de realização de justiça. Visto que, o agente causador do ato ilícito que infringiu direito de outro indivíduo tem por dever de reparar o presente dano, para que haja o equilíbrio jurídico de não prejudicar a outrem. Nesse sentido, Mattos (2012, p. 33) informa que:

A construção permeada pela afirmação dos direitos fundamentais constitui o dado ético dessa realidade, contexto no qual a responsabilidade civil se apresenta como mecanismo de efetivação dos direitos fundamentais, o que se propõe a fazer, numa construção de pilares se darão revisitando categorias como o dever jurídico, a autonomia privada, o dano, o ato jurídico e o dever de reparação.

Dessa forma, o objetivo é o estabelecimento do equilíbrio que antes do dano causado existia, promovendo por meio da responsabilidade civil a construção dos pilares relacionados aos direitos fundamentais que são o dever jurídico, o dano, o ato jurídico e a reparação. Por isso, a responsabilidade civil conquistou vários espaços no sistema jurídico brasileiro, que ao longo do século XX alcançou diversas áreas do direito. Dentre elas, se encontra o Direito de Família, que por sua vez, é o instituto do Direito Civil, que no respectivo século mais sofreu alteração, deixando de possuir normas extremamente patriarcalista para disciplinar sobre os novos moldes contemporâneos familiares.

Harmatiuk (2021, p. 55) aborda que:

Como se sabe, tais fatores alteraram-se radicalmente nas últimas décadas e um novo modelo, que vem sendo chamado de “democrático”, corresponde, em termos históricos, a manifesta mudança, com a inserção, no ambiente familiar, de princípios constitucionais tais como a solidariedade, a igualdade e a liberdade. Ao modelo tradicional contrapôs-se o modelo de família democrática, onde não há direitos sem responsabilidades, nem autoridade sem democracia.

A passagem da família-instituição à família democrática, isto é, aquela que busca propiciar um ambiente adequado ao desenvolvimento da personalidade de cada um de seus membros suscitou a maior autonomia dos membros da família. A disseminação do divórcio, por outro lado, fez com que o casamento deixasse de representar, como antes, um assunto

pertencente ao universo dos parentescos de origem. A perda do caráter único da relação mudou a sua qualidade, a sua natureza e o seu significado, tornando-os menos abrangente em suas implicações sociológicas. Essas consequências, quais sejam, a autonomia dos membros da família e a mudança de seu eixo central, são de grande relevo para o tratamento da responsabilidade civil nas relações familiares.

A essa mudança se deve a promulgação da Constituição Federal de 1988 que positivou os direitos sociais e a dignidade da pessoa humana, bem como, a valorização de cada ente familiar, trazendo a proteção civil dos membros da família, tanto no aspecto social e exterior quanto entre abusos cometidos entre os próprios integrantes.

Informa-se que no âmbito da aplicabilidade da responsabilidade civil no direito de família, tem-se a questão do abandono afetivo, que por não haver previsão legal, ainda é bastante debatido nas doutrinas e jurisprudências no Brasil. O que se verifica que, com a Carta Magna de 1988, a criação dos filhos passou a ter novos limites, principalmente naquilo que se determina o artigo 227, ao determinar o dever de colocá-los a salvo de toda negligência, discriminação, exploração, violência, etc. (BRASIL, 1988).

Observa-se que a Carta Magna de 1988 propiciou um ato normativo em aberto para proteger a criança e ao adolescente, que pode até mesmo ser aplicados aos pais ou responsáveis, que tenham o Poder Familiar. Contudo, no ordenamento jurídico há um embate no tocante a responsabilidade civil entre a extensão do dever do cuidado, a autonomia dos pais e os direitos de personalidade e também a dificuldade de averiguar quais condutas dos pais são causadoras do dano relacionado ao desenvolvimento de seus filhos (HARMATIUK, 2021).

Verifica-se que, essas questões propiciaram um racha no Superior Tribunal de Justiça, em que há duas turmas com entendimento opostos sobre o respectivo tema, uma vez que, para a terceira turma posiciona de que o abandono afetivo é um ato ilícito e merece reparação civil e a quarta turma não vislumbra o ato ilícito do pai, que garante a subsistência e educação de sua prole (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2022).

Primeiramente, para averiguar se de fato o abandono afetivo constitui um ato ilícito, há necessidade de analisar o que constitui um ato ilícito e se o abandono afetivo se enquadra em seus parâmetros. Desta forma, o ato ilícito se configura por meio de quatro requisitos. O primeiro, a violação a uma norma jurídica; o segundo, a conduta do agente causador do dano; o terceiro, a imputabilidade (consciência do agente) e por fim, a violação de direito alheio (GONÇALVES, 2012).

Porquanto, para que o abandono afetivo seja considerado um ato ilícito há a necessidade de constituir esses preceitos jurídicos. Por isso, o ato ilícito cometido pelos pais que abandona afetivamente seus filhos é um tema controverso e polêmico. Contudo, a linha mais plausível é o do pensamento da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que, o dever dos pais ou daqueles que detém o Pátrio Poder é de sustentar, guardar, criar e educar e no caso dos laços de afetividade e convivência se restringe nas circunstâncias familiares de cada família.

Nesse aspecto, há uma proteção da autonomia e dos direitos de personalidade dos pais, que por sua vez o dever dentro Pátrio Poder é de sustentar, educar, e na criação, de modo que, as demais peculiaridades da vida privada de cada família não competem ao judiciário, e não estão respaldadas na responsabilidade civil.

Lima (2016, p. 111-112) defende que:

Com o advento da Constituição Federal, em 1988, a compreensão dos deveres parentais não se alterou. A doutrina pesquisada reconhece que as normas constitucionais atuais promoveram uma modernização do Direito de Família, por meio, inclusive, da inserção de novos princípios que afetam essa disciplina jurídica (tal como o princípio da igualdade entre homens e mulheres), mas não menciona o dever de cuidado como uma expressão decorrente do texto constitucional. Deduz-se que o cuidado afetivo dos pais com relação aos filhos é tido como uma questão moral. A falha ao prestar assistência afetiva ao filho é vista como causa de destituição do poder familiar, mas não como fonte de responsabilidade civil.

Verifica-se que a respectiva problemática abordada desafia o pensamento entre a linha tênue do Direito e a Moral. Deve-se ponderar a relevância desse limite, pois é a partir desta separação que se limita a interferência Estatal no âmbito privado dos indivíduos e se evita a judicialização do afeto, acarretando a regulação excessiva e injustificada do comportamento da pessoa. O Direito deve regular o comportamento humano na medida em que haja fundamento plausível e previsto em lei para tanto e que seja possível universalizar a desejada regulação. Assim, cumpre examinar, se tal é viável no caso da imposição de um dever do afeto (LIMA, 2016).

Dessa forma, o debate da propositura da responsabilidade civil diante do abandono afetivo possui o respectivo obstáculo, uma vez que, não existe um consenso da violação de um dever preexistente no ordenamento jurídico, pondo em cheque a ilicitude da conduta. A legislação vigente não prevê a necessidade do filho de ser amado pelos pais, mas sustenta a necessidade de proteção da criança e do adolescente e a função do pátrio poder de propiciar condições dignas do desenvolvimento físico e psíquico do indivíduo.

Porquanto, o planejamento familiar em nosso ordenamento jurídico é livre, contudo a paternidade deve ser exercida atendendo ao princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, aqueles que não querem se comprometer com o mínimo de assistência e criação que não tenham filhos. Mas importante destacar que, o afeto não se pode ser monetizado ou imposto pelo Estado, o que se configura é o dever de sustento, criação, educação e guarda (CARDIN, 2012).

Por isso, há uma nítida separação entre a necessidade de afeto e a garantia de proteção da criança e do adolescente. Nota-se também que há uma pluralidade nas relações familiares, e o conceito de culpa e de ato ilícito se torna abstrato e é recorrente a análise individual de cada magistrado. Uma vez que, ao adentrar no campo individual de cada família, é dificultoso

estabelecer quais práticas são negligentes, ou de obrigar ao genitor no ressarcimento em pecúnia por não conviver com seu filho.

Nesse sentido, Lima (2016) informa que:

Contudo, ainda que se garantisse a qualidade formal dos fundamentos sobre o tema, entende-se que é inviável falar-se em obrigação jurídica que tenha por conteúdo o afeto sem que se admita uma indesejável invasão do Direito sobre o campo da Moral, pois o Estado estaria legitimado a invadir a esfera da intimidade e da própria psique humana. Ademais, questiona-se a possibilidade de se impor a alguém dever jurídico de difícil (se não impossível) verificação a respeito de seu adimplemento, o que abala a segurança jurídica. O afeto não é fenômeno apto a ser apreendido pela norma jurídica. Persistir na tentativa de regulá-lo poderá representar a multiplicação de decisões judiciais incoerentes e desprovidas de universalidade.

Nesse contexto, não há como o Estado exigir o dever do amor ou afeto, mas sim, o dever de zelar, de criar e prover condições dignas de criação aos seus filhos, uma vez que, a matéria da convivência familiar não é regulada ou imposta pelo Estado, pois se encontra dentro do âmbito familiar. Assim, a análise da inserção da responsabilidade civil em detrimento do abandono afetivo se dissolve com base de que não existe um dever jurídico preexistente do afeto, e sim do sustento, da guarda e da educação, portanto, não se configura um ato ilícito, não existindo respaldo de indenização.

Atualmente não há uma legislação clara que sustente além dos deveres de sustento, guarda e educação, o dever de indenizar os pais pela falta de afeto. O que há no presente momento projetos legislativos que tem por objetivo de inserir no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, merece destaque dois projetos de leis que estão em tramitação no Congresso Nacional.

O primeiro projeto de lei é o de nº 4.229 de 2019, de iniciativa do Senador Lasier Martins, do Partido Podemos. O respectivo projeto de Lei tem como finalidade de alterar os dispositivos da Lei nº 10.741 de 2003 (Estatuto do Idoso) o qual disporá sobre o direito da pessoa idosa à convivência familiar e comunitária, prevendo a responsabilidade civil por abandono afetivo. Também sustenta a responsabilidade civil subjetiva dos filhos no caso de descumprimento do dever de cuidado e amparo (SENADO FEDERAL, 2019).

O segundo é o projeto de lei de nº 3.212-A, de 2015. Tendo como relator, o Deputado Alan Rick. O principal objetivo desse projeto de lei é alterar a Lei nº 8.069, de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para que se inclui a caracterização do abandono afetivo como ilícito civil, tendo já realizado o parecer e aprovado pela Comissão de Seguridade Social e Família (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2015).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade é um instituto civilista que tem por finalidade de reparar um dano injusto, fundamento esse incluído no ordenamento jurídico brasileiro. No âmbito da aplicabilidade do direito de família, tem-se atualmente a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a sua aplicabilidade no que diz a respeito do abandono afetivo do paterno-filial, uma vez que, não há previsão legal.

Desta forma, o presente estudo analisou a admissibilidade do instituto jurídico da responsabilidade civil dos genitores por abandono afetivo no âmbito do direito de família. Realizando a seguinte problemática: Até que ponto, o Poder judiciário pode interferir nas relações paterno-filiais, principalmente no poder de responsabilizar civilmente o genitor pela omissão ao afeto na criação de seus filhos?

Como resposta a respectiva problemática elencada o desafio do Poder Judiciário se encontra entre a linha tênue do Direito e a Moral, pois é mediante a essa separação que há o limite entre a interferência desse poder na vida privada, e também no aspecto da judicialização do afeto, tendo como decisões excessivas ou injustificadas.

Por isso que conforme o pensamento da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, não compete ao Estado responsabilizar os pais por dano relacionado ao abandono afetivo. De maneira que, o dever de sustentar e de criação já é respaldado juridicamente, e nos casos de laços de afetividade se enquadra dentro da circunscrição de cada família.

Há nesse aspecto, uma proteção da autonomia dos direitos de personalidade dos pais, e as peculiaridades da vida privada, uma vez que, o abandono afetivo não configura como ato ilícito e, logo, não abrange o campo da responsabilidade civil. Assim, não tem como exigir do Estado o dever do amor ou afeto, mas sim, o dever de zelar pela criação e sustentação dos pais para com seus filhos.

Portanto, com a interferência do Poder Judiciário no ato de exigir o afeto propiciará o ferimento da dignidade da pessoa humana dos pais, pois ao obrigá-los a provar seus sentimentos em relação aos filhos respaldará no direito de personalidade, uma vez que, as relações afetivas e emocionais estão intrínsecas ao sujeito e não compete ao Estado exigir tais condutas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Felipe Cunha de. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**: Angústias e Aflições nas relações familiares. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

ARAÚJO JUNIOR, Gebiel Claudino de. **Prática no Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei de nº 3.212-A, de 2015**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1486751>. Acesso em: 30 set. 2022.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano Moral no Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Família e Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DOLCE, Fernando Graciani. **A Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo**. 2018. 142f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-17092020-161150/publico/5951741_Dissertacao_Corrigida.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 03: Responsabilidade Civil, Direito de Família e Direito das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Direito Civil: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

HARMATIUK, Ana Carla. **Responsabilidade Civil e Direito de Família: O direito de danos na parentalidade e conjugalidade**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

LIMA, Rita de Castro Hermes Meira Lima. **Afeto, Dever de Cuidado e Direito: Estudo sobre a coerência dos fundamentos jurídicos da responsabilidade civil por abandono afetivo e os limites da jurisdição**. 2016. 152f. Dissertação (Mestrado em Direito), Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/12190/1/61400016.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2022.

MATTOS, Paula Frassinetti. **Responsabilidade Civil: Dever Jurídico Fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOREIRA, Lívia Alves. **A Judicialização do Afeto: A responsabilidade civil dos pais em relação aos filhos menores por abandono afetivo**. 133f. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/35061/35061.PDF>>. Acesso em: 30 set. 2022.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder Familiar: Novos Paradigmas do Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROCHA, Patrícia de Moura. **Punitive Damages e Abandono Afetivo: Uma interlocução necessária entre a responsabilidade civil e o Direito de Família**. 197f. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Privado), Universidade Católica de Minas Gerais, 2016. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_RochaPM_1.pdf>. Acesso em: 25 set. 2022.

ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANCHES, Fernanda Karam de Chueiri. **A Responsabilidade Civil no Direito de Família Brasileiro Contemporâneo: Do Jurídico a Ética**. 273f. 2013. Dissertação (Direito das Relações Sociais), Universidade do Paraná, 2013. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/29375/R%20-%20D%20-%20FERNANDA%20KARAM%20DE%20CHUEIRI%20SANCHES.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 05 nov. 2022.

SAMPAIO, Danielli Cruz. **A responsabilidade civil extrapatrimonial por abandono afetivo perento-filial sob a égide do estado democrático de direito**. 125f. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Privado),

Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SampaioDC_1.pdf>. Acesso em: 20 set. 2022.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 4.229, de 2019. **Atividade Legislativa**, Brasília, 2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137919>>. Acesso em: 10 set. 2022.

SOARES, Laura Cristina Eiras Coelho. Contornos da Judicialização: Reflexões sobre famílias recasadas e abandono afetivo. **Psicologia em Estudo**, Maringá, v. 21, n. 03, jul./set. 2016. Disponível em: <<https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/PsicolEstud/article/view/32248/pdf>>. Acesso em: 29 set. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Informativo de Jurisprudência**: Abandono afetivo. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=abandono+afetivo&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 16 set. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TORRES, Claudia Vechi. **A afetividade e solidariedade familiar**: princípios constitucionais do direito das famílias. São Paulo: Dialética, 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Jurisprudências**. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do;jsessionid=DE073605663C6E0638152E6837339EA0.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&palavras=abandono+afetivo+responsabilidade+civil&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&codigoOrgaoJulgador=&codigoCompostoRelator=&classe=&codigoAssunto=&dataPublicacaoInicial=&dataPublicacaoFinal=&dataJulgamentoInicial=&dataJulgamentoFinal=&siglaLegislativa=&referenciaLegislativa=Clique+na+lupa+para+pesquisar+as+refer%EAncias+cadastradas...&numeroRefLegislativa=&anoRefLegislativa=&legislacao=&norma=&descNorma=&complemento_1=&listaPesquisa=&descricaoTextosLegais=&observacoes=&linhasPorPagina=10&pesquisaPalavras=Pesquisar>. Acesso em: 05 nov. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. **Jurisprudências**. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 05 nov. 2022.

VASCONCELOS, Yumara Lúcia. Abandono Afetivo Parental, os limites coercitivos do direito e a judicialização do afeto. **Revista do Direito Brasileiro**, Florianópolis, v.26, n. 10, mai./ago., 2020. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6117/5118>>. Acesso em: 15 set. 2022.

PANDEMIA DA COVID-19 E SEU IMPACTO NEGATIVO NO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

OSMAN GOMES DA SILVA:

Bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário Santo Agostinho - UNIFSA

GUILHERME FERNANDES BEZERRA ¹⁸

(coautor)

MARCUS VINICIUS DO NASCIMENTO LIMA ¹⁹

(orientador)

RESUMO: O objetivo deste trabalho foi analisar os impactos negativos da pandemia da Covid-19 acerca do princípio do acesso à justiça no Brasil. Para melhor compreensão, com ênfase para o princípio do acesso à Justiça (inciso XXX do art. 5º da CF/1988) e seus efeitos aos jurisdicionados, verificando os impactos da pandemia da Covid-19 sobre a atuação jurisdicional e quais os grupos sociais e juridicamente considerados vulneráveis e o acesso ao Judiciário em tempos de pandemia da Covid-19. Buscou-se, nesta pesquisa, responder ao seguinte questionamento: Quais os impactos negativos em relação ao princípio do acesso à justiça durante a pandemia Covid-19 no Brasil? Levando em consideração que no período da pandemia da Covid-19, constatou-se dificuldades ao acesso à justiça em razão das restrições impostas para conter o Covid-19, dentre eles, a suspensão dos prazos processuais, atendimento presencial limitado e exceções de direitos. E análise das alternativas criadas para aumentar o acesso à justiça, levando em consideração a conjunta conscientização de toda a população acerca destes métodos para o acesso à via judicial. Para tanto, este trabalho foi desenvolvido por meio de uma pesquisa bibliográfica, com base no método de abordagem dedutiva, a partir disso, chegar a uma conclusão sobre o tema em destaque.

Palavras-chave: Acesso à Justiça, Impacto, Pandemia.

1 INTRODUÇÃO

Apresenta-se como objeto de estudo deste artigo os aspectos negativos causados pela Pandemia da Covid-19 sobre o Princípio do Acesso à Justiça no Brasil. Fato que impactou a vida da sociedade em todas as áreas, exigindo mudanças de posturas e de rotinas, não ficando de fora, logicamente, os processos que correm no âmbito da Justiça Brasileira.

Destarte, no começo de 2020, mais precisamente no fim de fevereiro, o Brasil foi surpreendido com a chegada da Covid-19, se espalhando com rapidez. Em razão de afetar vários

¹⁸Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. m

¹⁹Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Doutorando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

continentes foi declarada a pandemia. Em face dessas circunstâncias foram adotadas medidas restritivas para tentar minimizar a disseminação da doença, gerando impactos significativos no setor judiciário.

No entanto, diante desse contexto, a pandemia causou dificuldades no acesso à justiça para a população, e o trabalho remoto gerou descontentamento também aos advogados, pois muitos alegam transtornos, como a falta de comunicação no balcão virtual do Judiciário e a lentidão no julgamento de processos. Demonstrando que o setor judiciário não possui atualmente capacidade de assegurar níveis normais de acesso à justiça em virtude das limitações impostas pela pandemia.

Ademais, a tribulação causada pela pandemia provoca o aumento das demandas colocadas em juízo, por conta dos conflitos advindos da fragilização de muitas relações jurídicas. Tendo em vista que a sociedade acabou sofrendo uma notável diminuição de sua capacidade econômica, gerando aumento de desemprego, a redução da renda familiar, o inadimplemento de contratos, atraso no pagamento de pensões, endividamento, falência de pequenos negócios, etc. Neste contexto, este trabalho busca responder ao seguinte questionamento: Quais os impactos negativos que o princípio do acesso à justiça teve durante a pandemia Covid-19 no Brasil?

Este trabalho foi desenvolvido por meio do método de abordagem dedutiva e com base em pesquisa bibliográfica, a partir de um material já elaborado, sendo fonte de pesquisas os principais livros, artigos científicos, legislação, doutrinadores e jurisprudência sobre a matéria.

Para tanto, identificar os impactos negativos causados no princípio do acesso à justiça oriundos da pandemia da Covid-19 no Brasil é bastante relevante e importante, pois a Pandemia da Covid-19 é um tema atual e pertinente, que gera muitas implicações e impactos que desafiam o Direito, que levou a sociedade buscar as melhores soluções para os conflitos decorrentes da fragilização de muitas relações jurídicas por conta desse cenário. Dessa forma, nesse panorama gerou-se mais litigiosidade, conseqüentemente mais demandas ao setor judiciário.

Para melhor compreensão, este trabalho está dividido em quatro seções teóricas. A primeira seção trata do princípio do acesso à justiça (inciso XXX do art. 5º da CF/1988) e seus efeitos aos jurisdicionados. A segunda faz reflexões e verifica os impactos da pandemia da Covid-19 sobre a atuação jurisdicional. A terceira seção discorre acerca dos grupos sociais e juridicamente considerados vulneráveis, identificando-os e destacando as suas necessidades de priorização no atendimento. A quarta e última seção fala do acesso propriamente dito ao Judiciário em tempos de pandemia da Covid-19, destacando as principais dificuldades neste novo cenário social.

Neste sentido, temos as suspensões de prazos processuais de modo que torna mais moroso ainda a tramitação dos processos, resultado disso é a diminuição drástica da produtividade de sentenças entre os anos de 2019 e 2020 no Brasil. Sendo assim, é imprescindível a análise desses impactos negativos causados no princípio do acesso à justiça oriundos da pandemia da Covid-19 dentro no país, para resolver problemas da sociedade e fornecer insumos para estudos acadêmicos.

Por tanto, além de contribuir para identificação de futuras melhorias, para tornar mais efetivo as novas formas alternativas disponibilizadas para oferecer serviços diante da necessidade de isolamento social e do trabalho remoto, mantendo a qualidade e o exercício do acesso à justiça.

2 O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA (INCISO XXX DO ART. 5º DA CF/1988) E SEUS EFEITOS AOS JURISDICIONADOS

José Eduardo Faria (2002) destaca que em 1978 foi iniciado o processo de redemocratização da República do Brasil, por meio da revogação dos Atos Institucionais e Complementares. Verifica-se que o Regime Militar, aos poucos, dá início a uma gradual abertura, entre 1978 e 1985 com o retorno do multipartidarismo e as eleições diretas para governadores. Assim, no ano de 1984 surge o movimento pelas "Diretas Já", com defesa pela aprovação no Congresso Nacional da Emenda Constitucional definindo as eleições diretas para Presidente da República. Surge como uma tentativa de assegurar e constitucionalizar os direitos fundamentais do homem, com o objetivo de protegê-los dos arbítrios que aconteceram no decorrer do Regime Militar.

Dessa forma, fica evidente na Constituição a sua legitimidade democrática, expressando que foi elaborada e promulgada por representantes de vários segmentos do povo, bem como ressalta a positivação do Estado democrático de direito, colocando no seu centro os direitos fundamentais.

Na visão de Ingo Sarlet (2006), a expansão da possibilidade do acesso à Justiça pode ser observado em vários artigos da Nova Constituição (BRASIL, CF, 1988), como o princípio da igualdade material (art. 3º) e a abertura do conceito de assistência judiciária gratuita (art. 5º, LXXIV), compreendendo também o direito à informação, consultas, assistência judicial e extrajudicial; previsão de criação dos juizados especiais para julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade e penais de menor potencial ofensivo (art. 98, I); previsão de uma justiça de paz (art. 98, II); tratamento constitucional da ação civil pública para defesa dos direitos difusos e coletivos (art. 129, III); novos instrumentos destinados à defesa coletiva de direitos (arts. 5º, LXX, LXXI) e legitimidade aos sindicatos (art. 8º, III) e sociedades associativas (art. 5ª, XXI) defenderem direitos coletivos e individuais; reestruturação e fortalecimento do Ministério Público (arts. 127 e 129); e elevação da Defensoria Pública como instituição fundamental à função jurisdicional (art. 134) (BRASIL, 1998).

Ressalta-se, ainda, que o acesso à Justiça consta da Declaração Universal dos Direitos Humanos, com aprovação da Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), no ano de 1948, preconizando no seu artigo 10:

Toda pessoa tem direito em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal, que contra ela seja deduzida.

Ainda sobre a Constituição Brasileira, outro ponto fundamental sobre o acesso à Justiça está no Artigo 5º, inciso XXXV, o qual traz a seguinte afirmação: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Também se verifica neste artigo, inciso LXXIV, a

previsão da gratuidade judicial para todos, sem levar em conta questões de condições sociais, declarando o seguinte: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.” (BRASIL, 1998).

Para Horácio Rodrigues (1994), é necessário que se destaque, defronte à morosidade do termo acesso à Justiça, que é fornecido pelas doutrinas significados distintos, sendo eles essencialmente resumidos a dois: o primeiro, atribuindo ao significante justiça sentido e conteúdo iguais aos pertencentes ao Poder Judiciário, fazendo que sejam sinônimos os termos acesso à Justiça e acesso ao Poder Judiciário; já o segundo, partiria de uma ideia axiológica quanto à expressão justiça, discernindo o acesso a ela como se fosse o acesso a uma certa ordem de valores e direitos essenciais para os seres humanos. O autor conclui que esse último, por sua maior amplitude, junta no seu sentido o primeiro.

Comportando-se o Estado principalmente como um instrumento de bem-estar social, converte-se o direito de “acesso à Justiça” como um importante requisito assegurador e efetivo dos demais direitos voltados para a cidadania, tendo em vista que sem a busca por meio da reivindicação dos direitos dos cidadãos ao Estado, certamente a garantia legal/formal tornar-se-á ineficaz.

Na concepção defendida por Ricardo Lobo Torres (2005), o princípio do acesso à justiça não tem a representação somente de admitir que o processo aconteça e que se tenha a possibilidade de se propor demandas judiciais. Na verdade, o princípio tem materialidade na medida em que surge visando a garantia para todos da observância das regras relacionadas ao devido processo legal e a possibilidade de se atuar no trabalho de formação do convencimento do juiz, objetivando adquirir uma tutela jurisdicional do Estado, sendo esta justa e coerente.

3 VERIFICANDO OS IMPACTOS DA PANDEMIA DA COVID-19 SOBRE A ATUAÇÃO JURISDICIONAL

Com o agravamento da pandemia da Covid-19, no mês de março de 2020, o judiciário teve que se reinventar. Tornou-se clara e inegável, a necessidade das transformações nas relações entre as pessoas ou mesmo que essas passassem por adaptações. À medida que aumentava o agravamento da crise e sua imprevisibilidade de término, também a atuação jurisdicional teve de buscar formas de efetivar-se com ênfase, sobretudo, nos meios digitais.

Dessa forma, as audiências, que por um determinado período estavam em suspensão, voltaram a se dá por intermédio de videoconferências (RESOLUÇÃO CNJ n°. 372/2021); os servidores passaram a trabalhar de forma remota, sendo que, entre outras medidas adotadas, o atendimento destinado às partes bem aos advogados viabilizou-se por meio de ambientes virtuais.

Todavia, observa-se que as transformações, ocorridas de modo repentino, mesmo diante das intenções discutidas no âmbito dos Tribunais há algum tempo, criaram vários impactos, em se tratando, principalmente, na atuação dos advogados, os quais têm pontos de vistas divergentes acerca deste assunto, tendo em vista que nem tudo que é novo é considerado como algo benéfico.

Na opinião de alguns, a exemplo da Juíza de Direito atuante na 7ª Vara da Fazenda Pública de Brasília, a magistrada Acácia Regina Soares de Sá (2021), “as restrições e mudanças no cotidiano trazidas pela pandemia de Covid-19 não paralisaram o Poder Judiciário, pelo contrário, acelerou processos de mudanças, já em curso, que contribuíram para uma prestação jurisdicional ainda mais célere”.

Em contrapartida, há aqueles que veem bastante impacto de cunho negativo a ser enfrentado neste contexto pandêmico, sobre os advogados, os quais não dependem somente de um trabalho eletrônico, e agora, de certa maneira, verifica-se que o Judiciário se transformou quase em algo impalpável, inacessível e inalcançável. No ponto de vista de Marco Aurélio Peixoto e Rodrigo Becker (2020), não está em conformidade ter a ideia de que os advogados precisam trabalhar de forma eletrônica em autos que possuem tramitação física, de forma que atividade remota receba interpretação como sendo um regular expediente forense.

Ainda na visão destes autores, existem despachos pessoais que precisam acontecer com assessores, desembargadores e juízes. Contexto em que se pergunta: teria o advogado terá a privação disso ou está em conformidade que isso aconteça por e-mail? Vale lembrar que muitos dos tribunais não estão estruturados para os despachos por meio de videoconferência. Alguns fatores dos preparos recursais, mesmo estabelecidos em autos eletrônicos, apenas têm concretização de forma física.

Ademais, a falta de suspensão de prazos força praticamente as equipes a estarem de forma mais permanente em suas procuradorias ou escritórios, em função dos documentos ou sistemas que são necessários para a efetivação das consultas. Não são, pois, impactos simples de suportar. Os processos terão tramitação com maior lentidão, sendo que os prazos também serão perdidos. Um grande número de advogados perderá a condição de arcar quanto às estruturas, bem como com as suas próprias subsistências.

Não se pode negar que, frente a uma das maiores crises sociais, econômica e sanitária já vivenciada nos últimos tempos, os impactos, logicamente, não surgiriam apenas beneficentemente, sobretudo levando em consideração a rápida necessidade de adaptações. Nessa linha de pensamento, enfatiza-se que, enquanto o Poder Judiciário na sua integralidade, detém um aparato e um suporte pessoal e técnico, diversos escritórios de advocacia autônoma têm de seguir sem receberem muitas orientações e, também, sem sequer saber executar um contato de forma direta e efetiva. Todavia, existe a necessidade de uma postura envolta de compreensão quanto a este momento atípico, sem ignorar as medidas que deverão ser adotadas daqui em diante.

4 OS GRUPOS SOCIAIS E JURIDICAMENTE CONSIDERADOS VULNERÁVEIS

Observa-se que no Brasil há muito tempo se discute sobre a desigualdade, mas fazer a enumeração da vulnerabilidade, bem como buscar fazer isto no âmbito da Justiça é ilusório. Nessa perspectiva, em termos educativos, como exemplo de concepção sobre Justiça sendo algo que transita, porém não se esgota, divide-se em seis cenários: “1 - A cada qual a mesma coisa; 2 - A cada qual segundo seus méritos; 3 - A cada qual segundo suas obras; 4 - A cada qual segundo suas necessidades; 5 - A cada qual segundo sua posição; 6 - A cada qual segundo o que a lei lhe atribui” (PERELMAN, 2005, p.91).

Dentro dessa realidade, é preciso observar as especificidades, bem como as distinções existentes envolvendo os significados e concepções de Justiça, mas também deve-se verificar a diferença conceitual que existe nos próprios grupos compreendidos pelos vulneráveis, tentando fazer uma diferenciação e identificação dos fatos que os tornam pertencentes a esta categoria.

Ressalta-se que, em um mundo globalizado e em uma sociedade pluralista, com várias diferenças culturais, seja de sabedoria, de hereditariedade, de costumes ou de origem, há a coexistência de pessoas que compartilham entre elas componentes de identidades culturais que os distinguem dos grupos que fazem a dominância do corpo social.

Nessa linha de pensamento, enfatiza-se que não se pode deixar de se considerar os conceitos sociais que definem esta miscelânea e, para isso, existe a possibilidade de se recorrer ao filósofo e teórico político Rousseau, buscando explicações acerca do que é e como acontece o fenômeno sóciopolítico denominado de Estado. Rousseau, mais precisamente na sua obra o Contrato Social, quando é apresentado o conceito de pacto social, ressaltando que a criação do Estado tem o objetivo que visa manter a segurança, chamada de liberdade civil: “o homem perde a sua liberdade natural em benefício do social.” E seguiu fazendo a descrição do contrato social: “O que o homem perde pelo contrato social é sua liberdade natural e um direito ilimitado a tudo que o tenta e que pode alcançar. O que ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo aquilo que possui.” Destaca-se que a busca por Justiça dentro da compreensão e do embate conceitual de Rousseau do pacto social é extensa e perene, porém, estando dentro deste substrato social pergunta-se qual a real necessidade e os motivos de se distinguir as minorias de grupos de vulneráveis. (ROUSSEAU, 2008, p. 32-37)

Elida Séguin (2002), na concepção jurídica, lista essas minorias e os grupos considerados vulneráveis, destacando estes últimos como sendo aqueles discriminados e vítimas de intolerância, deixando claros os elementos comuns envolvendo os grupos minoritários. Ainda para Elida Séguin, as minorias “seriam caracterizadas por ocupar uma posição de não dominância no país onde vivem” enquanto os grupos vulneráveis se “constituem num grande contingente numericamente falando [...]” (2002, p. 89) e, como estes grupos são discriminados e vítimas da intolerância, não aborda as duas categorias de maneira muito diferente.

Neste contexto, faz-se necessário deixar claro que a vulnerabilidade jurídica no Brasil começou no processo destacado de alguns princípios modernos, sendo proeminentes, entre estes, os preceitos da igualdade e da dignidade humana, ao se constituir o direito positivado e do Poder Judiciário, destaque este formado por atuação de ideologias a exemplo da combinação paradoxal envolvendo o centralismo e a ausência estatal, bem como pela atuação de grupos conservadores e de oligarquia, constantes donos da autoridade (ALBERNAZ, 2012).

De acordo com o autor supracitado, esta realidade em se tratando de interesses sociais garantidos ou não pelas leis e pelo trabalho do Judiciário, criou um fracionamento envolvendo as elites dominantes e a grande massa da população, sobre os grupos de minorias, a citar os indígenas, os afrodescendentes, proletários e os que não possuem terras ou formas de produzir, dessa forma surgem os marginalizados da inclusão da constituição do Direito e do ordenamento

jurídico pátrio. Isso resulta não somente na falta de direitos para atender aos anseios dos grupos formados pela minoria, mas também preencher as necessidades na inserção deste à Justiça, especificidades apresentadas pela vulnerabilidade jurídica.

Neste contexto da discussão acerca dos vulneráveis, é importante ressaltar que o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Luís Roberto Barroso prorrogou até 31 de outubro de 2022 a suspensão de despejos e desocupações, em razão da pandemia de covid-19, em conformidade com os critérios previstos na Lei 14.216/2021. O referido Ministro indicou que a crise sanitária ainda não acabou e as populações vulneráveis continuam em situação de risco particular. Fazendo o seguinte registro: "A pandemia tem agravado significativamente a pobreza no país, que retornou para o mapa da fome. O aumento da inflação atinge de maneira mais acentuada as camadas mais pobres e existe fundada preocupação com o aumento do flagelo social".

5 O ACESSO AO JUDICIÁRIO EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19

A Constituição Federal do Brasil de 1988, no seu artigo 5º, parágrafo 1º, deixa claro o longo conjunto de direitos de eficácia imediata, conferidos com a intenção de criar a igualdade, a solidariedade e o bem-estar social e, em função disso, é dever do Estado oportunizar e oferecer, por intermédio da realização de políticas públicas e do completo zelo pelo princípio da continuidade relacionada aos serviços públicos. Assim, não é função do poder público hierarquizar os referidos direitos, tendo em vista que é o exercício de todos eles, de forma conjunta, que faz surgir o bem-estar social. A relação de forma harmoniosa de várias políticas públicas torna-se fundamental, sendo que estas precisam ter como objetivo proteger os direitos sociais de modo pleno aos cidadãos (GALINDO, 2019).

Todavia, é relevante lembrar o distanciamento envolvendo o direito que de forma oficial e também estatuído, que vigora formalmente com a normatividade oriunda dos vínculos sociais, pela qual para determinados comportamentos, se tem a prevenção e resolução de grande parte dos conflitos. Exemplificando isto, tem-se a legislação que garante o direito a moradia para toda a população do Brasil em contraponto do gigantesco número de pessoas que não possuem um lar, ou, a partir dessa realidade, o desenvolvimento de pesquisas com a intenção de justificar, partindo deste ato legal garantidor, o aparecimento de coletivos/movimentos de indivíduos sem-terra e/ou teto (CARNIO; GONZAGA, 2011).

Neste ponto é importante a apresentação de dados acerca da distribuição dos magistrados no Brasil, em conformidade com o relatório do CNJ intitulado "Justiça em Números". Diz respeito a um diagnóstico que acontece por ano divulgado no site do Conselho Nacional de Justiça, que aborda dados diversos da Justiça no Brasil.

De acordo com o último relatório publicado no ano de 2019 (ano-base de 2018), a divisão de juízes no Brasil por 100 mil habitantes foram as seguintes: média de 0,86 magistrados na Justiça Federal e 5,63 magistrados na Justiça Estadual. Em média, a cada grupo de 100.000 habitantes, 11.796 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2018. Neste quesito, são somados apenas os processos de ciência e de execução de títulos considerados extrajudiciais, excluindo, dessa forma, da base de cálculo as execuções judiciais iniciadas. Ainda em concordância com os dados e as informações fornecidas à ONU, existe a necessidade de sete magistrados por 100 mil habitantes,

indicando a necessidade de revisão do efetivo dos magistrados no Brasil, afinal o país tem apenas 6,49 (BRASIL,2019)

Uma questão delicada a ser observada no último relatório “Justiça em Números” é que este não apresentou, como acontecia em anos anteriores, a divisão dos magistrados por estados do Brasil, o que esconde a compreensão da narrativa de distribuição dos juizes no Brasil. Outras informações relevantes são que a Justiça Estadual possui 22,2% de cargos vagos de magistrados, ao passo que Justiça Federal possui 23,7%, a do Trabalho contém 8,4% e Militar Estadual 22,6%. Do total de servidores efetivos, existem 40.984 cargos criados por lei e ainda não providos, que representam 14,8% dos cargos efetivos existentes (BRASIL,2019)

Considerando-se, por fim, o total de todos os dias de afastamento exercidos pelos magistrados do Brasil no exercício de 2018, chega-se a uma média de 6,4% de magistrados que permaneceram afastados da jurisdição. Esses afastamentos podem ter acontecido em função de licenças, convocações para instância superior, entre outros motivos e para realizar esse cálculo não se levaram em consideração os períodos de recessos, nem os de férias. Um dos maiores problemas que se nota para se concretizar amplamente o acesso à Justiça é os custos financeiros que precisam ser dispensados, principalmente por causa do Brasil ser castigado com um dos maiores índices de desigualdade econômica social, o que traz dificuldade para que as pessoas possam exercer a cidadania, resultando na limitação de alcance à Justiça (GALINDO, 2019).

Quanto às desigualdades no Brasil, Dantas (2020, p. 209) ressalta:

Assim, a América Latina e, especificamente, o Brasil convivem com efeitos que derivam da vulnerabilidade e da dominação suportada pela multidão invisível e sem voz composta pelas várias minorias que integram a estratificação da injustiça e da desigualdade social, muitas delas, inclusive, sofrendo-a em caráter sobreposto, num agravamento agudo da vulnerabilidade e do alijamento político. Daí que em momentos de crise seja imperativo recobrar a necessidade de resguardo da efetividade das normas constitucionais relativas ao que se pode considerar como sistema constitucional de proteção das minorias [...]

A determinação de medidas de postura voltadas para a contenção e o isolamento no âmbito social em razão causa da pandemia de Covid-19 que afeta o Brasil desde o começo do ano de 2020, tem causado um impacto gigantesco na forma que o sistema de Justiça nacional atua, tanto nos tribunais, em suas salas de audiência ou prédios, ou, ainda, na organização dos escritórios que trabalham com advocacia (FRANCA FILHO, 2020). O rápido crescimento do coronavírus no Brasil exige que o poder Legislativo, Executivo e Judiciário sejam combates quanto à pandemia, sem negligenciar a efetivação dos direitos essenciais de todas as pessoas.

Assim, torna-se relevante a preservação da salvaguarda do acesso à Justiça, com foco para as pessoas ou de grupos em condição de vulnerabilidade, citando-se a população localizada em

periferias, os trabalhadores que atuam no campo, os que estão em estado de cárcere e moradores de rua.

6 CONCLUSÃO

Este trabalho mostrou que o acesso à justiça é assegurado na Constituição Federal como componente da dimensão processual, porém, visando concretizá-la de maneira justa e efetiva, em sua dimensão maior, é preciso observar a prestação de uma tutela jurisdicional que se apresente como justa, efetiva, tempestiva e, sobretudo, que possa ter a participação de modo efetivo das partes.

Verificou-se que a questão do acesso à justiça durante a pandemia da Covid-19 foi algo muito complexo, tendo em vista que o cenário do Poder Judiciário teve de ser mudado de forma brusca em vários aspectos, observando-se que as alternativas oriundas do distanciamento social aconteceram sem maiores precauções, algo que gerou, de fato, inseguranças para as partes.

Essa insegurança aconteceu porque boa parte da população apresenta-se desamparada quanto ao acesso a certas plataformas de comunicação virtual, sendo um exemplo disso a realização de audiências telepresenciais, as quais não deviam ser vistas como a solução geral para o problema do distanciamento social e a impossibilidade de realização de audiências presenciais, mas, sim, como um meio de auxílio das demandas paralisadas.

Observou-se nesta fase de pandemia a importância da realização da triagem adequadamente dos processos, dado que as demandas devem ser analisadas de forma minuciosa para se verificar quais podem ser enquadradas no formato virtual. A possibilidade deve ser analisada de forma prévia e obrigatória, como exemplo, qual a amplitude da prova oral que se produzirá, se existe a possibilidade de realizar a prova emprestada e por fim, analisar a existência de potencial para se estabelecer o negócio processual no tocante à matéria probatória.

Viu-se que essas alternativas para solucionar conflitos têm o sentido, em parte, de aumentar o acesso à justiça, levando em consideração a conjunta conscientização de toda a população acerca destes métodos alternativos para acesso à via judicial. Todavia, estes métodos não têm êxitos garantidos, sendo que muitas partes aceitam, por exemplo, a celebração de uma autocomposição, que vem da necessidade de celeridade do processo.

Concluiu-se que esse período de pandemia exigiu que o Poder Judiciário tivesse que se reinventar frente as dificuldades enfrentadas, criando possibilidades de melhorias que devem ser feitas visando o aprimoramento do trabalho judicial. Neste contexto, é relevante realizar a uniformização dos sistemas entre os tribunais, bem como a adoção de cursos com intento de aperfeiçoamento da utilização dos sistemas. Ademais, é importante também, os investimentos em novos meios digitais, sendo que tudo isso permitirá que a qualidade do trabalho oferecido seja sempre alcançada.

REFERÊNCIAS

ALBERNAZ, Renata Ovenhausen ; MARQUES, Camila Salgueiro Purificação. **Os grupos juridicamente vulneráveis e a formação da legalidade e do judiciário brasileiro: histórico e tendências do acesso aos direitos e à justiça no Brasil.** Ponta Grossa: **Revista Emancipação**, v. 12, nº 1, 2012.

PEIXOTO, Marco; BECKER, Rodrigo. **Pandemia jurídica – impactos do novo coronavírus na atividade jurisdicional.** <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/pandemia-juridica-impactos-do-novo-coronavirus-na-atividade-jurisdicional-20032020>. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2019.** Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 01 maio. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 mar. 2022.

CARNIO, Henrique Garbellini; GONZAGA, Alvaro de Azevedo. **Curso de Sociologia Jurídica.** 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constituição Minoritária e COVID-19 in Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus.** São Paulo: IASP, 2020.

FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf Nelson. **Qual o futuro dos direitos?: Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista.** São Paulo: Max Limonada, 2002.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. **Acesso à Justiça e Sessões Virtuais em tempos de COVID-19.** Disponível em: <http://www.genjuridico.com.br/2020/05/08/justica-sessoes-virtuais-covid-19/>. Acesso em: 02 maio 2022.

GALINDO, Eloah. **O acesso à Justiça e as pessoas com hipervulnerabilidade econômica.** Recife: Universidade Federal do Pernambuco – UFPE, 2019.

HIGÍDIO, José. **Consultório Jurídico.** Disponível em: <http://www.conjur - STF forma maioria para confirmar suspensão de despejos até junho>. Acesso em: 10 nov.2022.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Mariana de Andrade. **Metodologia do trabalho científico.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PERELMAN, C. **Ética e direito.** Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RODRIGUES, Horácio Wanderley. Acesso à justiça no direito processual brasileiro. 1. ed. São Paulo: Acadêmica, 1994.

ROGERS, Wendy; BALLANTYNE, Angela. **Populações especiais: vulnerabilidade e proteção**. Rio de Janeiro: **Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde**, v. 2, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Tradução Ciro Mioranza. 2. ed. São Paulo: Escala, 2008. Col. Grandes Obras do Pensamento Universal – 13.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SÁ, Acácia Regina Soares de. **O Poder Judiciário em tempos de Pandemia de Covid-19**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CONTROLE DE CRIMINALIDADE E SEGURANÇA PÚBLICA

PAULO CÉSAR BARRETO FALCÃO NETO:
graduando em Direito pelo Centro
Universitário Fametro.

RESUMO: O trabalho em específico irá tratar sobre como o Estado pode combater o enorme avanço da criminalidade no Brasil, como pode ser criadas medidas além das que já existem para tentar barrar a insegurança que existe, irá passar por pontos históricos que já aconteceram no País, alguns projetos de Leis que foram criados com a finalidade de garantir a segurança e também alguns aspectos socioeconômicos do País. Porém, é necessário entender e fazer ponderações sobre o tema, como algumas medidas se não forem aplicadas de maneira correta pode gerar ainda mais insegurança e o Estado deve fiscalizar e agir como segurança dos direitos e cidadania das pessoas. O trabalho busca contribuir com futuras leituras sobre o tema como forma de entender nossa sociedade e ter conhecimento sobre o direito à vida e a segurança Pública.

PALAVRAS-CHAVE: Estado, Criminalidade, Estado, Insegurança, Leis, Sociedade, Segurança Pública.

ABSTRACT: The specific work will deal with how the State can fight the enormous advance of criminality in Brazil, how measures can be created beyond those that already exist to try to stop the insecurity that exists, it will go through historical points that have already happened in the Country, some bills that were created with the purpose of guaranteeing security and also some socioeconomic aspects of the country. However, it is necessary to understand and consider the subject, as some measures, if not applied correctly, can generate even more insecurity and the State must monitor and act as security for people's rights and citizenship. The work seeks to contribute to future readings on the subject as a way of understanding our society and having knowledge about the right to life and public security.

KEYWORDS: State, Criminality, State, Insecurity, Laws, Society, Public Security.

Sumário: Introdução. 1. Histórico das Medidas de Segurança. 2. O sistema Penal e o Controle da Criminalidade. 3. Processo Político que ocorreu no Brasil no ano de 1980. 4. Controle de Criminalidade e o fim do Regime Semiaberto. 5. Liberação do Porte de Armas. 5.1. Impactos causados pela liberação do Porte de arma. 6. Eficácia das Medidas de Segurança. 7. Fatores Socioeconômicos. 8. Conclusão. 9. Referencial Bibliográfico.

INTRODUÇÃO

Para se iniciar o tema, devemos delimitar sobre quais aspectos será o papel do Estado no sentido de garantir o Controle da Criminalidade e Segurança Pública, com isso surge a pergunta em como o porte de armas sendo liberado pode ajudar na redução da criminalidade do Brasil e também em como as mudanças no Código Penal pode gerar mais insegurança no País se não for aplicado de uma maneira bastante estudada.

Com essa possibilidade de liberação do porte de armas o Brasil passou por várias mudanças nos últimos anos, principalmente de 2019 em diante, quando ocorreu mais de 30 atos normativos que tratavam do assunto, Decretos e Objetivos que tinham o objetivo de diminuir as dificuldades impostas pelo Estado para liberar o uso de armas para os cidadãos. Algumas pesquisas feitas pela Polícia Federal e do Exército mostraram que o Brasil nunca esteve tão armado, e com isso, é notório que a partir da liberação das armas, diminuiu o número de homicídios e houve enorme diminuição da violência. Porém é necessário fazer algumas ponderações sobre isso, a insegurança que essas medidas podem gerar se não forem aplicadas de maneira correta e de forma incisiva, com o Estado fiscalizando quem consegue a liberação pra ter armas, pode se tornar um novo problema de segurança.

1. HISTÓRICO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Tendo como base o conceito de cidadania que nos oferece a Constituição Brasileira de 1988, em seu art. 1º, inciso II, qual seja o de ser um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como o de soberania, dignidade da pessoa humana e também valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Segundo a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, os direitos essenciais do homem são atributos da pessoa humana, a cidadania é esta relação de pertencimento a esta comunidade identificada por direitos, que juntos formam todo aquele conteúdo jurídico da existência humana.

O cidadão possui uma ideia de detentor de direitos e esse conceito já vem sendo construída desde a formulação do Estado Moderno, com Jean Bodin, em 1576, na *Les Six Livres de la Republique*, quando o mesmo aborda o tema em relação soberano e súdito. Esse primeiro devia ao cidadão proteção e justiça, já o súdito era detentor de um status jurídico que possibilitava o exercício de direitos em relação ao soberano, que devia obedecer.

No século XVIII, com as ideias do Iluminismo e o resgate das ideias clássicas, as ideias de liberdade do homem e da participação na política, vem em contraponto ao absolutismo. O contrato social de Rousseau pressupõe uma associação de pessoas livres e iguais sobre a necessidade de viver em sociedade, organizada como um Estado.

Tudo aquilo que surge a partir do Iluminismo, durante XVIII e XIX, que formam um Estado Liberal, deram uma sustentação a um conceito de cidadania excludente, apoiada ao nacionalismo, em direitos de alcance estritamente individual em participação política que não alcançava a todos igualmente, já que esses princípios excluía os pobres, mulheres e os analfabetos de modo geral, e numa igualdade jurídica perante a Lei, estabelecia apenas um conteúdo formal aos direitos de cidadania, o Estado que se formou nesse período conviveu com a escravidão por vários anos, reforçando dessa maneira seu caráter excludente.

Segundo nossa Constituição Federal, nos artigos 144, dispõe ser dever do Estado a Segurança Pública, direito e responsabilidade de todos, com a busca para a preservação da Ordem Pública e incolumidade das pessoas e patrimônios. A interpretação desse princípio constitucional deve estar alinhada aos princípios fundamentais do Estado brasileiro, como o da cidadania ,

devendo a Teoria Jurídica da Segurança Pública ser garantidora de direitos fundamentais e coletivos.

2. O SISTEMA PENAL E O CONTROLE DE CRIMINALIDADE

O Direito Penal é um dos instrumentos de controle social formal, através do qual o Estado, mediante um determinado sistema normativo, sanciona condutas nocivas para o bem estar social.

Esse conceito dinâmico necessita de um sistema de controle social que trace modelos de comportamentos, como normas de convivência, dessa forma assegura estabilidade e permanência, por controle social se entende conjunto de instituições, normas e sanções que pretendam garantir que se tenha um convívio em sociedade, isso significa dizer que o Direito Penal é um subsistema dentro do sistema total de controle social.

A segurança pública e o controle da criminalidade fazem parte do controle social, passando a ser esse um dos objetivos do direito, essa especificidade do Direito Penal decorre do seu objeto, que é o delito, seus fins de prevenção e repressão, penas e medidas de segurança e do rigor formal que incide na operação.

Uma intervenção penal será legítima quando insuficientes as instancias informais, mecanismos primários de proteção social, e quando se exija, através da sua gravidade, uma resposta drástica do Estado. Dessa maneira é que podemos concluir que o Direito Penal é uma ratio, que deve entrar em ação quando todos os outros mecanismos de defesa social não se mostraram suficientes para diminuir o conflito. Formalmente o Direito Penal é um conjunto de normas que associa as condutas consideradas delitivas, como a pena e a medida de segurança.

Esse conceito inicial mostra alguns pressupostos do Direito Penal, que é a conduta considerada delituosa, as consequências jurídicas que se integram à conduta, que são basicamente as penas e medidas de segurança e o instrumento de sua atuação.

A maior diferença do Direito Penal das outras instituições é a formalização do controle que se realiza, o que o libera das surpresas, conjunturalismo e da subjetividade das demais formas de controle, acaba que por virar um controle normativo, exercido através de um conjunto de normas criadas previamente.

Conforme surge o Estado Moderno, a pena passa a ser um prerrogativa de monopólio estatal, no Estado Liberal, forma uma expressão de " estado de direito ", já que sempre se buscou uma limitação jurídica do poder punitivo, e a pena passou a ser uma exigência de justiça, base da retribuição penal, fixada no ordenamento jurídico.

Com isso aparece a necessidade de um Estado que sem abandonar a intervenção na realidade social, tenha reforçados seus limites jurídicos em sentido democrático de Direito.

3. PROCESSO POLÍTICO QUE OCORREU NO BRASIL NO ANO DE 1980.

O processo de democratização do Brasil fez com que as políticas voltadas a segurança pública nos governos ditatoriais militares, que tinham como objetivo maior a segurança do país, porém, o resultado que pôde ser observado foi o aumento da taxa de criminalidade na década de 1980, fazendo com que os Governantes do país buscassem modelos de gestão que tinha como objetivo resguardar direitos do cidadão, é durante esse período que surgem órgãos controladores, como a Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), que vinha como um modelo de gestão da segurança pública.

Diante do exposto, podemos perceber que esse tema sobre a Segurança Pública já vem de muito tempo no Brasil e por isso é complexo o seu entendimento, todavia, se busca entender o que leva ao aumento da criminalidade e é um consenso entre os doutrinadores dessa área que um dos principais motivos que levam a esse aumento é a desigualdade social, problema esse que já é recorrente no Brasil, também pode ser observado que nos países centrais também houve o aumento da criminalidade, muitos estudiosos apontam que um dos motivos que explicam isso é as transformações no sistema capitalista, que desencadeou diversas medidas que tinham o objetivo de reverter essa situação. Após o período pós-fordista, pós-industrial e pós-previdenciário, essas sociedades de países centrais se encontraram com o problema de não só redução da proteção social mas também a diminuição da proteção civil, desse jeito podemos concluir que esse tipo de fenômeno faz com que ocorra o surgimento de sociedades excludentes, as pessoas se tornam tolerantes com diversidade e intolerantes com as dificuldades, isso faz com que novos meios de controle social sejam necessários.

Sobre o processo democrático que o Brasil teve na década de 80, foi evidente que a criminalidade passou a conviver no dia a dia da nossa sociedade, o Regime Militar que o Brasil fez com que a desigualdade social fosse potencializada, processos como a Globalização e o Neoliberalismo também foram fatores marcantes para aumentar esse processo. Conforme dito todos esses fatores fizeram que novas modalidades de crimes surgirem, como por exemplo (assaltos, sequestros, latrocínios e homicídios).

Esse processo gerou a mobilização de entidades, estudiosos e acadêmicos para desenvolver estratégias de parcerias preventivas e as estratégias de controle da criminalidade, que cada vez mais incorporaram o discurso político e às políticas públicas de segurança pública no Brasil.

4. CONTROLE DA CRIMINALIDADE E O FIM DO REGIME SEMIABERTO

Dentro desse cenário complexo envolvendo a segurança dos cidadãos surgem diversos estudiosos que visam buscar soluções que ajudem diminuir a criminalidade.

O projeto de Lei 3.174/2015, propõe o fim do regime semiaberto no país, mudanças no decurso do tempo para progressão de regime e concessão do livramento condicional. Os deputados que defendem esse projeto usam a justificativa de que no Brasil não tem estabelecimentos suficientes para o cumprimento de pena na modalidade do semiaberto, nem possui controle dos detentos nesses locais, e também que a reincidência criminal no Brasil é uma das mais altas do mundo, todos esses dados são usados como argumentos para defender esse Projeto de Lei.

Paulo José de Palma (MP-SP), trás a baila uma posição contrária a esse projeto de Lei:

O regime semiaberto tem problemas sim mas extingui-lo não é uma solução, o Legislador está buscando retirar dos Poderes Executivos a responsabilidade pelo investimento no sistema penitenciário. É um equívoco achar que o semiaberto não deu certo, mas pelo contrário, ele é imprescindível para o sistema progressivo de cumprimento de pena, que é tradicionalíssimo no Brasil.

Quem lida com a execução penal sabe que não é possível um preso ficar muitos anos no regime fechado e depois ir para o aberto. O semiaberto vai preparando o preso, de forma paulatina, para à sociedade.

Também em contraponto ao Projeto de Lei, Marcos Fuchs, Diretor-adjunto da Conectas Direitos Humanos:

Há mais de 700 mil presos no Brasil, 50% deles são provisórios, e alguns Estados tem muito mais que isso. O semiaberto é a possibilidade de o preso progredir para um regime melhor, de voltar a ter convívio com a sociedade. A aprovação de uma proposta assim só vai contribuir para o encarceramento em massa, para a escola de novos criminosos.

Conforme o demonstrado, acabar com o regime semiaberto não seria uma das melhores opções, é claro que esse regime deve sofrer mudanças e se adaptar com a nossa sociedade, assim como o direito as Leis que vêm com o objetivo de controlar a criminalidade devem se moldar conforme nossa sociedade muda, esse projeto em se tratando de longo prazo não vai combater a reincidência criminal mas vai sim ajudar no aumento do número de presos, que no Brasil já é uma quantidade enorme. E conforme dados do Ministério Público o local onde existe a situação mais crítica é na Região Norte, onde essa superlotação atingiu uma taxa de 200%, e onde esse número representa uma menor quantidade é na Região Sul, com cerca de 130% do número de presos.

5. LIBERAÇÃO DO PORTE DE ARMAS NO BRASIL

Como é possível observar, o Brasil passou por um processo político muito turbulento nos últimos anos, em 2018 o então Presidente do Brasil, afirmou que o porte de armas deve ser ampliado para todos os cidadãos e ser usado principalmente para garantir a sua legítima defesa. Essa proposta é uma medida do Governo para tentar reduzir o nível de criminalidade do Brasil, essa proposta para ser aprovada geraria uma grande alteração no Código Penal e também iria gerar a revogação do Estatuto do Desarmamento , que teve sua aprovação no ano de 2003 pelo então ex presidente Lula, uma análise deve ser feita sobre isso, é necessário entender que nem todos os cidadãos tem capacidade de portar tal equipamento e nem teriam o real preparo para agir em uma situação em que fosse necessário o uso da arma, iria gerar em uma pessoa despreparada o sentimento de que ela possui um certo poder sobre as outras pessoas.

Pela Legislação anterior o porte de armas só é permitido para categorias profissionais como: policiais, juízes e promotores, e a posse de armas em residências é apenas em situações de exceção. Hoje com a nova medida, quem quer uma arma em casa precisa apresentar uma declaração de " efetiva necessidade ", junto à Polícia Federal, e no momento da compra desse equipamento tem que apresentar a idoneidade como comprovação e junto à isso a Certidão de Antecedentes Criminais. Essa medida de segurança do atual presidente busca fazer com que o Brasil volte para os anos de antes do Estatuto de Desarmamento, em que armas e munições podiam ser encontradas em shoppings e alguns mercados específicos, cabia apenas saber em quais locais e estabelecimentos podia entrar armado, porém, após diversos estudos e coleta de dados, o Brasil não era tão seguro assim mesmo com o cidadão podendo fazer a sua segurança, entre os anos de 1980 e 2003, as taxas de homicídios subiam 8% ao ano, as Nações Unidas postou um memorando alertando que o Bairro de Jardim Ângela, na Zona Sul de São Paulo foi considerado o mais violento do mundo, e tal situação vai a contra ponto ao que se foi mencionado, mostrando que nem tudo que envolve a segurança pública do Estado é sobre armas.

5.1 IMPACTOS CAUSADOS PELA LIBERAÇÃO DO PORTE DE ARMAS

Sobre a liberação ou não das armas temos alguns pesquisadores da área da segurança pública que afirma que alguns estudos científicos deixam claro o aumento das mortes provocadas por mais armas que estão em circulação, assim como existem aqueles que defendem o uso desse equipamento para a autoproteção e citam a queda de homicídios no Brasil no ano de 2019 até os dias atuais, e sustentam que a população armada gera a queda da violência, vale mencionar que em 2020 ocorreu um pequeno aumento no número de assassinatos, o que representa 5% em relação ao ano anterior, juntamente quando o consumo de armas acelerou ainda mais.

Algumas pessoas que estudam sobre a área de segurança pública apresentou dados que comprovam uma acentuada queda no número de homicídios, que tirou a vida de 45.433 pessoas em 2019, após o recorde de mais de 65 mil mortes em 2017, dados esses do Datasus, esses fatores que podem gerar essa queda nos números podem ser representadas por melhores políticas estaduais de combate à violência e tréguas nos conflitos entre facções criminosas.

Para as pessoas que não possuem uma conclusão firmada sobre as armas é necessário ter bastante cuidado, atualmente essa discussão está bastante politizada, muitos usam esse assunto como apoio de candidatos que defendem o porte, como os Deputados Federais Eduardo Bolsonaro (PSL-SP), Caroline De Toni (PSL-SC) e Rogério Peninha Mendonça (MDB-SC).

Algumas autoridades de segurança entendem que esse porte de armas mais fácil pode gerar o aumento do nível de feminicídio, muitos desses crimes podem acontecer de maneira mais fácil com essa liberação, pessoas que nunca tiveram algum problema psicológico conseguem o porte de armas e por motivos do seu relacionamento estar indo mal ou alguma discussão mais séria, gera a premissa do mesmo possuir tal objeto e no calor do momento acaba cometendo esse crime, por isso devemos entender mais sobre esse tema que é bastante atual e estudar se essa é realmente uma medida útil para nós ou só mais uma preocupação com que todos devemos ter diariamente.

6. A EFICÁCIA DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Como pesquisadores sobre o tema afirmam, a eficácia das medidas de segurança pública podem não estar atreladas só ao aumento do número de gastos nesse setor mas sim em como é a aplicação desse dinheiro e como isso vai impactar a longo e médio prazo. Nessa perspectiva se ganha destaque, (Afonso,2017), “a realização de pesquisas de cunho científico que apontem quais fatores (estruturais, econômicos e sociais) são contundentes para o controle da criminalidade. E com isso é preciso entender que antes do Estado criar meios de controlar a violência é feito um estudo sobre o tema e pode ocorrer situações que não estavam dentro da situação planejada e isso acabe gerando insegurança. Em países mais desenvolvidos que o Brasil um dos fatores que fazem com que eles sejam mais seguros é que em nenhum momento eles colocam a vontade do preso acima da vontade da vítima, o sentimento de impunidade é menos presente que no Brasil, eles possuem o entendimento que se um indivíduo que cometeu um crime perverso o mesmo não possui capacidade de ser colocado de volta em sociedade, já no Brasil a ressocialização é muito presente e isso gera a devolução do preso pra sociedade em um curto espaço de tempo, a vítima deveria ser o bem maior a ser assegurado para que as medidas de segurança sejam eficazes.

Temos inúmeras Leis no País que já não dão certo mas não é apenas isso que vai acabar com esse enorme número de crimes no País, aqueles que criam projetos para tentar reter o aumento da criminalidade muitas vezes pensam que é só aumentando o efetivo de policiais e delegados nas cidades, e podemos notar que o nível ainda continua o mesmo, é claro que o problema do Brasil vai muito além disso, nossa estrutura social está bastante comprometida, crianças estão com mais contato com a vida adulta de forma mais precoce e isso e a falta de estudos complica cada tentativa de acabar com o crime.

7. FATORES SOCIOECONÔMICOS

Dentro desse tema de estudos preventivos para entender alguns fatores que envolvem a criminalidade, existem duas abordagens sobre a criminalidade, uma delas é a Teoria Econômica da Escolha Racional a qual é buscado entender o comportamento criminoso com uma escolha consciente do indivíduo, o qual o mesmo opta ou não pela vida do crime.

No geral, essa Teoria vem explicando que a escolha de se tornar um criminoso ou não é unicamente do indivíduo, o meio social em que essa pessoa está inserida não afeta unicamente na sua personalidade e nem nas suas escolhas, os defensores nessa linha de raciocínio defendem que a pessoa já nasce pré-disposta a ser parte dessa vida de crimes.

Já uma outra abordagem no sentido sociológico engloba várias Teorias que são: Teoria da Associação Diferencial, Teoria do Controle Social e a Teoria da Desorganização Social. Todas essas teorias mostram um determinado ponto de vista e o ponto em que elas são muito parecidas é em que o comportamento criminoso deriva do contexto em que o indivíduo está inserido, ou seja, o seu meio social.

Essa abordagem vem em contraponto a Teoria Econômica da Escolha Racional, essa teoria afirma que o que vai moldar a personalidade de uma pessoa é influencia direta ao meio em que ela se encontra, ou seja, uma pessoa que nasce em um lugar com índices de criminalidade elevado,

ela terá mais disposição a se tornar um criminoso, porém, como podemos perceber isso não é uma regra, é bastante comum presenciarmos que pessoas poderosas e que tiveram bastante oportunidades de estudos e etc. que se juntaram ao meio criminoso, portanto, podemos concluir que o meio mais correto de se entender isso é que os indivíduos escolhem se tornar ou não criminoso, o seu meio social é bastante influente sobre essa escolha mas o que determina isso é a escolha.

Uma das medidas que o Estado pode usar para controlar a criminalidade pode ser a criação de empregos, diversas pesquisas quantitativas são feitas e é nítido que a redução do nível de desemprego e por consequência o aumento das vagas no mercado de trabalho tem o potencial de afastar os jovens do mundo do crime, alguns autores apontam que o aumento na renda de uma família faz com que se abram portas no mercado de trabalho.

Para concluir, é importante entender que são vários os fatores que determinam se a sociedade será segura ou não, são várias estruturas que devem ser melhoradas para gerar mais segurança para os seus indivíduos, além de criar política de gastos que visam aumentar o número de equipamentos e criar medidas de segurança também é preciso investir em educação que é muito importante no desenvolvimento de um indivíduo.

Sobre o fator econômico como forma de controle da criminalidade podemos apontar o fato de que o aumento das oportunidades de trabalho pode ser fundamental para ajudar a diminuir o número de crimes, com isso podemos destacar que no Brasil, empresas podem contratar jovens de 14 anos ou mais na condição de o mesmo ser jovem aprendiz, porém, é proibido qualquer trabalho a menores de 16 anos de idade. Com isso foi apresentado pelo Deputado Ricardo Izar Jr. (PP-SP) uma PEC de número 77/15 que através dela pretende legalizar o trabalho formal e legal para jovens a partir dos 15 anos de idade, com isso reduziria a idade laboral.

Como é sabido, no Brasil muitos jovens possuem poucas oportunidades de ingressar no Mercado de Trabalho e ter experiências profissionais e ganhar essa oportunidade pode mudar a vida deles e das suas famílias. Com essa forma de pensamento em como oferecer espaço profissional para muitos jovens brasileiros que precisam se submeter a empregos ilegais, exploração e até vulnerabilidade, o Deputado Ricardo Izar desenvolveu esse projeto com o intuito de trazer dignidade e afastar os jovens das ruas, das drogas e da vida do crime.

Vale ressaltar que no nosso ordenamento, na CLT no art.427, é determinado que o empregador cuja a empresa ou estabelecimento que tenha menores ocupando vagas de trabalho, seja obrigado a conceder-lhe o tempo necessário para que o mesmo frequente às aulas, com isso, um menor só pode ser contratado se o seu trabalho não tenha incompatibilidade entre o horário de trabalho e estudo. Já aos jovens que já são maiores de 16 anos, é possível que o mesmo exerça seu direito político ao voto, como está previsto no art.14, parágrafo 14, "c", da Constituição Federal. Podemos concluir que o trabalho nessa faixa de idade pode gerar inúmeros benefícios para jovens e a sociedade, tendo jovens mais capacitados e experientes, em geral também fazendo diminuir a criminalidade entre os jovens, o Deputado afirma que " antes de exigir que o jovem não se torne um bandido, temos que dar a ele a opção de trabalhar ".

Vale ressaltar que o Brasil passou as últimas duas décadas lutando contra uma crise econômica que visava diminuir o nível de inflação que afetava o país e o mundo, no ano de 2008 principalmente e com isso alguns Estados brasileiros sofreu com o aumento do número de pessoas na faixa da pobreza, enquanto outros Estados como o Rio de Janeiro, esse número de pobres e indigentes se manteve constante, essa crise que o País enfrentou pode ser explicada pela crise no setor exportador da economia brasileira e também a desvalorização da nossa moeda em relação a política internacional, essa situação gerou o aumento do desemprego.

Segundo dados da Secretaria Nacional de Segurança Pública em 2004, mostrou que crimes relativos a vida, patrimônio e tráfico de drogas aumentou, de 2001 a 2003 aumentou em cerca de 12,5%, já na Região Norte em alguns Estados apresentaram um aumento de 91,83%.

Luiz Alves, pesquisador da Universidade de Northwestern, nos Estados Unidos, desenvolveu um estudo que visava entender o que motiva uma pessoa a cometer crimes, e esse ponto é interessante entender já que não existe uma resposta definitiva em o que leva alguém a tirar a vida de outro, se são fatores psicológicos (uma pessoa nasce com uma pré-disposição a cometer um delito) ou se é um fator econômico, para isso esse estudo contou com uma equipe de pesquisadores que realizou uma seleção de dados chamados indicadores urbanos e selecionou os principais pontos a serem usados: Produto Interno Bruto (PIB), numero total da população, população de homens e mulheres, idosos, analfabetos, renda da família, saneamento básico, desemprego e trabalho infantil, e o seu critério de escolha foi o acesso à fonte dessas informações. A base que foi usada na pesquisa foi o homicídio que foi escolhido por ser considerado a expressão máxima de violência contra uma pessoa. O resultado dessa pesquisa revelou que o crime como nós o entendemos é dependente dos indicadores urbanos, o desemprego, saneamento e analfabetismo, cidades em que esses fatores se destacam possuem os índices de homicídio.

Marcelo Nery, sociólogo e coordenador de transferência de tecnologia do Núcleo de Estudos da Violência da USP, diz que:

Os resultados podem dar uma direção sobre a melhor forma de reduzir a incidência e a reincidência de crimes e violências, auxiliando em estratégias preventivas, revelando tanto os fatores que aumentam o risco de crimes e violências como os que diminuem esse risco.

Segundo o sociólogo também essa violência toda pode ser multicasual e estudar suas causas podem ser um ponto de partida para entender o surgimento da criminalidade, ele afirma que:

Dessa forma, o Estado pode desenvolver políticas públicas de segurança mais eficientes e adequadas à realidade local, podendo dessa forma focalizar em áreas, em grupos ou em problemas específicos.

Já para Marcelo Nery, esses softwares de estáticas se tornou cada vez mais relevante para fazer esse tipo de estudo, é muito importante que o Estado use mais esse tipo de tecnologia para

o bem das pessoas, é uma forma que se implementada da maneira certa pode ser mais eficaz e célere para lidar com a criminalidade, é de extrema importância para o âmbito social, político e econômico, afirma:

O Brasil é o país que apresenta graves problemas sociais, sobretudo nos grandes centros urbanos. Nesses centros, esses problemas podem se revelar de diversas formas, mas infelizmente umas das suas manifestações sociais mais típicas é o da criminalidade.

Algumas pesquisas concluem que se o PIB de um país aumenta, por consequência o nível de criminalidade diminui, porém segundo Alves essa relação entre o PIB e o Crime pode estar equivocada, já que essa suposta diminuição nos crimes podem estar relacionados ao aumento da população, então nesse caso a variação populacional estaria ligada ao aumento ou a diminuição da criminalidade e não o PIB.

O que pode ser concluído desses estudos é que existem diversos fatores que estão ligados ao número de crimes, pode ser que os parâmetros usados para relacionar o aumento da criminalidade não seja necessariamente os que foram usados, por isso é necessário colocar todas essas variáveis em pauta para ter uma resposta mais precisa sobre o tópico.

8. Conclusão

O Brasil é um país que é muito afetado pela taxa de criminalidade e violência que estão cada vez mais presentes no nosso cotidiano, temos uma Constituição Federal que surgiu na década de 80, já se passaram mais de 40 anos desde o seu surgimento, e de lá pra cá o número de crimes só aumentou, situação essa motivada pela Globalização e surgimento de novas tecnologias, tais como a internet, pessoas que não tem acesso a todos esses conhecimentos por causa do seu nível de escolaridade perdem chances no mercado de trabalho e estão mais suscetíveis a entrar no mundo do crime, já que elas não tem oportunidade de conseguir um emprego que gere uma boa renda para as suas famílias. Temos que entender que o Brasil possui uma enorme proteção a pessoa que comete um delito enquanto que em países mais desenvolvidos a vítima é o bem maior que está sendo protegido, alguém que comete o crime de homicídio no Brasil pega uma dosimetria de pena bastante equiparada à outros países, porém o que acaba acabando com a nossa segurança é o regime de progressão da pena, que faz com que uma pessoa saia muito tempo antes do que aquele imposto para o mesmo, isso tudo gera um sentimento de impunidade e revolta nas pessoas e nas famílias das vítimas. Em países em que a prisão perpétua é aplicada o entendimento é que as potenciais vítimas desse individuo que pegou essa pena estarão sendo protegidas, já que essa pessoa não tem capacidade de conviver na sociedade junto de pessoas normais, no Brasil muitas da vezes o autor do crime volta muito pior do que quando ele entrou na prisão, causado principalmente pelo crime organizado que existe no sistema penitenciário.

Nosso Código Penal surgiu com diversas mudanças sem qualquer tipo de base empírica e isso quer dizer que muitas das inovações que surgiram nele não deram certo por diversos fatores, temos que olhar a estrutura penal de países em que os índices são baixos e usar como base e adaptar para a nossa realidade, o processo de reforma não é mudar uma Lei e sim uma série de

mudanças estruturais na nossa sociedade, cultura e mental, temos um falso sentimento de idolatria do preso.

9. Referencial Bibliográfico.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. DE A. Metodologia do trabalho científico. São Paulo: Atlas, 2014.

Alessi, G. (2018, novembro 01). Os planos de Bolsonaro para ampliar o porte de arma e a legítima. El País Recuperado de <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/30/politica/1540926432647859.html>. Acesso 04 de Junho de 2022.

AFONSO, J. R. (2017). Gastos Públicos com segurança pública. Revista Conjuntura Econômica, 71(11), 26-28. Acesso em 02 de Maio de 2022.

Becker, G. (1968). Crime and punishment: na economic approach. Journal of Political Economy, 76, 169-217. Acesso em 08.06.2022

Sutherland, E, H. (1973). Development of the theory. In Schuessler. K. (ED), Edwin Sutherland on Analyzing Crime. Chicago, IL: University Press, 30-41. Acesso 08.06.2022.

Agnew, R. (1991). A longitudinal test of social control theory and delinquency. Journal of Research in Crime and Delinquency, 28, 126-156. Acesso 08.06.2022

Shaw, C. R. & Mckay, H.D. (1942). Juvenile delinquency and urban areas. Chicago, IL: University of Chicago Press. Acesso 08.06.2022.

Cerqueira, D., & Moura, R. (2019). Oportunidades laborais, educacionais e homicídios no Brasil. Brasília, DF: Ipea. Acesso 19.04.2022.

Bartz, M., Quartieri, E., & Menezes, G. (2018). Criminalidade no Rio Grande do Sul: uma análise econométrica para os COREDES no ano de 2010. Revista Brasileira de Estudos Regionais e Urbanos, 12(1), 110-128. Acesso 02.06.2022.

Lima, J. A., Santos, J. R., Dal'Col, P. P. & Silva, S. F. (2017). Teorias sociológicas sobre a criminalidade: análise comparativa de três teorias complementares. Revista Alamedas, 5(2), 77-102. Acesso 02.06.2022.

O LIMITE DA TOMADA DE DECISÃO DO GESTOR PÚBLICO, CONSOANTE AO PODER DISCRICIONÁRIO, MATERIALIZADA PELO ATO ADMINISTRATIVO, FRENTE ÀS DEMANDAS EM PERÍODO DE EMERGÊNCIA E DE CALAMIDADE PÚBLICA NO AMAZONAS

LUIZ FRANKLIN CHAVES DE ANDRADE:

Graduando no curso de Direito pelo Centro Universitário Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO

RESUMO: A presente pesquisa consiste em um estudo acerca do limite da tomada de decisão do Gestor Público, consoante ao Poder Discricionário, materializada pelo Ato Administrativo frente às demandas em período de Emergência e de Calamidade Pública no Amazonas. Para melhor compreensão da temática será abordado acerca dos princípios, elementos, atributos e classificação dos atos administrativos, bem como sua aplicação diante das situações emergenciais no Estado Amazonense. A problemática da pesquisa engloba verificar quais os limites do poder discricionário do gestor no atendimento das referidas demandas. Para o êxito da pesquisa será feita revisão literária e jurisprudencial, o que possibilitará uma explanação mais eficiente sobre o tema.

Palavras-chave: Atos Administrativos; Calamidade Pública; Estado do Amazonas.

ABSTRACT: The present research consists of a study about the limit of decision-making by the Public Manager, according to the Discretionary Power, materialized by the Administrative Act in face of the demands in periods of Emergency and Public Calamity in Amazonas. For a better understanding of the theme, the principles, elements, attributes and classification of administrative acts will be approached, as well as their application in the face of emergency situations in the Amazonian State. The research problem encompasses verifying the limits of the manager's discretionary power in meeting these demands. For the success of the research, a literary and jurisprudential review will be carried out, which will allow a more efficient explanation on the subject.

Keywords: Administrative Acts; Public calamity; State of Amazonas.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. PRINCÍPIOS BÁSICOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 1.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. 1.2 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE. 1.3 PRINCÍPIO DA MORALIDADE. 1.4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. 1.5 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA. 1.6 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. 2. ATOS ADMINISTRATIVOS. 2.1 CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. 2.2 LIMITES DO PODER DISCRICIONÁRIO. 2.2.1 MEIOS DO CONTROLE ADMINISTRATIVO. 3. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. 4. O LIMITE DA TOMADA DE DECISÃO DO GESTOR PÚBLICO, CONSOANTE AO PODER DISCRICIONARIO, MATERIALIZADA PELO ATO ADMINISTRATIVO, FRENTE ÀS DEMANDAS EM PERÍODO DE EMERGÊNCIA E DE CALAMIDADE PÚBLICA NO AMAZONAS. 4.1 CONCEITO LEGAL INTERESSE PÚBLICO. 4.2 INTERESSE PÚBLICO E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Objetivando chamar a atenção dos Gestores Públicos e mais especificamente os Limites que o Administrador Governamental deve perseguir para a tomada de decisões, afim de desenvolver as políticas públicas em prol da coletividade, trazemos nesta abordagem temática reduzida, conceitos sobre os Princípios que norteiam a Administração Pública e que são basilares e fundamentais para uma boa Gestão da Coisa Pública, com a tomada de decisão fundamentada que atenda precipuamente o Interesse Público, em uma conjectura factual de emergência e calamidade, onde permite com as devidas limitações o exercício da prerrogativa do Administrador, em buscar soluções eficazes e urgentes na execução das políticas estatais.

1 PRINCÍPIOS BÁSICOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A administração pública direta e indireta deve estar em consonância com as normas específicas em sua atuação, assim como com os princípios gerais elencados constitucionalmente. No que concerne aos princípios norteadores da Administração Pública encontram-se previstos expressamente no caput do artigo 37 da Carta Magna de 1988, *in verbis*: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

A interpretação do Direito Administrativo deve sempre ser presidida e orientada pelos princípios gerais, a fim de assegurar o interesse coletivo. Neste viés, os referidos princípios são tidos como fundamentos na atuação da administração pública.

A esse respeito Meirelles (2007, p. 86) elucida:

Os princípios básicos da Administração Pública estão consubstanciados em doze regras de observância permanente e obrigatória para o bom administrador: legalidade, moralidade, impessoalidade ou finalidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público. Os cinco primeiros estão expressamente previstos no art. 37, caput da Constituição Federal de 1988; e os demais, embora não mencionados, decorrem do nosso regime político, tanto que, ao lado daqueles, foram textualmente enumerados pelo art. 2º da Lei Federal 9.784, de 29.01.99. (MEIRELLES, 2007, p. 86)

Verifica-se que, a observância dos princípios é obrigatória à Administração, constituindo parâmetros da atuação administrativa, constituindo dessa forma fundamentos da atuação administrativa.

1.1 Princípio da Legalidade

Previsto expressamente no caput do artigo 37 da Constituição Federal, este princípio deverá ser obedecido por toda administração pública e em todos os níveis. Essa Administração possui limites, não deixando a atuação do governante à sua vontade somente, mas sujeitando-a à obediência da lei.

Para melhor compreensão do princípio da legalidade, imperioso trazer à baila os significados trazidos pelo francês Eisenmann:

a) a Administração pode realizar todos os atos e medidas que não sejam contrários à lei; b) a Administração só pode editar atos ou medidas que uma norma autoriza; c) somente são permitidos atos cujo conteúdo seja conforme a um esquema abstrato fixado por norma legislativa; d) a Administração só pode realizar atos ou medidas que a lei ordena fazer. (MEDAUAR, 2005, p. 142 e 143)

Neste diapasão, Meirelles (2007, p. 85) esclarece:

As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irrelegáveis pelos agentes públicos.

Em síntese o princípio em comento consiste em uma “diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita” (FILHO, 2012, p. 156).

1.2 Princípio da Impessoalidade

Esse princípio tem previsão constitucional no artigo 37, 'caput' e sua demasiada importância se verifica na medida em que a atividade da Administração deve ser sempre norteada pelo interesse público e atuar pela coletividade é atuar com impessoalidade.

Consiste em um desdobro do princípio da igualdade, que tem previsão constitucional no art. 5º, inciso I, é o que explica Filho (2012, n. p)

O princípio objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da isonomia. Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros.

À Administração deve ser vedado agir com pessoalidade-parcialidade. Noutras palavras, fatores pessoais e subjetivos da pessoa do agente jamais poderão impelir a atividade

administrativa, quaisquer formas de discriminações, perseguições, favoritismos; da mesma forma, ações movidas por simpatias ou antipatias pessoais são intoleráveis na atividade administrativa.

1.3 Princípio da Moralidade

A atividade administrativa deve pautar-se na lealdade, boa-fé, sinceridade e honestidade para com os administrados. A Constituição Federal exaltou a moralidade jurídico-administrativa como importante princípio norteador da Administração Pública.

Conquanto as atividades administrativas sejam realizadas com fundamentos legais, não se justificam quando motivadas por outras razões que não encontram garantia no interesse público.

Meirelles (2014, p. 92,94) enfatiza:

A moralidade do ato administrativo juntamente com a sua legalidade e finalidade, além de sua adequação aos demais princípios constitucionais constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima. O inegável é que a moralidade administrativa integra o Direito como elemento indissociável na sua aplicação e na sua finalidade, erigindo-se em fator de legalidade.

Insta destacar que, as decisões dos tribunais brasileiros determinam que o “controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo, o que não significa somente a conformação do ato com a lei, mas também com a moral administrativa e o interesse coletivo.” (MEIRELLES, 2014, p. 96).

1.4 Princípio da Publicidade

A publicidade consiste em decorrência lógica da atividade administrativa, para que a mesma possa ser controlada e para que os particulares possam ter ciência dos efeitos dos atos da Administração. De fato, a publicidade acaba sendo um requisito à produção dos efeitos externos dos atos administrativos, vigorando para todos os setores e todos os âmbitos da atividade administrativa.” (MEDAUAR, 2005, p. 149).

Tendo em vista que os atos administrativos tem caráter público, salvo aqueles que exigem sigilo, a fiscalização dos atos administrativos, a priori, pode e deve ser realizada por qualquer particular, sendo uma decorrência lógica do Estado Democrático de Direito, onde todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido.

A Magna Carta de 1988 em seu art. 5º, inciso LX, dispõe que: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Assim sendo, a publicidade dos atos em órgão oficial é requisito para a produção de seus efeitos externos, o que somente se dá quando levado a conhecimento da coletividade.

1.5 Princípio da Eficiência

O princípio da eficiência foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio através da Emenda Constitucional nº 19/98, acrescentando-o ao *caput* do artigo 37 da CF/88, tendo como objetivo evitar a má prestação do serviço público por meio da produtividade e economicidade, essa exigência impõe à Administração a execução dos serviços com presteza, perfeição e rendimento funcional.

O principal escopo do princípio supracitado é oferecer maior efetividade à prestação do serviço público e, paralelamente, tornar essa prestação menos onerosa para os cofres públicos. Acrescentando ferramentas aos meios de controle externo - (Poder Judiciário, Tribunais de Contas, etc.) – haja vista que, passaram a analisar não unicamente a legalidade formal dos atos administrativos, como também outras questões relevantes, tais quais: eficiência, economicidade e legitimidade de tais atos.

Di Pietro (2013, p. 84) aduz que o princípio da eficiência deve ser explanado em dois aspectos, quais sejam:

Pode ser considerado em relação **ao modo de atuação do agente público**, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao **modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública**, também com o objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público. (grifo nosso)

Verifica-se, portanto, que a eficiência esta intrinsecamente ligada a atuação célere e concisa pelos administradores públicos, a fim de resguardar o interesse coletivo.

1.6 Princípio da Supremacia do Interesse Público

No que concerne a supremacia do interesse público encontra-se implicitamente inserido no texto constitucional, sendo de observância obrigatória, uma vez que, constitui princípio soberano da administração pública. A “doutrina clássica” considera que falar em supremacia do interesse público, significa proclamar a prevalência do interesse coletivo sobre o particular.

De acordo com Mello:

O princípio da supremacia do interesse público apresenta-se como pressuposto de uma ordem social estável, no sentido de que em sua posição privilegiada, conferida pela ordem jurídica, a Administração Pública pode assegurar a conveniente proteção aos interesses públicos, bem como porque a manifestação de vontade do Estado tem em vista o interesse geral, como expressão do interesse do todo social (MELLO, 2005, p. 59-60).

Enfatiza ainda o nobre doutrinador que: “A Administração Pública está, por lei, adstrita ao cumprimento de determinadas finalidades, sendo-lhe obrigatória objetivá-las para colimar interesse de outrem: o da coletividade”. (MELLO, 2005, p. 87).

Deste modo, sua existência se funda no dever do Estado em atingir as de finalidades, estatuídas pela Constituição e pelas demais normas. Para atingir esses objetivos o Estado necessita de poderes não disponíveis aos particulares, justificando-se, entretanto, tão somente na estrita medida necessária à consecução destes fins impostos pelo ordenamento jurídico.

Sendo assim, o princípio da supremacia do interesse público atua como respaldo para toda atuação administrativa em que sejam impostas, unilateralmente, obrigações ao administrado, ou ainda, em que seja restringido ou condicionado o exercício de atividades ou de direitos dos particulares. Imperioso destacar que, as restrições estabelecidas aos particulares, só será considerada legítima quando seu uso encontra-se na medida necessária ao atendimento dos interesses públicos e não da pessoa que exerce, ou do aparelho estatal.

Destaca-se, portanto, ser de total relevância a observação do princípio em comento por parte do Gestor Público, quando da formalização dos processos administrativos e execução da despesa pública.

2 ATOS ADMINISTRATIVOS

A Administração Pública realiza sua atividade executiva através de atos jurídicos denominados de Atos Administrativos, considera-se o meio pelo qual o poder estatal manifesta sua vontade.

Para melhor compreensão dos atos administrativos Meirelles (2014, p. 165), conceitua-os como sendo: “toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

Os elementos dos atos administrativos são utilizados para indicar os requisitos que devem conter no ato, a maioria da doutrina inclina-se a reconhecer que os elementos do ato administrativo são os elencados no art. 2º da Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular – LAP), a saber: “São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade”. (BRASIL, 1965).

A partir do texto legal supracitado, os elementos do ato habitualmente reconhecidos são: sujeito ou competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Ao examinarmos o ato administrativo, esses elementos revelam-se necessários à sua formação, e constituem a estrutura do ato, seja ele vinculado ou discricionário. A ausência de tais requisitos implicará na falta de condições de eficácia para produzir efeitos válidos.

Portanto, considera-se ato administrativo válido aquele que tenha sido produzido em consonância com regras de competências (competência do agente), formais (forma do ato deve ser legal e solene, isto é, compatível com a lei, escrito e manifesto, pois, em princípio, o silêncio administrativo não produz efeitos), com conteúdo qualificado pela licitude (objeto lícito e possível)

e pela exposição dos fatos e fundamentos jurídicos geradores da vontade administrativa que se exterioriza no ato (motivo), além de estar direcionado ao atendimento do interesse público (finalidade).

Neste diapasão, são elementos do ato administrativo: competência, forma, objeto, motivo e finalidade, é o que se verifica a partir Lei da Ação Popular- LAP, que comina de inválidos atos que tenham sido editados na ausência desses elementos.

O ato administrativo também possui atributos, estes surgem em razão dos interesses que a administração representa quando atua, e são eles: à presunção de legitimidade, à imperatividade, à exigibilidade, e à autoexecutoriedade. São meios jurídicos peculiares, ou certas prerrogativas de que não desfrutam os particulares.

2.1 Classificação dos Atos Administrativos

No que concerne a classificação dos atos administrativos, destaca-se a vinculação e a discricionariedade. A separação de atos vinculados dos discricionários é uma das grandes diferenciações que se faz entre os atos administrativos e a qual se atribui grande importância.

Oportuno, trazer à baila as noções de classificação do ato administrativo na visão do professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 434, 435):

Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma.

Atos discricionários, pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles. (grifo meu).

Com base nas definições acima apresentadas, nota-se que a distinção nuclear entre ambos residiria em que nos atos vinculados, a administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado, enquanto nos atos discricionários a disciplina legal deixa ao administrador certa margem de liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar.

2.2 Limites do Poder Discricionário

Conforme destacado, considera-se discricionariedade a possibilidade de o agente público, na prática do ato, atuar de acordo com um juízo de conveniência e oportunidade. Desse modo, conforme a apreciação do caso concreto, em face da inexistência de vinculação imposta pela lei,

pode o administrador avaliar, a partir de uma ponderação de interesses e necessidades públicas, se com sua prática irá realmente satisfazer ao interesse público específico.

O poder discricionário não é absoluto, logo, existem limites, possibilitando-se ainda, o controle pelo poder judiciário, sem que haja violação do princípio da separação dos poderes. Algumas discussões são levantadas pela doutrina acerca desse tipo de controle, como é o caso da sua abrangência, se restringe-se aos aspectos da legalidade ou abrange igualmente o mérito do ato administrativo, ou ainda se este controle engloba os atos de competência discricionária ou se é restrito aos atos de competência vinculada.

Inobstante grande evolução ao tema, uma minoria da doutrina ainda possui uma posição mais conservadora e adota um sistema de controle restrito, cuja abrangência atinge somente poucos aspectos da legalidade. Assim, o controle verificaria apenas os aspectos da competência, licitude do objeto e forma.

Todavia, a grande maioria dos doutrinadores e da jurisprudência brasileira já vêm há algum tempo, admitindo um controle amplo, que abarca não somente tais aspectos da legalidade, mas outros como o motivo, a finalidade e a moralidade.

Por fim, cumpre ressaltar que a atuação do Judiciário na correção dos atos administrativos não deve ser tímida ao ponto de tornar-se ineficaz na defesa dos administrados, não devendo, contudo, ser ampla de maneira a culminar com a substituição do administrador pelo juiz. Sobre tais questionamentos e afirmações, é a análise que se faz a seguir.

2.2.1 Meios de Controle do Ato Administrativo

No exercício de suas funções, a Administração Pública sujeita-se ao controle do poder Judiciário, além de exercer, ela mesma, o controle sobre os próprios atos. Com base no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição, que serve de fundamento para o direito de ação ou de exceção contra lesão ou ameaça a direito, o administrado pode utilizar dos vários tipos de ações previstos na legislação para impugnar os atos da Administração.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 834):

As ações são assim chamadas porque têm a natureza de garantias dos direitos fundamentais; estão inseridas no Título II da Constituição, concernentes aos "direitos e garantias fundamentais": o seu objetivo é provocar a intervenção de autoridades, em geral a judiciária, para corrigir os atos da Administração lesivos de direitos individuais ou coletivos".

Com base no texto constitucional, os meios postos à disposição dos administrados para provocação do controle dos atos administrativos pelo poder judiciário são denominados de remédios constitucionais, estes encontram-se no bojo da Carta Magna de 1988, bem como de leis esparsas, tais como: ação popular (art. 5º, LXXIII, CF/88, e Lei nº4.717/65); mandado de injunção (art. 5º, LXXI da CF/88); mandado de segurança individual e coletivo (art. 5º, LXIX e LXX, da CF/88,

e Lei nº1.533/51); *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII e arts. 647 e segs. do Código de Processo Penal); *habeas data* (art. 5º, LXXII);

3. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

No estudo dos atos administrativos, é crucial explicar acerca dos motivos determinantes, esta fundamenta-se nos debates relativos aos elementos do ato administrativo, especialmente no que tange ao motivo e a exigência de forma do ato apresentar motivação. Embora a regra geral dispõe que os atos administrativos tenham o dever de serem motivados, há que se considerar as hipóteses que não a demandam tal motivação, são atos nos quais o legislador libera o administrador do encargo de aduzir os fatos ou fundamentos jurídicos de sua decisão. Em tais hipóteses, não carecendo o ato, para ser considerado válido, de justificativa (motivação).

Porém, pode ocorrer de o administrador, mesmo não precisando, decide apresentar o motivo que ensejou a manifestação da vontade administrativa. Juridicamente, haveria consequência nessa manifestação, pois aí o mesmo fica vinculado ao fundamento emitido. Logo, se provar a incoerência (inexistência) do motivo, ou a sua falsidade, a consequência jurídica imediata será a invalidação do ato.

É nesse sentido que se afirma que os motivos são determinantes para a prática do ato administrativo. Com base no exposto, o agente não pode expressar sua vontade baseado em motivo inexistente ou inidôneo (falso). Na sua ocorrência, o que há é um ato administrativo viciado em um dos seus elementos (ausência ou falsidade do motivo).

4 O LIMITE DA TOMADA DE DECISÃO DO GESTOR PÚBLICO, CONSOANTE AO PODER DISCRICIONARIO, MATERIALIZADA PELO ATO ADMINISTRATIVO, FRENTE ÀS DEMANDAS EM PERÍODO DE EMERGÊNCIA E DE CALAMIDADE PÚBLICA NO AMAZONAS

Em situações de Emergência e Calamidade Pública, surgem diante o Administrador Estatal, diversas situações que nem sempre o Planejamento consegue prevê, mesmo que essas situações ocorram com frequência e em período certo como temos no caso do Amazonas o Período da Cheia e o da Estiagem.

Esses Fenômenos da natureza acontecem com menor ou maior intensidade, surgindo ai situações problemáticas inovadoras para população, as quais requerem ação rápida e eficaz da Administração Pública no atendimento destas obscuras situações.

A vista disso, o Gestor depara-se com a ritualística normativa obrigatória da administração pública, a qual tem que ser em primeiro plano atendida, mesmo que de forma menos formal, porem com forte fundamentação apoiada no Interesse Público e sempre de natureza urgente.

Temos então a figura do Poder Discricionário, o qual muitas vezes é interpretado erroneamente, levando o administrador a tomar decisões equivocadas que conseqüentemente trará como conseqüências duas situações de primeiro plano: o não atendimento do objeto pretendido, ou seja, a melhor solução para o problema enfrentado e também num futuro bem

próximo sua decisão será contestada e rejeitada pelos Órgãos de Controle Externo, ocasionando a reprovação de suas contas.

4.1 Conceito Legal Interesse Público

O termo Interesse Público como conceito legal, temos que o Poder Público, diante de um dado caso concreto, deverá demonstrar que a situação fática enquadra-se no motivo legal definido como "interesse público", desencadeando então as consequências jurídicas definidas pela Norma. A Expressão "interesse público", ou alguma de suas similares ("interesse social", interesse geral", "utilidade pública", interesse nacional", etc.) é incorporada pela disposição normativa, a qual, ao aplicar-se a uma ocasião específica alcança um grau de concretude bem elevado em razão das circunstâncias que poderão explicar a sua utilização.

Logo, quando se depara com o "interesse público como conceito legal", o órgão reveste-se do Dever- Poder, de no episódio concreto, verificar a presença o fato que revele o interesse público, para que em ato contínuo possa tomar as providências para o atendimento urgente da questão, quando falamos em calamidade e emergência.

4.2 Interesse Público e Discricionariedade Administrativa

Para que a Administração Pública através de seu Gestor, identifique no caso concreto de uma emergência ou calamidade pública, quais fatos configuram o interesse público em sentido estrito, o mesmo terá que observar o que o legislador de forma implícita atribui na norma, para que o mesmo possa exercer sua atribuição de forma correta, o chamado Poder Discricionário.

São as ocasiões em que, muito embora a lei não lance Mão do Termo "interesse público", este constitui tacitamente, um pressuposto necessário para permitir o exercício de determinada prerrogativa pela administração.

Nem toda e qualquer outorga legal de competência discricionária configura modalidade de interesse público em sentido estrito. É certo que todo ato praticado no exercício de competência discricionária, por fundar-se em critérios de conveniência e oportunidade, deve atender ao interesse público em sentido amplo, para conforma-se ao ordenamento jurídico e cumprimento à específica finalidade a ser atingida com sua expedição.

Nestes casos de emergência e calamidade existem situações múltiplas e peculiares em que a norma, sem utilizar a expressão "interesse público" ou suas sinônimas, determina implicitamente que a administração exerça juízos de apreciação discricionária, para verificar o que convém ou não ao interesse público, como pressuposto positivo de validade do Ato. Se no caso concreto a medida for conveniente ao interesse público, o ato poderá ser praticado. Estamos aí frente ao interesse público em sentido estrito.

Portanto, caberia aqui uma breve distinção entre as duas formas de interesse público, a de sentido estrito e sentido amplo, ou seja, explícita, mediante o "interesse público como conceito legal", e implícita, através da competência discricionária. Existe uma discussão doutrinária entre

conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. Parcela da doutrina considera que o conceito indeterminado é definido legalmente como algo que corresponde a um único resultado possível a ser verificado pelo Poder Público no mundo dos fatos, já a discricionariedade se verifica quando há a uma pluralidade de soluções juridicamente possíveis, dentre as quais a administração pode escolher livremente para atendimento a situação de força maior.

Outra corrente nega a diferenciação, afirmando tratar-se do mesmo ocorrido fático, no qual a lei confere uma margem de atuação ao agente para que identifique em casa ocasião, dentro da razoabilidade, se os fatos correspondem a previsão normativa, ativando seus efeitos jurídicos.

No ordenamento jurídico brasileiro a situação é resolvida com a obrigatoriedade imposta pela lei de que o dever jurídico sempre será adotar uma única solução, ou seja, que o Ato Administrativo atenda a finalidade da Lei, não lhe cabendo optar pela prática de um ato qualquer que seja optado pela norma. Concordando com essa posição temos a assertiva de Emerson Gabardo, fundamentando que tal inteligência tem que observar o princípio constitucional da eficiência administrativa (art.37, caput da CF). Por imperativa desse comando, o ordenamento jurídico obriga a administração a escolher a melhor opção dentre as várias existentes, ainda que as demais sejam igualmente razoáveis para cumprir a norma.

Considerando esses requisitos legais em que o administrador deve observar face aos fatos de forma bem apurada e sensitiva ao caso concreto para decidir rapidamente qual medida tomara frente as situações de emergência e calamidade pública, é que se apoia o Limite da tomada de decisão do Gestor Público.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, temos que nem sempre é simples para o Gestor Público, encontrar o limite para sua tomada de decisão, quando o assunto reclama a percepção apurada e legal, fundamentada no interesse público, a qual ensejará o que o mesmo possa tomar decisões subjetivas tuteladas pelo Poder Discricionário, afim de atender o fim específico pretendido.

Essa pequena amostra sobre o assunto para o melhor entendimento teve o fundamento nos Princípios Básicos da Administração Pública, no qual fizemos breve síntese, assim também como nos conceitos de interesse público, discricionariedade administrativa sob a ótica legal normativa.

Essa pequena contribuição acadêmica trouxe esse assunto com informações não aprofundadas, porem preliminares para que se possa futuramente adentrar mais profundamente no assunto, a fim de discutir e aprimorar a discussão acadêmica sobre o assunto de modo a contribuir com Gestores e Administradores públicos em Geral, no desempenho de suas funções. Sobre tudo em momentos de emergência e calamidade pública, como chamamos a atenção no titulo do trabalho, pois a realidade mostra que esses Gestores precisam de orientação normativa clara e certa para enfrentar essas situações cotidianas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 07 de setembro de 2022.

BRASIL. Lei nº 4.717/65. Regula a ação popular. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 07 de setembro de 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 26ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 25ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 4ª edição ref. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009.

MEDAUAR, O. Direito administrativo moderno. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 14ª edição rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, H.L. Direito administrativo brasileiro. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 40ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 40ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 30ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013.

PONTES FILHO, Walmir. GABARDO, EMERSON. Problemas emergentes da administração pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 28,2014, Foz do Iguaçu.

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS DIANTE DAS DECLARAÇÕES DE IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA FÍSICA

DANIELI APARECIDA VALERETTO:
Graduanda em Ciências Contábeis na FEF -
Fundação Educacional de Fernandópolis, SP

DAIANE ROZA FIGUEIRA²⁰

(coautora)

ISADORA FELIX ALEGRIA²¹

(coautora)

DANIELA BORELI²²

(orientadora)

ROGERIO DE JESUS RIBEIRO²³

(coorientador)

RESUMO: Este artigo tem como principal objetivo analisar a aplicação da lei geral de proteção de dados diante das declarações de imposto de renda da pessoa física. Foram estudados a forma com que materiais pessoais são solicitadas e armazenadas para realização da declaração anual de imposto de renda, e quais as formas de armazenamento aplicadas pelos profissionais e escritórios contábeis, identificando quem tem acesso a estes dados, e observando se há a devida segurança em plataformas online. Assim, primeiramente realizou-se um estudo bibliográfico e também uma pesquisa de campo, quantitativo, com aplicação de formulário a quatro colaboradores da área de escrituração contábil de Escritórios de Contabilidade localizados na cidade de Urânia, SP. Os resultados apontam que em razão das inovações tecnológicas ocorridas nos últimos anos e mesmo com a aplicação da LGPD, o arquivamento dos documentos é realizado de forma totalmente digital e que não há um descarte desses documentos depois da utilização deles, os colaboradores afirmaram ainda, que não existe procedimento a ser adotado caso haja vazamento de dados, o que infelizmente não é o ideal. Logo, concluiu-se através dessa pesquisa, que a LGPD trouxe inovações a todos os setores e impactou diretamente aos contadores.

Palavras-chaves: Imposto de renda. Lei geral de proteção de dados. Contador.

ABSTRACT: The main objective of this article is to analyze the application of the general data protection law in the face of individual income tax returns. The way in which personal materials are requested and stored to carry out the annual income tax return, and which forms of storage applied

²⁰ Graduanda em Ciências Contábeis na FEF - Fundação Educacional de Fernandópolis, SP

²¹ Graduanda em Ciências Contábeis na FEF - Fundação Educacional de Fernandópolis, SP

²² Contadora, Especialista em Gestão Empresarial e Consultoria, Mestre em Ciências Ambientais, Docente na FEF e Faculdade Futura de Votuporanga, graduanda em Direito na FEF).

²³ Mestre em Engenharia de Produção – UNIARA, Graduando em Direito – FEF, Professor Universitário FEF).

by professionals and accounting offices were studied, identifying who has access to this data, and observing if there is adequate security. on online platforms. Thus, firstly, a bibliographic study was carried out and also a quantitative field research, with application of a form to four employees in the bookkeeping area of Accounting Offices located in the city of Urânia, SP. The results show that due to the technological innovations that have taken place in recent years and even with the application of the LGPD, the archiving of documents is carried out in a completely digital way and that there is no disposal of these documents after their use, the collaborators also stated, that there is no procedure to be adopted in case of data leakage, which unfortunately is not ideal. Therefore, it was concluded through this research, that the LGPD brought innovations to all sectors and had a direct impact on accountants.

Keywords: Income tax. General data protection law. Counter.

1 INTRODUÇÃO

Em 14 de agosto de 2018 sancionou-se a Lei nº 13.709, Lei Geral de Proteção de Dados, conhecida popularmente como Lei LGPD. Esta lei traz a proteção devida de todas as informações pessoais que plainam no universo, tanto físico, quanto virtual. Ao analisar a aplicação recente, é visto que, existe uma grande onda de informação, principalmente porque se vivencia em uma era digital, onde é possível obter e enviar dados a todos os momentos com muita facilidade e, muitos não têm discernimento de até onde todo este elemento pode chegar (BRASIL, 2018).

Sem dúvida, este aumento de informações carregou consigo os reverses dessa situação. Dados que devem ser mantidos em sigilo são publicados e divulgados em diferentes locais, com muita velocidade. A informação se propaga de maneira tal que não se pode controlar de forma alguma.

Com isso, o governo federal do Brasil deliberou a lei LGPD, exigindo e trazendo sanções para que exista realmente uma proteção destes dados e conseqüentemente das pessoas que são proprietárias dessas informações, dessa forma, ocasionando uma maior responsabilidade de quem provê e de quem retém todos os materiais informativos.

Para chegar a Lei Geral de Proteção de Dados, Lei nº 13.709/2018 foi necessário percorrer um grande e árduo processo até alinhar todos os direitos de privacidade em apenas uma lei, para que seja possível garantir a segurança e a intimidade do cidadão. O conceito de manter a vida pessoal de forma privada é requisitado há muito tempo. Há mais de 30 anos atrás, em setembro de 1990, foi assegurada a lei nº 8.078, o código do consumidor, onde em seu artigo 43 já nos traz os indícios da busca pela privacidade de todas as informações de um cidadão (ASSIS; MENDES, 2020).

Há alguns anos, apenas determinados grupos tinham acesso à internet, porém com o avanço da tecnologia, essa conexão se espalhou e tornou-se mais acessível a todos, logo foi necessária uma lei que protegesse todos os seus usuários e todas as informações que passou a

existir no mundo virtual, com isso, em 2014, ocorreu o marco civil na internet, com a implantação da Lei Ordinária nº 12.965.

A *General Data Protection Regulation* (Regulamento Geral de Proteção de Dados) é a lei que visa proteger a privacidade e os cuidados com a segurança de armazenamento das informações pessoais de forma rígida, onde rege toda a União Europeia, permanecia em curso desde 2012, foi aprovada em 2016, porém entrou em vigor apenas em 25 de maio de 2018, para que as empresas dispusessem o tempo necessário para se adaptar ao novo regulamento (HSC Brasil, 2019).

Uma das principais fontes de informações pessoais de uma pessoa física está presente na declaração anual de imposto de renda, onde é possível encontrar reunido toda a vida pessoal e financeira de um indivíduo. Em 1922, foi instituído no Brasil a declaração de imposto de renda, que é um tributo de competência da União direto, fiscal, pessoal e progressivo. O imposto é calculado de acordo com as movimentações financeiras de uma pessoa física, o valor é previsto através dos rendimentos recebidos durante o ano base e a aquisição de novos bens, além de todos os dados financeiros, também é devido informar todos os dados pessoais e cadastrais, como documentos pessoais, data de nascimento, dependentes, entre outros (GULARTE, 2022).

2 OBJETIVOS

2.1 Objetivo Geral

O objetivo do trabalho é apresentar os aspectos relacionados a segurança de informação presentes no sistema disponibilizado pelo governo e os cuidados adicionais que os profissionais contábeis devem observar para atender os pressupostos da legislação aplicável.

2.2 Objetivo específico

Apresentar o sistema e seus aspectos de segurança.

Apresentar o fluxo de informações contidas no processo, desde o recebimento, tratamento, envio e guarda de documentos realizados pelo profissional contábil.

Apresentar os cuidados e ferramentas adicionais de segurança que podem ser adotados para aumentar a proteção de dados.

3 REFERENCIAL TEÓRICO

3.1 Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018, de 14 de agosto de 2018), foi aprovada em 2018 e entrou em vigor em 18 de setembro de 2020.

Segundo Fernanda Nones (2022, online):

LGPD é a sigla para Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais do Brasil. O principal objetivo da LGPD é dar às pessoas maior controle sobre suas próprias informações. A lei estabelece regras para empresas e organizações sobre coleta, uso, armazenamento e compartilhamento de dados pessoais, impondo multas e sanções no caso de descumprimento.

A lei representa um marco histórico na regulamentação sobre o tratamento de dados pessoais no Brasil, tanto em meios físicos quanto em meios digitais. Mudando a maneira como as instituições privadas coletam, armazenam e disponibilizam informações de usuários, a LGPD é destinada às instituições públicas, sendo assim, deve ser seguida por União, Estado, Distrito Federal e Municípios.

A LGPD entrou em vigor como resposta da GDPR que será abordada no item 3.4. Ela surgiu com a diligência de combater os fraudes e crimes online que, está com um número acelerado nos últimos anos, no Brasil. A LGPD é vista como um avanço, por se aplicar em todo o território nacional.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoas (LGPD), Lei nº 13.709/2018, foi decretada para resguardar os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e a livre formação da personalidade de cada indivíduo. De acordo com a Lei, a mesma trata sobre os dados pessoais, estando organizado em meio físico ou digital, por pessoa física ou jurídica, direito público ou privado (BRASIL, 2018).

As sanções previstas na LGPD estão previstas nos artigos 52, 53 e 54 da LGPD, são referentes às sanções administrativas. Conforme o artigo 52 da LGPD, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados pode aplicar as seguintes sanções administrativas: advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas; multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração; multa diária, observado o limite total a que se refere o inciso II; publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência; bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização; eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração; suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador; suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período; proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados.

3.2 Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, sobreveio para favorecer os cidadãos em seus direitos relacionados com os dados pessoais de cada indivíduo, conforme previsto no artigo 43, que dispõe

que o consumidor terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como, sobre as suas respectivas fontes.

É possível analisar a forma em que o código de defesa do consumidor traz a importância da utilização correta dos dados pessoais, permitindo o uso destes dados de forma clara e sucinta, vedando a solicitação de dados desnecessários e permitindo que o consumidor possa alterar quaisquer informações que se encontre de forma equivocada.

Após o código de defesa do consumidor veio o Marco Civil da Internet.

3.3 Marco Civil da Internet

Marco Civil da Internet consiste em uma lei ordinária federal nº 12.965/14, na qual estabelece todo o processo e desenvolvimento da internet, norteando os seus usuários e tornando a internet uma ferramenta mais segura a ser usada, aplicando regras e normas para que a internet não seja “terra de ninguém”, garantindo a privacidade e a liberdade de expressão (SANTOS, 2021).

Conforme disposto no artigo 1ª da Lei nº 12.965/14, a mesma tem como objetivo estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, bem como regular como se daria nesse contexto a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A Lei Geral de Proteção de dados e a Lei do Marco Civil da internet, se fundamentam em princípios muito parecidos.

Abaixo segue quadro comparativo entre as disposições preliminares previstas no artigo 2 da Lei nº 12.965/14 e artigo 2 da Lei nº 13.709/2018.

Quadro 1 - Quadro comparativo

Artigo 2 da Lei nº 12.965/14	Artigo 2º da Lei nº 13.709/2018
<p>Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:</p> <p>II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;</p> <p>V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor;</p>	<p>Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:</p> <p>III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;</p> <p>VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e</p> <p>VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a</p>

	dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.
--	--

Fonte: Elaborado pelas autoras, 2022 - adaptado das leis 12.965/14 e 13.709/2018.

3.4 General Data Protection Regulation - GDPR

Principal influência para a criação e evolução da LGPD, tem-se o GDPR (General Data Protection Regulation), que entrou em vigor no ano passado e regulamenta a questão para os países europeus. É a mais significativa legislação recente sobre privacidade de dados, que passou a servir de modelo para muitos outros países adotarem disposições semelhantes ou reforçarem políticas pré-existentes (NONES, 2022).

A General Data Protection Regulation - GDPR, em português Regulamento Geral de Proteção de Dados, entrou em vigor em 25 de maio de 2018. A lei entrou em processo em 2012 foi aprovada em 2016 pelo Parlamento Europeu. Nesse período da aprovação até a data de vigência, as empresas tiveram oportunidades para se adequar aos sistemas para às novas regras. O objetivo dela é oferecer aos clientes o controle sobre seus dados pessoais, que estão sendo circulados tanto pelas empresas quanto pela internet (HSC BRASIL, 2019).

Por mais que a GDPR seja da União Europeia que está a muitos quilômetros de distância, a sua valia trouxe um grande impacto para o Brasil, as empresas nacionais que trabalham com algum dos países que participam deste bloco econômico precisaram se adaptar à nova lei, atendendo todas as suas exigências. Desta forma, o Brasil foi influenciado pela GDPR, assim, formando a LGPD que trata a segurança dos dados de todos os brasileiros.

3.5 Imposto de Renda Pessoa Física – IRPF

O Imposto de Renda é um tributo federal, sobre a renda, o que você ganha, e ainda acompanha o seu desenvolvimento patrimonial (ARAUJO, 2019).

Em 22 de novembro de 2018, o Decreto nº 9.580 regulamentou a tributação, a fiscalização, a arrecadação e a administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza (BRASIL, 2018).

O governo solicita aos trabalhadores e empresas para que informem para a Receita Federal quais são seus ganhos, e assim são feitos os acompanhamentos. Para fazer a declaração do imposto de renda, o cidadão precisa declarar basicamente todas suas receitas e despesas, desde o seu salário anual e seus bens, carro/casa, bem como, informar se os filhos frequentam escolas particulares ou faculdade, se paga plano de saúde, se possui dinheiro na poupança, além de informar os gastos com médicos, entre outros. Ou seja, praticamente tudo precisa ser declarado (FEITOSA, 2022).

Segundo relatório de Rui Barbosa (1891), no Brasil, até hoje, a atenção dos governos se tem concentrado quase só na aplicação do imposto indireto, sob sua manifestação mais trivial, mais fácil e de resultados mais imediatos: os direitos de alfândega. E do imposto sobre a renda, por mais que se tenha falado, por mais que se lhe haja proclamado a conveniência e a moralidade ainda não se curaram em tentar a adaptação, que as nossas circunstâncias permitem, e as nossas necessidades reclamam (CARNEIRO, 2010).

3.6 IRPF e LGPD

A Política de Privacidade foi desenvolvida em conformidade com Marco Civil da Internet e com a Lei de Proteção de Dados Pessoais. A Receita Federal se compromete a seguir as regras estabelecidas na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) e respeitar os princípios estabelecidos no artigo 6º (THISEN, 2021).

A Lei Geral de Proteção de Dados visa facilitar o relacionamento entre profissionais e clientes, quando o cliente transfere seus dados para o contador fazer seu IRPF. Por ter muitas informações confidenciais sobre a pessoa, ambas as partes devem conter cuidado (SOUZA, 2020).

Para que o contador faça a declaração de imposto de renda de um cliente, é necessário coletar informações pessoais. Existem dois tipos de coleções - coleções virtuais e coleções pessoais. On-line ocorre de forma preenchida através da Internet. Os dados pessoais são obtidos imprimindo os dados off-line. Com a alta quantidade de informações sensíveis, os contadores devem ter o total sigilo para não correr o risco dos dados serem vazados (SOUZA, 2020).

Importante ressaltar que a Lei Geral de Proteção de Dados visa limitar o armazenamento prolongado e desnecessário de dados e informações pessoais. Ademais, a motivação/finalidade do armazenamento deve ser minimamente apresentada quando da coleta do dado. Assim, pode-se armazenar os dados até que essa finalidade tenha sido alcançada (SETA, 2019).

Logo após a confirmação da Receita Federal, o profissional pode optar em devolver ou descartar os documentos. No ano subsequente, ele pode importar os dados que foram coletados no ano passado. Se for necessário, atualizará somente as informações que precisar (SOUZA, 2020).

Portanto, o período de armazenamento dos dados deve respeitar a autorização/consentimento do titular do dado e a concretização da finalidade da coleta (SETA, 2019).

4 METODOLOGIA

Após a decisão do tema abordado, a pesquisa bibliografia se limita em argumentar o tema escolhido pelo pesquisador, como explicação essencial para se aprofundar no assunto. Buscar e reunir, argumentos, ideias e conteúdo para o desenvolvimento do artigo. Obter as informações e dados que serão uma base para a construção do mesmo (SOUSA; OLIVEIRA; ALVES, 2021).

A realização das coletas de dados mencionados foi através de pesquisas em sites da internet, buscando artigos e leis que se relacionavam com o assunto tratado.

O desenvolvimento desse artigo teve como finalidade uma pesquisa de forma descritiva e exploratória, a fim de trazer uma pesquisa de campo. Com aplicação de questionários em escritórios de contabilidade, na cidade de Urânia/SP.

A pesquisa descritiva é aquela que visa descrever características de uma população, amostra, contexto ou fenômeno, e a pesquisa exploratória tende a ser mais flexível em seu planejamento, pois pretende observar e compreender os mais variados aspectos relativos ao fenômeno estudado (LANDO, 2020).

Com a pesquisa de campo (TUMELERO, 2018) são levantados aspectos importantes como, observação, coleta, análise dos dados e interpretação dos fatos que ocorre dentro do cenário pesquisado.

O instrumento de coleta de dados foi um Formulário com questões para a entrevista aos profissionais, constituído por 10 perguntas (Apêndice A), sendo respondidas através do Formulário disponível pela Google (Google Forms), no dia 12 de setembro de 2022.

5 RESULTADOS

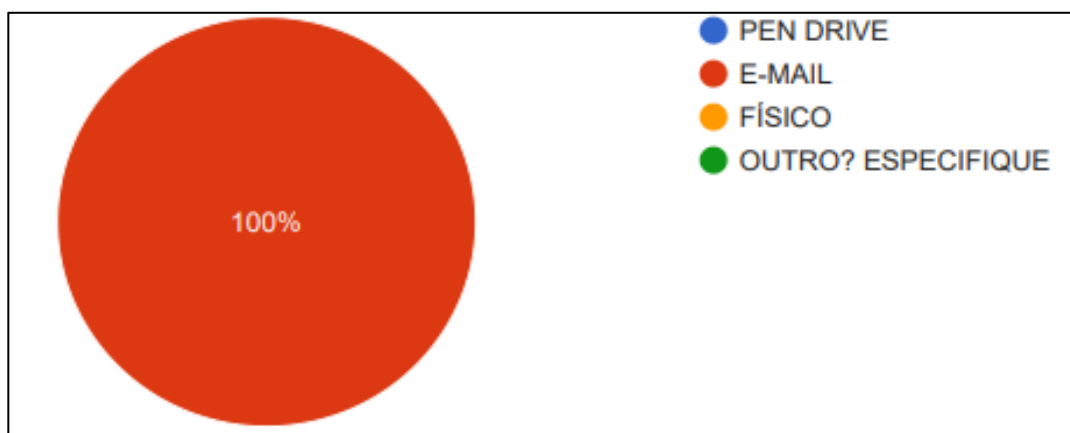
Aprimorando nas pesquisas e conhecimentos, foi abrangido sobre o IRRF, de como os profissionais responsável para realização desta declaração, armazenam os documentos dos clientes, pois deve haver muita confiança pelo responsável que vai realizar a declaração, para que não ocorra o vazamento dos dados, por ser um imposto que constam todos os dados pessoais de cada cidadão.

Para atingir os objetivos deste trabalho, aplicou-se um questionário com 10 perguntas abertas, elaborado por ligação para cada escritório de contabilidade na cidade de Urânia/SP, para 04 pessoas, em seguida preenchemos a plataforma do Google Formulários com a resposta de cada participante para dar o resultado final.

As perguntas foram respondidas diretamente, ou seja, não foram fornecidos detalhes sobre a realidade vivenciada pelos controladores.

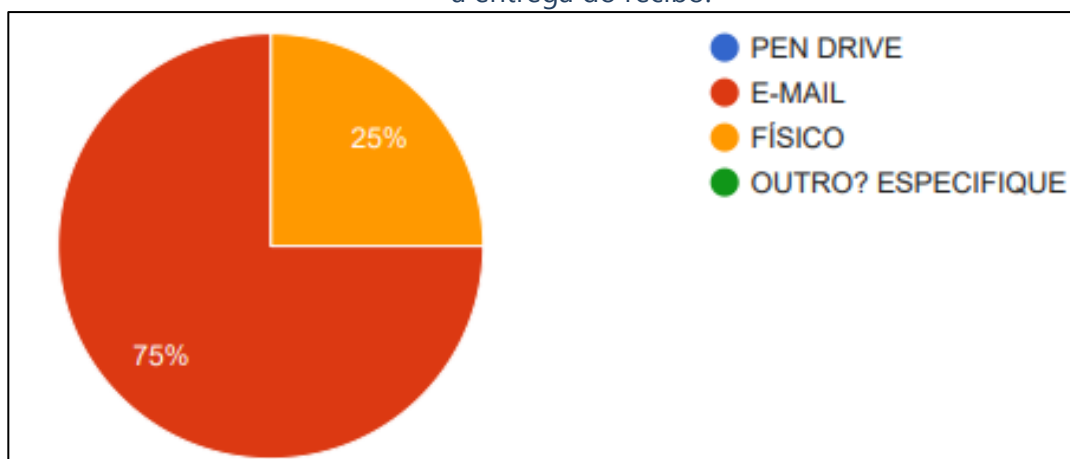
Ao analisar os dados das pesquisas a primeira, segunda e a sexta perguntas relata sobre qual a forma do recebimento dos documentos, da entrega da declaração e o armazenamento desses documentos que são utilizados para a realização da declaração do imposto de renda, representados nos gráficos 1, gráfico 2 e gráfico 3.

Gráfico 1 – Forma de recebimento dos documentos utilizados para a realização do imposto de renda da pessoa física.



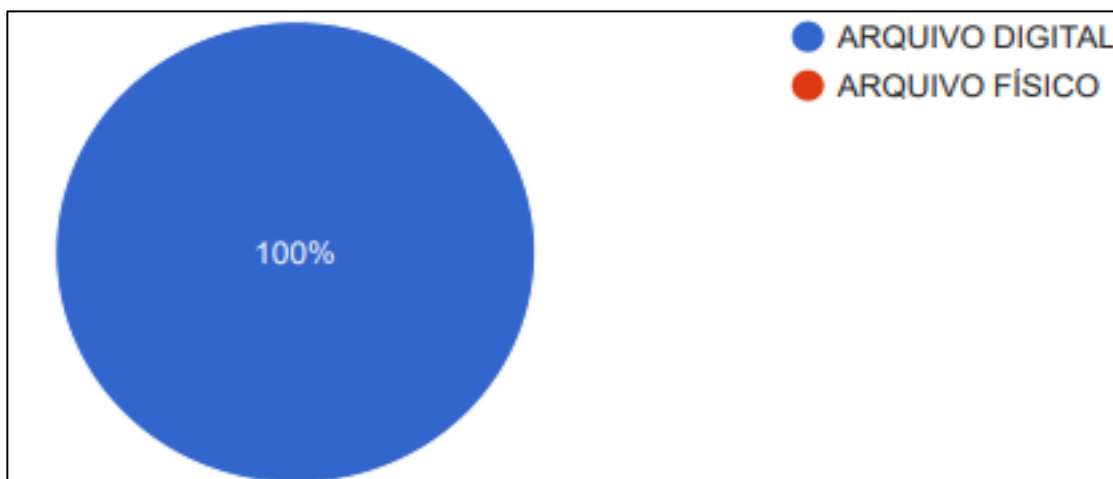
Fonte: Elaborado pelas autoras, 2022.

Gráfico 2 – Disponibilização da declaração do imposto de renda de pessoa física ao seu cliente e a entrega do recibo.



Fonte: Elaborado pelas autoras, 2022.

Gráfico 3 – O arquivamento dos documentos pessoais dos clientes durante a realização do IR.

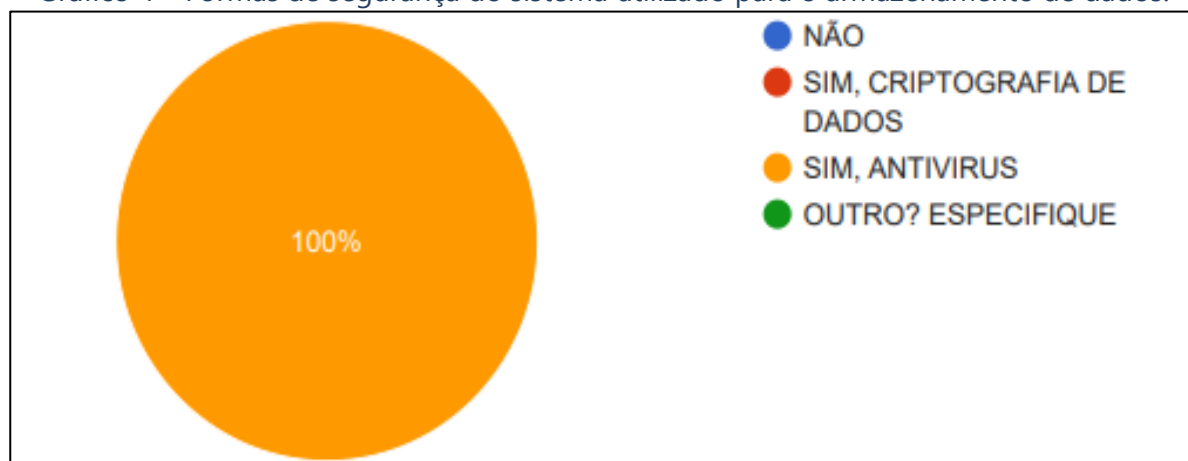


Fonte: Elaborado pelas autoras, 2022.

Analisou-se que 100% dos escritórios entrevistados recebem os seus documentos por e-mail e fazem o arquivamento online, 75% entregam essa declaração ao seu cliente por e-mail e apenas 25% fazem a entrega fisicamente.

Através da terceira pergunta é sobre como os escritórios de contabilidade entrevistados relata sobre a segurança dos seus sistemas, representado no gráfico 4.

Gráfico 4 – Formas de segurança do sistema utilizado para o armazenamento de dados.

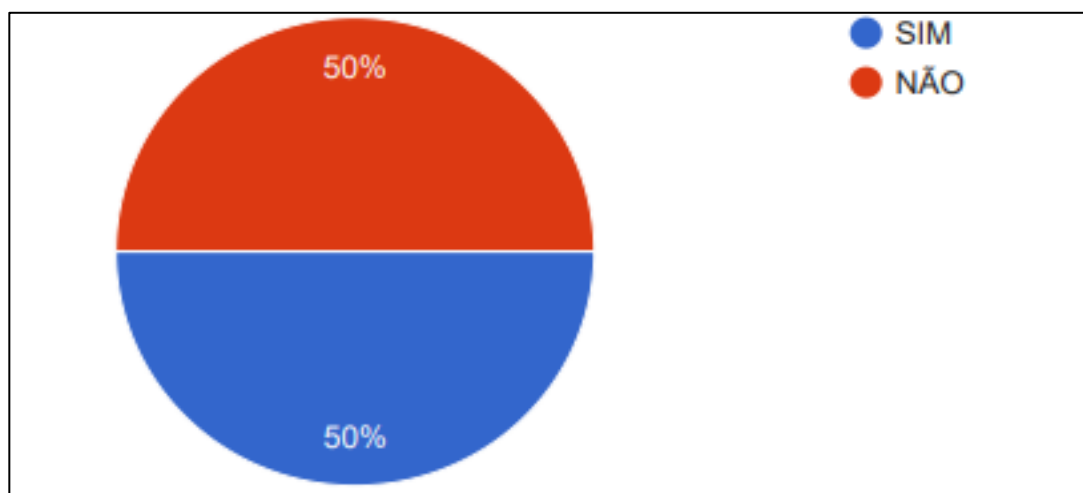


Fonte: Elaborado pelas autoras, 2022.

Foi observado que 100% dos entrevistados usam sistemas de antivírus para a segurança contra-ataque de hackers e exposição a vírus.

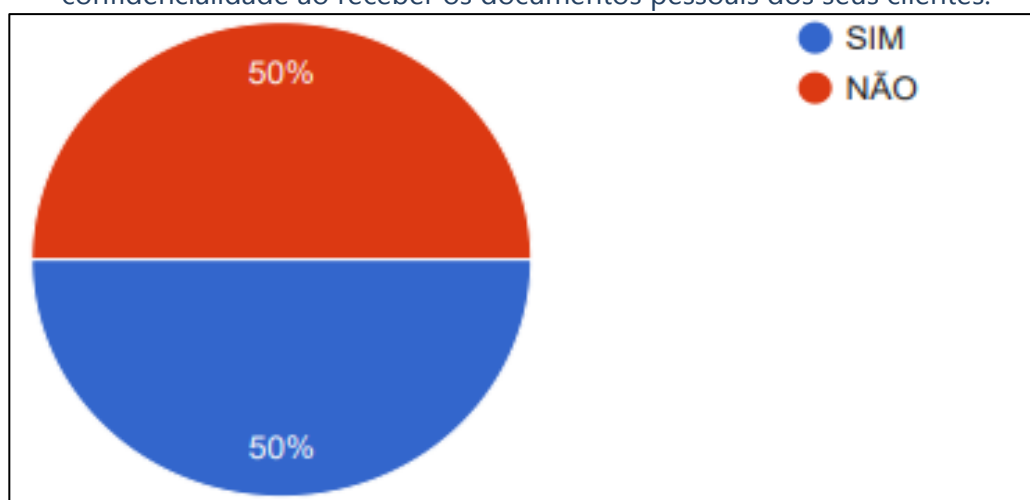
A quarta e oitava perguntas elas analisam os aspectos sobre as questões de consentimentos, transparência e confiança entre os responsáveis para a realização da declaração e ao cliente que entrega os documentos para esse profissional. Realizando esse procedimento por um termo e um acordo entre ambos, o gráfico 5 e 6 representam essas perguntas.

Gráfico 5 – Utilização de termo de autorização dos clientes para uso de seus documentos pessoais.



Fonte: Elaborado pelas autoras, 2022.

Gráfico 6 – A responsabilidade dos colaboradores que assinam algum tipo de acordo de confidencialidade ao receber os documentos pessoais dos seus clientes.

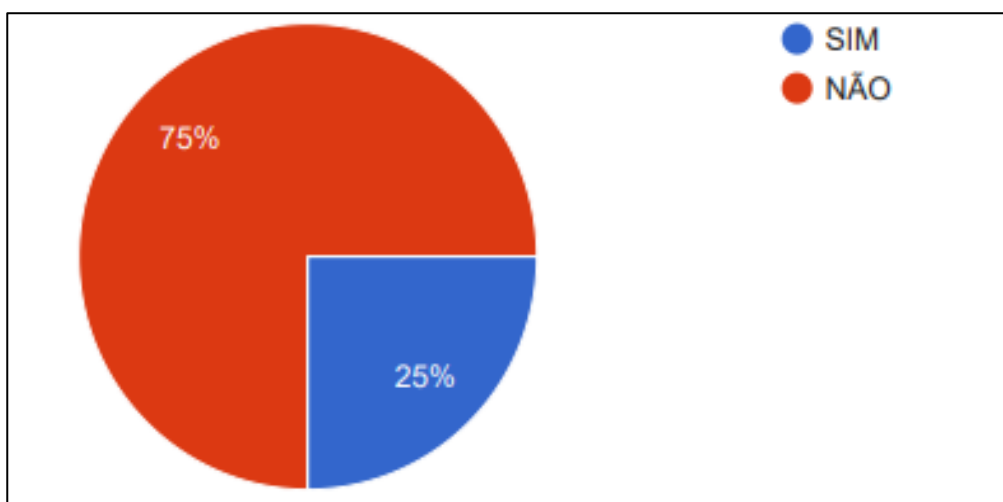


Fonte: Elaborado pelas autoras, 2022.

Apenas 50% dos entrevistados fazem esse processo de assinatura, onde o consentimento e a confidencialidade dos envolvidos traz uma segurança maior, todo o processo da realização da declaração do imposto de renda tem que ser transparente.

Logo mais, vemos que na quinta pergunta reflete sobre se mais alguém além das pessoas responsáveis pela realização da declaração do imposto de renda tem acesso aos documentos que os clientes entregam, representada no gráfico 7.

Gráfico 7 – Colaboradores que trabalham no mesmo escritório tem acesso as declarações de imposto de renda dos clientes?

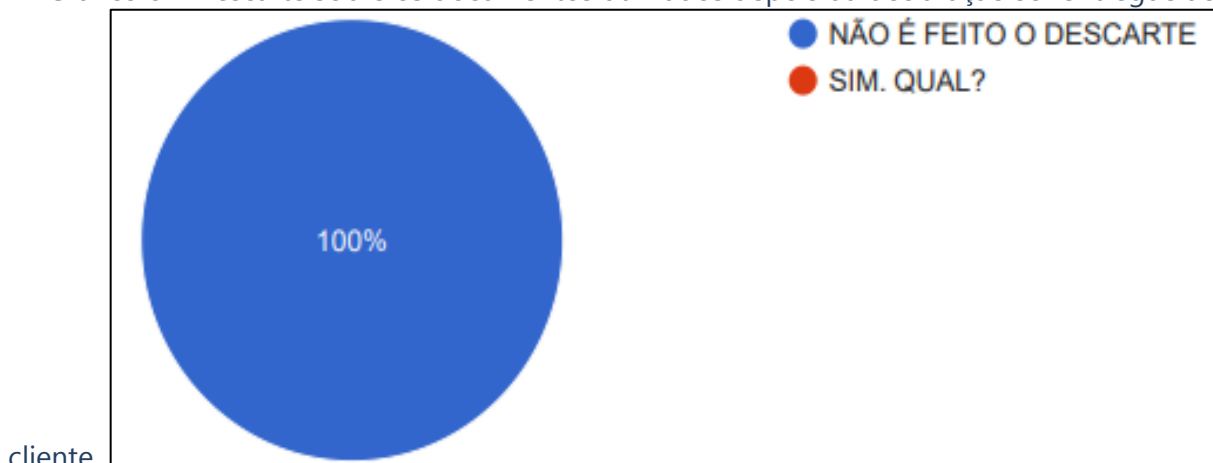


Fonte: Elaborado pelas autoras, 2022.

Nota-se que 75% dos entrevistados falaram que nenhum outro colaborador tem acesso a esses documentos sem ser a pessoa responsável, mais 25% disseram que outros colaboradores do escritório têm acesso a esses documentos, mais não especificaram para qual a finalidade.

E na sétima pergunta onde relata se após a entrega da declaração é feita alguma exclusão/descarte dos documentos que possuem os dados pessoais do cliente, representada pelo gráfico 8.

Gráfico 8 – Descarte sobre os documentos utilizados depois da declaração ser entregue ao

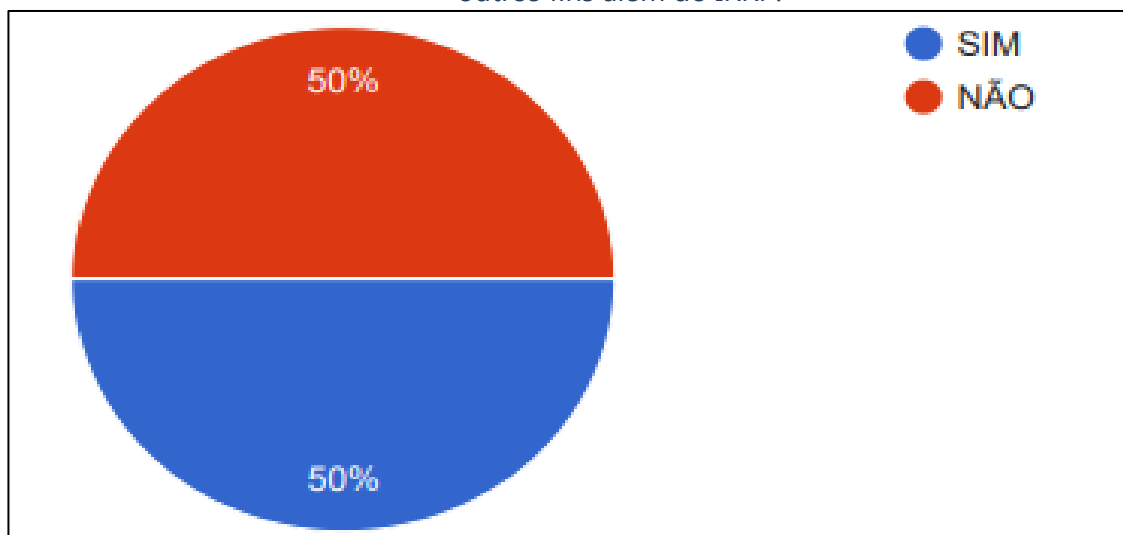


Fonte: Elaborado pelas autoras, 2022.

Nota-se que nenhum dos entrevistados faz a exclusão/descarte desses documentos após a realização da declaração do imposto de renda para a pessoa física.

Ao analisar o resultado da nona pergunta onde tem a finalidade de ver se os documentos utilizados para a realização da declaração do imposto de renda são utilizados para outros fins, representada pelo gráfico 9.

Gráfico 9 – Os documentos utilizados para a declaração do imposto de renda são utilizados para outros fins além do IRRF?



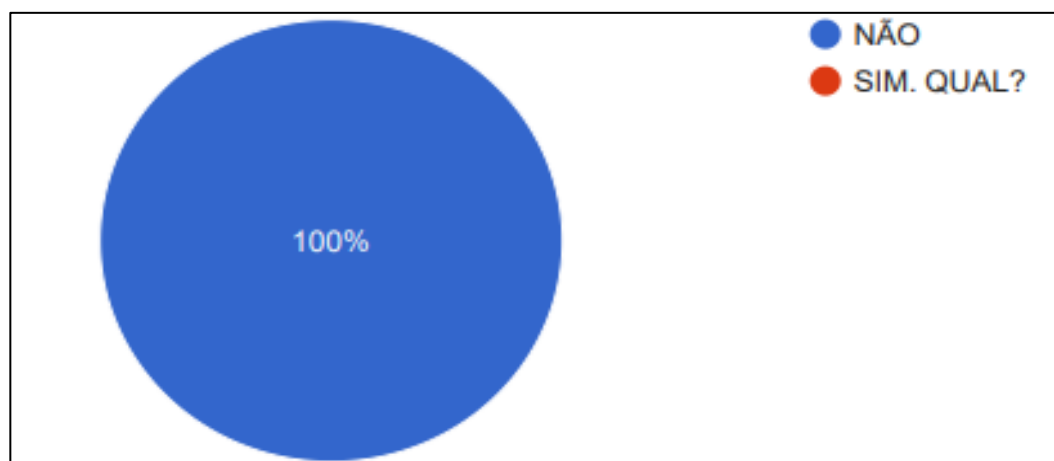
Fonte:

Elaborado pelas autoras, 2022.

Verificou-se que 50% dos escritórios de contabilidade da cidade entrevistada utilizam esses documentos pessoais para outros fins, mais novamente não nos informou para qual a finalidade, mais disseram quando vão utilizar para outro documento ou declaração eles informam o cliente que irá fazer essa reutilização dos documentos pessoais.

E por fim a décima pergunta, onde perguntamos aos entrevistados se eles adotam algum procedimento se caso esses dados sejam vazados, representada pelo gráfico 10.

Gráfico 10 – Existe algum procedimento a ser adotado se houver vazamento de dados?



Fonte: Elaborado pelas autoras, 2022.

Podemos analisar que 100% dos entrevistados não tem nenhuma precaução a esse tipo de vazamento de dados, onde traz o risco ao seu cliente se caso ocorrer algo e também os escritórios podendo levar uma multa sobre isso.

Portanto ao tentar identificar quais os principais dados tratados na rotina dos contadores, as perguntas foram respondidas de forma ampla, sendo que os documentos destacados pelos pesquisados são os todo os dados pessoais, financeiras, contábeis e fiscais.

Observou-se que um grande número de contadores segue determinadas diretrizes da legislação brasileira ao tratar os dados de seus clientes, pois de acordo com a Proteção Geral de Dados, tudo o que pode ser identificado.

Ademais, visualizasse que os contadores serão diretamente afetados pela LGPD, tendo em vista que tratam dados diariamente, possuem um banco de dados e tem compromisso de manter os dados em sigilo de informações.

6 DISCUSSÃO

Abordando sobre os resultados anteriores, observa-se que as perguntas onde se referem a forma do recebimento dos documentos, a entrega da declaração e armazenamento desses documentos que são utilizados para a realização da declaração do imposto de renda está em conformidade com que a Lei nº 13.709/2018 relata em questão do armazenamento e arquivamento, como diz o “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”.

Esse artigo relata que a Lei LGPD protege até mesmo os documentos que são arquivados online, observando então, que o responsáveis que tem contato a esses documentos e pela a entrega dessa declaração está agindo de forma correta, deixando os arquivamentos pelos meios digitais.

Ao realizar a pergunta onde se refere a segurança dos sistemas contra-ataques de hacker e a exposição a vírus, todo os entrevistados disseram que tem um sistema de antivírus, o artigo 46 da Lei LGPD.

Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.

Nesse artigo ele relata exatamente sobre isso, que se deve adotar uma medida de segurança contra qualquer ataque de hacker, para a proteção dos dados pessoais, com isso, podemos concluir que os entrevistados estão seguindo corretamente o que a Lei diz.

As questões onde foi feita um processo de assinatura ressaltando os consentimentos a transparência e a confiança entre os responsáveis para a realização da declaração e ao cliente que entrega os documentos para esse profissional, conforme o artigo 6.

O "art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé"

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

[...]

IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão; [...]

Esse artigo ele relata vários outros princípios sobre essa questão, e uns deles é sobre a transparência e a confiança que se deve ter entre os envolvidos. Mais infelizmente apenas metades dos escritórios de contabilidade entrevistados realizam esse termo e acordo com os clientes.

Nas perguntas referentes se os colaboradores do escritório têm acesso aos documentos para a realização da declaração do imposto de renda, mais da metade dos escritórios disseram que apenas os responsáveis por essa declaração têm acesso a esses documentos, mais uma parte disse que outros funcionários acessam a esses documentos pessoais, não especificaram para qual a finalidade.

Sobre os descartes dos documentos, todos os escritórios entrevistados disseram que não fazem a exclusão/descartes dos documentos, onde os escritórios ganham um ponto negativo pois não estão seguindo com que a Lei fala no artigo 16.

Art. 16. Os dados pessoais serão eliminados após o término de seu tratamento, no âmbito e nos limites técnicos das atividades, autorizada a conservação para as seguintes finalidades:

I - cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

II - estudo por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

III - transferência a terceiro, desde que respeitados os requisitos de tratamento de dados dispostos nesta Lei; ou

IV - uso exclusivo do controlador, vedado seu acesso por terceiro, e desde que anonimizados os dados.

Com isso, a lei mostra claramente que apenas o contador responsável pela declaração deve ter acesso a esses documentos pessoais e que todos eles devem ser excluídos após o término da declaração.

A próxima pergunta onde relata se há a utilização dos documentos pessoais de seus clientes para outras finalidades, metade dos escritórios disseram que sim.

No contexto do que prevê o artigo 7 da LGPD, os dados pessoais do titular dos dados podem ser processados para cumprir obrigações especificadas em um contrato, dessa forma, se houver um consentimento do cliente, para ter uma autorização sobre este ato, com isso, pode sim ter uma outra finalidade, mais isso tem que ser algo claro, tratado em contratos, para que realmente o cliente saiba a finalidade.

Conclui-se que os escritórios que utilizam esses documentos pessoais para outros fins, eles conversam com o cliente antes, pedindo uma autorização, tendo assim o consentimento do cliente que podem usar os documentos para outros fins.

Por fim, a última pergunta a ser feita, foi sobre vazamentos de dados se os escritórios têm algum procedimento a ser utilizado, caso ocorrer esse vazamento de dados, nesta questão todos os escritórios de contabilidade disseram que não tem nenhuma precaução quanto a isso, onde o artigo 52, relata sobre o vazamento de dados.

No Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional.

[...]

§ 7º Os vazamentos individuais ou os acessos não autorizados de que trata o caput do art. 46 desta Lei poderão ser objeto de conciliação direta entre

controlador e titular e, caso não haja acordo, o controlador estará sujeito à aplicação das penalidades de que trata este artigo.

Os escritórios entrevistados não estão seguindo essa questão de vazamento de dados corretamente com que a lei aborta, que devem haver precaução quanto a isso. Se haver um vazamento de dados os escritórios podem sofrer penalidade quanto a isso.

7 CONCLUSÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais foi criada para proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e a livre formação da personalidade de cada indivíduo, tratando especificamente sobre os dados pessoais.

Referida lei tem o objetivo de facilitar a relação do profissional com o cliente, no momento da troca de dados entre os dois. Um dos aspectos principais da Lei Geral de Proteção de Dados é o consentimento do cliente na troca de informações com o profissional de contabilidade.

O Imposto de Renda é um tributo que é aplicado sobre a renda. A declaração serve para demonstrar os rendimentos tributáveis e não tributáveis de todos os cidadãos brasileiros, e é feita pelo contador, e dessa forma, ele tem acesso a dados os dados e informações do seu cliente.

O fluxo de informações trocadas entre o contador e o cliente, conta com informações sensíveis, e por isso, os profissionais devem tomar o cuidado para minimizar os riscos dos dados caso sejam vazados. Mas, infelizmente, conforme resultados da pesquisa de campo realizada, os contadores não têm algum procedimento a ser adotado caso haja vazamento de dados.

Contudo, foi verificado através da pesquisa que não são todos os funcionários do escritório que tem acesso as declarações de imposto de renda dos clientes, mas apenas o responsável por fazer e encaminhar a declaração.

Verificou-se através dessa pesquisa que a aplicação da LGPD apesar de ser válida e necessária, não é seguida em seus integrais termos por todos os contadores, como é o caso dos que participaram da pesquisa de campo.

A evolução tecnológica e a introdução de novas operações de tratamento de dados demandam um processo contínuo de avaliação, adequação e aperfeiçoamento de procedimentos e medidas protetivas de dados pessoais.

No presente estudo, foram identificadas algumas situações em que seria interessante a implantação de novos costumes e rotinas, como forma de proteção dos dados, isto é, durante o descarte dados e nos casos em que houver vazamento de dados, deve-se criar um procedimento a ser adotado.

Portanto, embora a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais ofereça relevante proteção aos titulares de dados pessoais, a lei acabou por criar um extenso rol de obrigações e responsabilidades aos agentes que realizam tratamento de dados, o que, exigirá das empresas

elevada capacidade de gestão e integração de sua equipe, além de efetivo empenho e capacitação dos servidores.

REFERÊNCIAS

ALLEGRO, Leonardo. **Imposto de Renda e seus Princípios**. 2016. Disponível em: <<https://leoallegro.jusbrasil.com.br/artigos/397921850/imposto-de-renda-e-seus-principios/amp>>. Acesso em: 11 abr. 2022.

ARAÚJO, Fernanda. **O que é Imposto de Renda e para que serve?**. 2020. Disponível em: <<https://www.serasa.com.br/ensina/dicas/o-que-e-imposto-de-renda/>>. Acesso em: 18 mai. 2022.

ARRUDA, Vinicius Cervantes G. **Lei Geral de Proteção de Dados: sanções administrativas já podem ser aplicadas pela ANPD**. 2021. Disponível em: <<https://riccipi.com.br/lei-geral-de-protecao-de-dados-sancoes-administrativas-ja-podem-ser-aplicadas-pela-anpd/>>. Acesso em: 19 Jun. 2022.

ASSIS e MENDES. Histórico das leis de proteção de dados e da privacidade na internet. Disponível em: <<https://assisemendes.com.br/historico-protecao-de-dados/>>. Acesso em: 18 mai. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 21 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 21 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 25 abr. 2022.

CARNEIRO, Maria de Fatima da Silveira. **DESPESAS DEDUTÍVEIS SOBRE O IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA FÍSICA E A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA**. 2010. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k213600.pdf>. Acesso em: 12 Ago. 2022.

FEITOSA, Anderson. **Como é a declaração do Imposto de Renda para quem tem empresa?**. 2022. Disponível em: <<https://conube.com.br/blog/imposto-de-renda-para-quem-tem-empresa/>>. Acesso em: 18 abr. 2022.

GULARTE, Charles. Entendendo o Informe de Rendimentos: Saiba tudo. Disponível em: <<https://www.contabilizei.com.br/contabilidade-online/entendendo-o-informe-de-rendimentos/>>. Acesso em: 18 abr. 2022.

HSC Brasil. **O que é GDPR e o que muda para as empresas e os brasileiros?**. 2019. Disponível em: <<https://www.hscbrasil.com.br/gdpr/>>. Acesso em: 18 abr. 2022.

LANDO, Felipe. **Pesquisa exploratória, descritiva ou explicativa.** 2020. Disponível em: <<https://www.academicapesquisa.com.br/post/pesquisa-exploratoria-descritiva-explicativa/>>. Acesso em: 18 Ago. 2022.

MARQUES, Luiz. **100 anos de IR: especialista dá dicas e explica o que é o tributo federal.** 2022. Disponível em: <<https://www.contabeis.com.br/noticias/50963/imposto-de-renda-completa-100-anos-especialista-da-dicas-e-explica-quem-precisa-declarar-e-para-que-serve-o-tributo/>>. Acesso em: 04 abr. 2022.

NÓBREGA, Cristóvão Barcelos da. **História do imposto de renda no Brasil, um enfoque da pessoa física (1922-2013).** Disponível em: <<https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/memoria/imposto-de-renda/arquivos-e-imagens/livro-historia-do-imposto-de-renda-no-brasil-v-24x17-livro-completo-de-22-04-2014-1.pdf>>. Acesso em: 23 mai. 2022.

NONES, Fernanda. **LGPD: o que diz a lei de proteção de dados e como ela pode impactar a sua estratégia de marketing.** 2022. Disponível em: <<https://resultadosdigitais.com.br/marketing/o-que-e-lgpd/>>. Acesso em: 02 mai. 2022.

SANTOS, Rahellen. **O que é o Marco Civil da Internet ?.** 2021. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/marco-civil-da-internet/>>. Acesso em: 12 mai. 2022.

SETA, Paduan. **Por quanto tempo posso armazenar os dados dos meus clientes?.** 2019. Disponível em: <<https://paduanseta.jusbrasil.com.br/artigos/787272639/por-quanto-tempo-posso-armazenar-os-dados-dos-meus-clientes>>. Acesso em: 02 Jun. 2022.

SOUSA, Angélica Silva de; OLIVEIRA, Guilherme Saramago de; ALVES, Laís Hilário. **A pesquisa bibliográfica: princípios e fundamentos.** 2021. Cadernos da Fucamp, v.20, n.43, p.64-83/2021.

SOUZA, Silvio. **LGPD trará impactos na declaração do Imposto de Renda 2021?.** 2020. Disponível em: <<https://fdr.com.br/2020/12/17/lgpd-trara-impactos-na-declaracao-do-imposto-de-renda-2021-saiba-aqui/>>. Acesso em: 14 Ago. 2022.

THIESEN, Vanessa. **Política de Privacidade.** 2021. Disponível em: <<https://vanessathiesen.com.br/politica-de-privacidade>>. Acesso em: 14 Mai. 2022.

TUMELERO, Náira. **Pesquisa de campo: conceitos, finalidade e etapas de como fazer.** 2018. Disponível em: <<https://blog.mettzer.com/pesquisa-de-campo/>>. Acesso em: 18 Ago. 2022.

OS DESAFIOS DA NOVA CONCEPÇÃO FAMILIAR E A FALTA DE NORMA REGULAMENTADORA DE ADOÇÃO HOMOAFETIVA NO BRASIL

PATRICIA BARBOSA DE SOUZA:

Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Fametro.

RESUMO: Considerando o atual ordenamento jurídico, a adoção homoafetiva ainda passa por muitos obstáculos sociais, havendo critérios a serem debatidos, como a falta de respaldo jurídico, tanto ao casal quanto ao adotado. O processo de adoção por um casal homoafetivo no Brasil passa por muitos desafios e entraves, sendo um tema ainda muito polêmico. O estudo foi desenvolvido na construção doutrinária, jurisprudencial e normativa, sendo analisadas as espécies de adoção, a adoção por casais homoafetivos, verificando o panorama histórico e evoluções do direito de adoção conforme doutrina e jurisprudência, e as várias formas de entidade familiar. Deste modo, restou demonstrado que ainda é necessário mudanças positivadas dentro do Direito acerca desse tema, uma vez que há preconceito e discriminação dentro do processo de adoção homoafetiva, e não se pode negar que configuram uma entidade familiar às células familiares formadas por parceiros do mesmo sexo, demonstrando que o ambiente familiar saudável independe da orientação sexual dos adotantes, configurando novos modelos de família.

PALAVRAS-CHAVE: Adoção Homoafetiva. Casal Homoafetivo. Espécies de Adoção. Família.

ABSTRACT: Considering the current legal system, homoaffective adoption still faces many social obstacles, with criteria to be debated, such as the lack of legal support, both for the couple and the adoptee. The process of adoption by a homoaffective couple in Brazil goes through many challenges and obstacles, and is still a very controversial topic. The study was developed in the doctrinal, jurisprudential and normative construction, being dependents as types of adoption, adoption by homoaffective couples, verifying the historical panorama and evolutions of the right of adoption according to doctrine and jurisprudence, and the various forms of family entity. In this way, it remains demonstrated that positive changes within the Law on this subject are still necessary, since there is prejudice and discrimination within the homoaffective adoption process, and it cannot be denied that they configure a family entity to the family cells formed by partners of the same gender, demonstrating that a healthy family environment is independent of the adopters' sexual orientation, configuring new family models.

KEYWORDS: Homoaffective adoption. Homoaffect Couple. Adoption Species. Family.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda acerca dos desafios da nova concepção familiar homoafetiva, uma vez que os institutos familiares como o casamento, reconhecimento de união estável e adoção homoafetivas eram considerados verdadeiros tabus, e em como parcela da população ficou, por muito tempo, à margem do Direito de Família. Além disso, também retrata acerca da falta de norma regulamentadora de adoção homoafetiva no Brasil, uma vez que no Brasil o sistema de adoção

pelos casais homoafetivos não se encontra legalmente formalizado, o respaldo jurídico que atualmente tem vigorado no Brasil seria da jurisprudência que regulamenta a união estável homoafetiva e adoção unilateral.

Com o avanço das relações na sociedade, assim como a obediência aos princípios constitucionais de igualdade e as inovações a respeito da entidade familiar, permite-se que qualquer obstáculo referente à adoção de crianças por casais homossexuais fosse afastado, logo, é de extrema relevância social a ser debatido e abordado.

O presente artigo tem como objetivo geral analisar o sistema de adoção por casal homoafetivo no Brasil, e como objetivos específicos demonstrar o panorama histórico do direito de adoção, assim como verificar o processo de adoção no Brasil, considerando também as várias formas de entidade familiar, e explicar as evoluções do direito de adoção relacionado com o Direito de Família.

Portanto, uma vez que como o Direito é consuetudinário, isto é, aquele que se forma a partir dos costumes da sociedade, que se consolidam em normas jurídicas, dessa forma, evoluções aconteceram, e como não poderia ser diferente, o ordenamento jurídico seguiu a tendência da mudança, devendo dessa forma regulamentar esse fator presente na sociedade, para segurança jurídica familiar dessa nova concepção familiar.

1 ADOÇÃO

Considera-se a adoção um contrato, ato solene, ou então, filiação criada pela lei, ou ainda, instituto de ordem pública. Existem doutrinadores que consideram como sendo uma figura híbrida, ou seja, um misto de contrato e de instituto de ordem pública, mas em geral, a natureza jurídica da adoção é de negócio bilateral e solene, equivalente a um contrato, pois é necessário que ambas as partes tenham interesse para concretizar uma adoção.

1.1 Conceito e panorama histórico

O processo de adoção no Brasil começou através das Ordenações Filipinas e a promulgação da lei que tratava sobre adoção no ano de 1828, com características do direito português. Na época o processo de adoção era judicializado, devendo ser realizada audiência para a expedição da carta de recebimento do filho, e visava trazer uma solução para aqueles casais que não podiam, ou não tiveram filhos biológicos.

A adoção é a inserção de uma criança ao ambiente familiar, de forma definitiva e com aquisição de vínculo jurídico próprio da filiação, segundo as normas legais em vigor no Estatuto da Criança e do Adolescente, através de um processo afetivo e legal, por meio pelo qual um adulto ou um casal de adultos passam a ser pais de uma criança gerada por outras pessoas.

Para Diniz (2010, p.522), adoção é:

Ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco

consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.

O instituto da adoção no Brasil é regulado pelo Código Civil, juntamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 39 a 52-D, mas também é abordada na Constituição Federal no artigo 227 que estabelece como dever da família da sociedade e do Estado assegurar às crianças e adolescentes seus direitos básicos, e no § 6º do artigo, proíbe “quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” nos casos de adoção, e estabelece a equiparação dos direitos dos filhos adotivos aos dos filhos biológicos.

Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1988, art. 227, § 6º)

O art. 41, caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), também estabelece o conceito legal de adoção:

A adoção atribui a condição de filho ao adotando, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.”. Dessa forma, garante a prioridade, às crianças e adolescentes, a conviverem no ambiente familiar, usufruindo também de todos os seus direitos. (BRASIL, Lei nº 8.069/1990, art. 41)

1.2 Espécies de adoção e processo de adoção no Brasil

No Sistema Normativo Jurídico Brasileiro, há duas espécies legais de adoção, a adoção estatutária, prevista pelo ECA, que se aplica as crianças e adolescentes menores de 18 anos, assim como aqueles que quando atingiram a maioridade, já se encontravam sobre a tutela e guarda do adotante, e a adoção civil, de maiores de 18 anos, prevista no Código Civil, cabendo também a aplicação do ECA em alguns casos previstos em Lei, como dispõe sobre algumas modalidades de adoção: a unilateral, a conjunta/bilateral, e a póstuma.

A adoção pode ser feita por pessoa, solteira, casada ou em união estável, maior de idade, brasileira ou estrangeira, residente ou não no território nacional, configurando assim também a adoção internacional, por testamento, e a adoção homoparental.

O processo de adoção, apesar de lento e árduo, podendo levar em média cerca de um ano ou mais, é gratuito, devendo ser iniciado na Vara de Infância e Juventude, onde os interessados na adoção deverão levar todos os documentos necessários que serão autuados pelo cartório e depois remetidos ao Ministério Público para análise e prosseguimento do processo, entretanto o promotor de justiça poderá requerer outras documentações.

Após esse procedimento, haverá uma das mais importantes fases do processo, que é a avaliação da equipe interprofissional, na qual serão avaliados os postulantes à adoção por uma

equipe técnica do Poder Judiciário, onde orientarão as partes acerca do processo em si, e será analisado a realidade social do casal, seus motivos para entrarem com o processo, e as expectativas do casal quanto à adoção, afim de que seja verificada as condições para a chegada da criança ou adolescente.

Ademais, ocorrerá posteriormente a participação em programa de preparação para adoção, sendo um requisito legal, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), para aqueles que buscam habilitação no cadastro para adoção, sendo recomendável o contato com crianças e adolescentes em acolhimento familiar ou institucional, sob orientação, supervisão e avaliação técnica.

O curso de preparação psicossocial e jurídica para adoção é obrigatório, e o seu resultado, configurando a certificação de participação em programa de preparação para adoção, será encaminhado ao Ministério Público e ao juiz da Vara de Infância, que após parecer do promotor, o juiz irá proferir decisão podendo deferir ou indeferir o pedido de habilitação à adoção.

Com a validação da habilitação, esta terá validade de 3 (três) anos, podendo ser renovada em igual período, para que não fique inativo do cadastro no sistema, e caso seja indeferido o pedido, poderão entrar novamente com o processo caso queiram, verificando os motivos do indeferimento. Para a conclusão da habilitação, há um prazo máximo de 120 dias, que poderá ser prorrogado em igual período mediante decisão do juiz.

Após todo esse trâmite, são inseridos os dados dos postulantes no sistema nacional de adoção e acolhimento, sendo observado a ordem cronológica da decisão judicial de deferimento. Nessa fase do processo será permitida a aproximação das partes com a criança ou adolescente, como realizar passeios, visitas no abrigo onde mora, para que ambos possam se conhecer melhor.

E por fim, finalizando de forma positiva a aproximação entre as partes, iniciará o estágio de convivência, onde a criança ou o adolescente passa a morar com a família, sendo acompanhados e orientados pela equipe técnica do Poder Judiciário, tendo como prazo máximo de 90 dias, podendo ser prorrogado em igual período. Após o estágio de convivência, poderão os postulantes propor a ação de adoção, que será determinado pelo juiz as condições de adaptação e vinculação socioafetiva da criança ou adolescente e de toda a família, e caso sejam favoráveis as condições, será proferida sentença pelo juiz, determinando uma nova confecção do registro de nascimento com o sobrenome da nova família, passando a ter todos os direitos de um filho legítimo.

2 FAMÍLIA

Para Nader (2016, p. 41) a família é uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física que se irmanam num propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum.

Já Horsth (2008, p.220-242) conceitua família e explana que se há mais de uma pessoa e elas se relacionam com base no amor e respeito, se ajudando e apoiando nas manutenções diárias, superando dificuldades e barreiras, logo são consideradas família.

A autora conclui que após analisar todos os conceitos acerca do que é a nova família estruturada pela Constituição Federal de 1988 e do Código Civil, há uma repetição de que a família atualmente deve ser entendida como um agrupamento de duas ou mais pessoas, de forma estável e franca, com a presença indiscutível do amor e do afeto entre os seus membros, devendo os integrantes dessa família se ajudarem de forma mútua nas dificuldades cotidianas, se respeitarem como indivíduos dignos e únicos, em comunhão de interesses e planos comuns para o futuro.

A resolução de 14 de maio de 2013, dispõe a habilitação, e a celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo:

1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Dessa forma, se duas pessoas de mesmo sexo vivem relação afetiva que reúne os elementos primordiais de afeto, respeito mútuo, assistência mútua, projetos de vida comuns e comunhão de interesses, essa relação não pode ser afastada do conceito e do direito de família pelo simples fato de seus integrantes serem do mesmo sexo (2008, p.232).

A Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988, inseriu um capítulo voltado para a família. Trata-se do Capítulo VII, sob o título: Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso, sendo que os artigos que tratam da família são o 226 até o 230. Definiu a mesma como sendo o fundamento da sociedade. Garantiu-lhe proteção do Estado, independente da forma que se originou a entidade familiar. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, preceitua a referida proteção, visto que o caput menciona que a família, base da sociedade, e em todas as suas formas, tem especial proteção do Estado. Acerca da referida proteção, Venosa (2005, p.20) menciona:

O direito de família disciplina a relação básica entre os cônjuges, se casados, ou entre companheiros, na ausência de núpcias. A sociedade conjugal tem proteção do estado com ou sem casamento, nos termos da nossa Constituição de 1988.

A Família é a base da sociedade, tem especial proteção do Estado, podendo se originar do Casamento, ou da União Estável, conforme o artigo 226, da Constituição Federal de 1988.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º – O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º – O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º – Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º – Entendese, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º – Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e

pela mulher. § 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010). § 7º – Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º – O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Dessa forma, o conceito de família não se limita apenas na celebração do casamento, mas sim na convivência, na relação interpessoal, e na afetividade entre as pessoas, como preceitua:

O conceito de família não mais se identifica pela celebração do patrimônio vislumbrando-se um novo conceito de entidade familiar fundada nos vínculos afetivos. Nesse sentido o enunciado constitucional, ao fazer referência expressa a união estável entre homem e mulher, por óbvio, não reconheceu somente essa convivência como digna da proteção do Estado, sendo tal enunciado meramente exemplificativo. O que existe é uma simples recomendação em transforma-la em casamento. (DIAS, 2009).

O Direito de Família é um ramo do Direito Civil responsável por regular as relações pessoais e patrimoniais decorrentes do matrimônio, da união estável, do parentesco, da tutela e da curatela. Acerca do direito de família, Wald (2004) explanou, que:

O Direito de Família se preocupa com o status ocupado pela pessoa dentro do quadro familiar, defendendo os interesses não apenas do indivíduo, mas também do grupo. Como dependem do status da pessoa, pode tal estado na família ser modificado, ou adquirido, seja por um fato jurídico (nascimento), seja por ato jurídico (adoção, casamento) (2004, p. 6).

2.1 Espécies de Família

A concepção de que a família era tão somente aquela que advinha do casamento mudou com o advento da Constituição Federal. A união estável, que até então não era reconhecida como família, ganhou reconhecimento jurídico e amparo constitucional, gerando assim uma nova espécie de família. Em nosso país, especialmente por influência religiosa, vigorou até a promulgação da constituição federal de 1988, um conceito de família centrado exclusivamente no casamento.

Sendo assim, qualquer outro modo de vida em comum, como na sociedade de fato e a união pela convivência amorosa entre homem e mulher sem as formalidades do casamento, era considerado como uma forma ilegítima de constituição de um vínculo familiar (DIAS, 2009).

Em relação à filiação, a Constituição Federal trouxe algumas mudanças, conforme menciona Ferreira (2003, p. 141):

A nova definição constitucional de família, tornando-a mais inclusiva e com menor número de preconceitos; a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres na sociedade conjugal; a consagração do divórcio; a afirmação do planejamento familiar como livre decisão do casal e a previsão da criação de mecanismos para coibir a violência no interior da família, assim como a afirmação do direito das crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária, o reconhecimento da igualdade de direitos dos filhos havidos ou não da relação do casamento ou por adoção, ficando proibidas as designações discriminatórias relativas à filiação, são as conquistas que mudaram a face da questão familiar na constituição.

Outro ponto importante a ser destacado trata da família monoparental, onde os filhos vivem sob o pátrio poder apenas do pai ou da mãe. Neste sentido, Sechieri (2008, p.02) comenta:

Qualquer que seja a postura adotada pela doutrina, relativamente à previsão constitucional, ficou suficientemente claro que o surgimento da noção de entidade familiar ao lado da família tradicional, ou da família monoparental, abandona o vocabulário moralizador que qualificava situações relativamente atípicas para reconhecer, sem vacilações, a existência de um fenômeno social, uma nova forma familiar com a qual será necessário bom ou malgrado, conviver e legislar daqui para o futuro.

2.2 Princípio da Afetividade no Aspecto Jurídico

A afetividade é a base de tudo para uma família, é o calor afetivo que acaba configurando uma família, não importando se há laço sanguíneo. No entanto, tem diversas formas de se demonstrar este calor afetivo por alguém, tanto como, os olhares, os gestos, as vezes sem a presença de público, e estas manifestações de afetividade não são de formas isoladas, estes gestos de afeto tem comportamentos variados e várias formas de passar o calor de afeto.

Assim, com o objetivo deste estudo e dando-lhe ênfase a tudo explanado, por Pereira (2006, p. 180).

De fato, uma família não deve estar sustentada em razões de dependência econômica mútua, mas, exclusivamente, por se constituir um núcleo afetivo, que se justifica, principalmente, pela solidariedade mútua. [...] o que se conclui é ser o afeto um elemento essencial de todo e qualquer núcleo familiar, inerente a todo e qualquer relacionamento conjugal ou parental.

Deste modo, pode se dizer que a imposição de restrições deve ser justificada pela promoção de outros bens jurídicos de mesma hierarquia, igualmente tutelados pela ordem jurídica. Essa é uma exigência do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, mais especificamente do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

2.3 O princípio do melhor interesse do menor

O princípio do melhor interesse tem como objetivo determinar a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, para solução de conflitos ou mesmo para elaboração de futuras normas.

Considera-se “melhor interesse da criança” aquilo que a Justiça acredita ser o melhor para o menor, e não o que os pais acham que seja. Com o advento da Lei 13.058/2014, a guarda compartilhada em casos de divórcio e dissolução de união estável torna-se a primeira opção para o judiciário.

Nesse diapasão, observa-se o art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Para Andréa Rodrigues Amin, o princípio do melhor interesse deve ser observado com atenção no caso concreto. Vejamos:

Assim, na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do melhor interesse, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens. Ou seja, atenderá o princípio do melhor interesse toda e qualquer decisão que primar pelo resguardo amplo dos direitos fundamentais, sem subjetivismos do intérprete. Melhor interesse não é o que o Julgador entende que é melhor para a criança, mas sim o que objetivamente atende à sua dignidade como criança, aos seus direitos fundamentais em maior grau possível. À guisa de exemplo, vamos pensar em uma criança que está em risco, vivendo pelas ruas de uma grande cidade, dormindo ao relento, consumindo drogas, sujeita a todo tipo de violência. Acolhê-la e retirá-la das ruas, mesmo contra sua vontade imediata, é atender ao princípio do melhor interesse. Com o acolhimento, busca-se assegurar o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao respeito como pessoa, à sua dignidade, a despeito de não se atender, naquele momento, ao seu direito de liberdade de ir, vir e permanecer, onde assim o desejar. Trata-se de mera ponderação de interesses e aplicação do princípio da razoabilidade. Apesar de não conseguir assegurar à criança todos os seus direitos fundamentais, buscou-se a decisão que os assegura em maior número, da forma mais ampla possível.

Dessa forma, a doutrina da proteção integral tem forte relação com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, uma vez que ambos traduzem a ideia de que os aplicadores do direito (advogados, defensores públicos, promotores de justiça e juízes) devem buscar a solução que proporcione o maior benefício para a criança ou adolescente.

3 ADOÇÃO HOMOAFETIVA NO BRASIL

A homossexualidade acompanhou a história da humanidade, onde foi desigualmente interpretada e explicada, sem que, entretanto, jamais fosse aceita, esteve presente, principalmente no meio masculino, sendo eles romanos, egípcios, gregos e assírios, e tornou-se em maior proporção, dentre os gregos, pois, além de relacioná-la à carreira militar, acreditavam que o esperma transmitiria o heroísmo e a nobreza dos grandes guerreiros e religiosa, como os demais.

A adoção por casais homossexuais, na prática se equipara a adoção conjunta, não há impedimentos legais, pois em nenhuma hipótese o Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como o Código Civil, faz menção a orientação sexual do adotando, considerando também que a própria Constituição assegura que não deve em hipótese alguma haver distinção ou preconceito em razão de orientação sexual ou posicionamento religioso entre as pessoas.

No Brasil tem-se a famosa ideia de família tradicional perfeita que acaba estando atrelada ao jurisdicional, especialmente em legisladores e juízes, dificultando ou até mesmo negando outros tipos de adoção, o qual não levam em consideração o bem estar do menor, sendo de extrema importante essa discussão, uma vez que muitos ignoram e não levam a sério como deveria.

Muitas crianças são prejudicadas devido a esse preconceito estrutural presente nos tribunais e Varas da Infância e Juventude em relação a adoção homoafetiva. Uma família não existe e é formada apenas pela existência de laços sanguíneos, na realidade uma família é construída com o tempo, através de um contínuo convívio, na qual forma um vínculo inseparável de amor e afeto, e seus integrantes não precisam ter o mesmo sangue.

Hoje em dia há inúmeras crianças e adolescentes em abrigos precisando de um lar, passando por um processo árduo e lento a espera de que um dia seja adotado por uma família, enquanto há possibilidade de adoção homoafetiva. Esses trâmites são extremamente desgastantes para aqueles que pretendem adotar, dessa forma existem casais que após anos de espera e luta para conseguirem concretizar uma adoção, acabam desistindo durante o processo, ou até mesmo antes de iniciá-lo, o que com um processo de adoção célere não ocorreriam tantas desistências, sendo benéfico tanto para essas crianças quanto para casais que desejam constituir uma família.

É importante salientar o quanto é desvantajoso para as crianças ficarem em lares temporários em vez de estarem com família, ganhando suporte educacional, emocional, e entre outros, enquanto isso, existem milhares de crianças no sistema de adoção precisando e esperando um lar, uma criança que está há anos esperando por uma adoção não necessita ou precisa de uma família que seria considerada tradicional, aquela formada por um homem e uma mulher, e sim de uma família que o acolha, lhe dê amor, carinho, afeto e possa prover suas necessidades.

3.1 Jurisprudência e o direito de adoção

O Supremo Tribunal Federal atendeu a necessidade de um entendimento para esse problema e tema de muita importância, reconhecendo a igualdade de direitos e deveres em todas as entidades familiares existentes:

[...] o Colendo Supremo Tribunal Federal já reconheceu a igualdade e isonomia de tratamento entre todas as entidades familiares, sejam elas heteroafetivas ou homoafetivas, atribuindo-lhes igualdade de direitos e deveres (julgamento conjunto da ADPF nº 132 e da ADI nº 4.277).

Portanto, não havendo vedação pela lei muitos pedidos de adoção requeridos por casais homossexuais são deferidos, havendo também o reconhecimento da relação homoafetiva como entidade familiar, e desta forma, já houve o reconhecimento pelos Tribunais a união estável homoafetiva, uma vez que se possuem um lar, e um ambiente familiar bem estruturado, podendo oferecer uma boa criação, com carinho e afeto a criança ou ao adolescente, não há o que impedir uma adoção para essas famílias.

Assim, qualquer pessoa pode ser adotada, exigindo-se previamente o consentimento dos pais ou dos representantes legais, de quem se deseja adotar, e da concordância deste, se contar mais de doze anos. Mas a lei dispensa o consentimento em relação à criança ou ao adolescente, quando forem os seus pais desconhecidos, desaparecidos ou tenham eles sido destituídos do poder familiar sem que haja nomeação de tutor, ou ainda, quando comprovadamente tratar-se de infante exposto, ou órfão que há mais de um ano não tenha sido procurado por qualquer parente. Deste modo pode se dizer que o consentimento é revogável, podendo arrepender-se quem o prestou, desde que o faça até a publicação (e não intimação, veiculando-a na Imprensa Oficial) da sentença constitutiva da adoção (RIBEIRO, 2004, p. 76).

À vista disso, afirma Bezerra (2011) que a doutrina que se mantém favorável à adoção de menores por homossexuais, afirma que o sucesso da colocação da criança e do adolescente em família adotiva, está ligado ao ambiente familiar e não à orientação sexual dos adotantes, que, por serem homossexuais, não perdem os sentimentos de paternidade e maternidade e não acarretam, aos adotados, prejuízos ao seu desenvolvimento psicológico.

Assim como ressalta Dias (2009, p.214) que:

Não há proibição acerca da adoção por casais do mesmo sexo, pois a faculdade de adotar é tanto do homem quanto da mulher e ambos em conjunto ou isoladamente, independentemente do estado civil. Não importando a orientação sexual do mesmo, devendo ter em vista sempre o bem-estar da criança e do adolescente. Não se deve. Justificar a adoção de uma criança e adolescente tendo em vista a orientação sexual dos adotantes, pois o princípio da igualdade veda a discriminação por orientação sexual, e sim observar sempre o bem-estar e melhor interesse da criança. (Dias, 2009, p.214).

5 CONCLUSÃO

O trabalho abordou que a adoção é um tema de profunda relevância social, uma vez que traz consigo questões como o preconceito, problemas jurídicos, a concepção familiar e entre outros. A concepção jurídica de adoção é entendida como a inclusão de uma criança ou adolescente em um ambiente familiar de forma definitiva, havendo vínculo jurídico, conforme as leis.

Ademais, observou-se que muito embora ainda de forma lenta, e sem provisão legal, a jurisprudência vem levantando e garantindo, conforme os princípios fundamentais os direitos inerentes a família homoafetiva, e dessa forma, aproximando o Poder Judiciário da efetiva aplicação da Justiça e suprimindo a falta de legislação brasileira acerca desse tema tão presente no dia a dia do povo brasileiro.

Além do mais, conclui-se que o papel do Estado e do Direito é garantir o respeito a diversidade, prezando pela igualdade, e contribuindo na superação dos obstáculos sociais, como a discriminação e o preconceito, como já abordado, no qual se fazem presentes, quando falado sobre a entidade familiar das relações homoafetivas, havendo discriminação na ideia de que um ambiente familiar saudável depende da orientação sexual dos adotantes, sem levar em consideração todo o amor, carinho, afeto, assistência, educação que podem proporcionar, igualmente, a uma criança ou a um adolescente.

Há de se levar em consideração a evolução do Direito de Família com o processo evolutivo do direito à adoção, dessa forma, os casais homossexuais estão sujeitos aos mesmos direitos e obrigações de um casal heterossexual, não havendo mais diferenças, do ponto de visto jurídico, entre os casais heteroafetivos e os homoafetivos que desejam adotar.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal reconhece a união homoafetiva como um núcleo familiar como qualquer outro e, além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente autoriza a adoção por uma única pessoa, sem fazer qualquer restrição quanto a sua orientação sexual. Nesse sentido, atualmente, é possível que os casais do mesmo sexo possam adotar um bebê da mesma maneira e em iguais condições que um casal hétero, desde que comprovem o preenchimento de todos os requisitos previstos pela lei.

6 REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Regina. **Conheça o processo de adoção no Brasil**. Disponível em: <https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/100121631/conheca-o-processo-de-adocao-no-brasil>. Acesso em 22 de novembro de 2022.

BARBOSA, Joaquim. **Resolução Nº 175 de 14/05/2013**, artigo 1º. DJE/CNJ nº 89/2013, de 15/05/2013, p. 2.

BEZERRA, Matheus Ferreira. **AS UNIÕES HOMOAFETIVAS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS: uma análise sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**. RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ, [S.I.], n. 27, p. 98-120, jun. 2015.

ISSN 2236-3475. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/4974/12539>>. Acesso em: 05 nov. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 227, §6º. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 41. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul.

BURGO, Emily. **Adoção Homoafetiva e seu tratamento desigual**. Disponível em: <https://emilivguedes.jusbrasil.com.br/artigos/1324761028/adocao-homoafetiva>. Acesso em 22/10/2022.

CAMPOS, Daniela, OLIVEIRA, Ana Aparecida, SANTANA, Raquel. **Adoção Homoafetiva e os Desafios da Nova Concepção Familiar**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1279/Ado%C3%A7%C3%A3o+Homoafetiva+e+os+Desafios+da+Nova+Concep%C3%A7%C3%A3o+Familiar+#:~:text=N%C3%A3o%20h%C3%A1%20proibi%C3%A7%C3%A3o%20acerca%20da,da%20crian%C3%A7a%20e%20do%20adolescente>. Acesso em 09 de junho de 2022.

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

Corregedoria Nacional de Justiça. **Como adotar uma criança no Brasil: passo a passo**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/adocao/passo-a-passo-da-adocao/#:~:text=O%20processo%20de%20ado%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A9,a%20crian%C3%A7a%20a%20ser%20acolhida>. Acesso em 22 de novembro de 2022.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5. Direito de Família. 25ª ed. São Paulo: Ed Saraiva, 2010.

ECA-Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069 de 1.990. Brasília, DF. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 de julho de 1.990, retificado em 27 de setembro de 1990.

HORSTH, Lidiane Duarte. **Unões homoafetivas – uma nova modalidade de família?** De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, nº 9, p. 220-242, jul./dez. 2007.

JUNIOR, Marcos Vinícius. **ADOÇÃO: Seu contexto histórico, visão geral e as mudanças trazidas pelo Novo Código Civil**. Disponível em: <https://prolegis.com.br/ado%C3%A7%C3%A3o-seu-contexto-hist%C3%B3rico-vis%C3%A3o-geral-e-as-mudan%C3%A7as-trazidas-pelo-novo-c%C3%B3digo-civil/>. Acesso em 02 de junho de 2022.

MORAES, Rosalina. **Adoção no Brasil.** Disponível em: <https://www.infoescola.com/sociologia/adocao-no-brasil/>. Acesso em 06 de junho de 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

QUEIROZ, Graciel. **Adoção por Casais Homoafetivos: A Posição da Doutrina e do Judiciário no Brasil e no Direito Comparado.** Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/19573/adocao-por-casaishomoafetivos-a-posicao-da-doutrina-e-do-judiciario-no-brasil-e-no-direito-comparado>. Acesso em 09 de junho de 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Juizado Regional da Infância e da Juventude de Pelotas. Sentença no processo n.º 022/5.11.0000264-0. 02 de junho de 2011. Juíza Nilda Staniek. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso 05 de novembro de 2022.

SILVA, Lucas. **Adoção Homoafetiva: Surgimento de uma nova família.** Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/736/1/Monografia%20Lucas%20Montalv%C3%A3o.pdf>. Acesso em 14 de abril de 2022.

SILVA, Marcio Cesar Jorge da. LENCI, Juliana. **Adoção por casal homoafetivo.** Disponível em: <https://www.repositoriodigital.univag.com.br/index.php/rep/article/view/161>. Acesso em 29 de outubro de 2022.

TEIXEIRA, Bianca. **Adoção conforme o ECA.** Disponível em: <https://biancasouzateixeira22.jusbrasil.com.br/artigos/641578573/adocao-conforme-o-eca#:~:text=O%20ECA%2C%20no%20seu%20art,%2C%20salvo%20os%20impedimentos%20matrmoniais.%E2%80%9D>. Acesso em 09 de junho de 2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Vol. VI - Direito de Família.** 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO CIVIL POR DÉBITO ALIMENTAR E OS MEIOS EXECUTÓRIOS ALTERNATIVOS

CARLOS CRISTIANO DE SOUSA RÊGO:

Graduando do Curso de Direito do Centro
Universitário Fametro - Manaus/AM

RESUMO: A prestação alimentar é uma obrigação imposta pela lei diante das circunstâncias existente entre as relações familiares. Pode ser exigida entre pais e filhos e até entre ex-cônjuges. Em muitos casos, quando não há o adimplemento da prestação alimentícia, gera-se a subsunção da legalidade da prisão civil por débito alimentar sendo um dos casos de ingresso ao sistema prisional, por execução da dívida. Este estudo possui como objetivo geral analisar os fundamentos da prisão civil por débito alimentar e os meios executórios alternativos. Para tal, usou-se da metodologia da pesquisa bibliográfica, de natureza qualitativa e método de abordagem dedutivo, por meio da técnica de pesquisa da documentação indireta e documentação oficial. Obteve-se como resultado que a prisão civil por débito alimentar não gera uma eficácia absoluta e sim mais um empecilho de o devedor garantir e procurar outros meios de pagar esses alimentos, causando assim, vários ciclos de prisões sem eficácia.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão Civil. Débito Alimentar. Ineficácia. Meios alternativos.

ABSTRACT: Maintenance is an obligation imposed by law in light of the circumstances existing between family relationships. It can be required between parents and children and even between ex-spouses. In many cases, when there is no payment of alimony, the subsumption of the legality of the civil prison for food debt is generated, being one of the cases of entry to the prison system, by debt execution. This study has as general objective to analyze the foundations of civil prison for food debt and alternative enforcement means. To this end, we used the methodology of bibliographic research, of a qualitative nature and deductive approach method, through the technique of research of indirect documentation and official documentation. As a result, the civil prison for food debt does not generate absolute effectiveness, but rather an obstacle for the debtor to guarantee and seek other means of paying for this food, thus causing several cycles of ineffective prisons.

KEY-WORDS: Civil Prison. Food Debt. Ineffectiveness. Alternative means.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Prisão Civil Por Débito Alimentar: Dos Alimentos, Processo de Execução Alimentar, Fundamentos Legais e Aspectos Atualizados; 3. Os Meios Executórios Alternativos do Débito Alimentar no Brasil; 4. Análise dos Impactos e Prejuízos Trazidos Pela Prisão Civil Por Débito Alimentar ao Alimentante; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A prestação alimentar é um dever imposto ao alimentante, aquele que tem a obrigação de arcar com o alimento, levando em consideração o binômio necessidade-adequação. O direito a pensão alimentícia se oriunda do suprimento das necessidades básicas de sobrevivência e de

manutenção a vida. Comumente discutida, mediante os casos da seara de família, a prestação alimentar se tornou um problema mediante o uso de execução por meio da prisão civil.

Constitucionalmente prevista, a prisão civil por débito alimentar, tornou-se uma das causas de ingresso ao sistema prisional, haja vista que em muitos casos, o alimentante inadimplente não consegue arcar com o débito e o alimentando, por sua vez, acaba por executar essa dívida, por meio do uso da prisão civil. Esta prisão caracteriza-se pelo inadimplemento de três meses anteriores ao processo judicial de cobrança de pensão alimentícia.

Com isso, a prisão civil por débito alimentar passa a ser a medida judicial que visa impelir o alimentante a pagar com a dívida oriunda da sua obrigação de prestação de alimentos ao alimentante, que pode ser filho, companheiro ou até ex-cônjuge. Assim, indaga-se: a prisão civil por débito alimentar garante a uma eficácia absoluta e positiva?

Para isso, este estudo tem como objetivo geral analisar os fundamentos da prisão civil por débito alimentar e os meios executórios alternativos. Também possui como objetivos específicos: demonstrar quais os fundamentos que regem a prisão civil por débito alimentar e os meios executórios alternativos para concretizar essa efetivação; verificar outras possibilidades para uma melhor efetivação de execução desses alimentos e explicar que o atual uso da prisão civil causa certos prejuízos e atrasos na prestação do pagamento dos alimentos atrasados por parte do alimentante, mas que esse quadro pode ser modificado e resultar a uma melhora da matéria jurídica.

Diante disso, usou-se como metodologia, a pesquisa bibliográfica, de natureza qualitativa e método de abordagem dedutivo, por meio da técnica de pesquisa da documentação indireta – com observação sistemática, abrangendo a pesquisa bibliográfica de fontes primárias e secundárias (doutrinas em geral, artigos científicos, dissertações de mestrado, teses de doutorado etc.), além de documentação oficial (projetos de lei, mensagem, leis, decretos, súmulas, acórdãos, decisões etc.).

Mediante os pressupostos teóricos que fundamenta esta pesquisa, este estudo persegue a hipótese de que a prisão civil por débito alimentar não gera uma eficácia absoluta e sim mais um empecilho de o devedor garantir e procurar outros meios de pagar esses alimentos, causando assim, vários ciclos de prisões sem eficácia e até contínuos.

A relevância social do problema a ser investigado está vinculada a exata compreensão constitucional da garantia e proteção dos alimentos para as crianças e adolescentes dependentes desta prestação. E a partir disso foi adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, a prisão civil por débito alimentar, um dos meios executório utilizado quando não é cumprida a obrigação de prestar alimentos, posta por meio de um processo com sentença transitada em julgado, e é notável de diversas falhas em relação a sua finalidade, que seria de solucionar o problema.

Desta forma, este estudo pretende trazer outros meios que possam ajudar na melhoria da aplicação desse meio executório, buscando que a sua real finalidade seja revisada, e passe a ser mais concreta e eficaz, onde não haja tanta frustração para o alimentado.

O tema já está consolidado na doutrina e na jurisprudência, que, de modo, se trata de matéria relacionada ao direito civil, no qual vigoram os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, onde estão intimamente ligados aos alimentos e a sua devida prestação, visto que assegura um direito garantido por meio de uma sentença transitada em julgado as crianças e aos adolescentes. Logo, a prisão civil é vista como um meio executório eficaz, porém, na prática, o que de fato se analisa é mais um empecilho do devedor prestar os alimentos.

Para demonstração do aporte teórico fundamental desse estudo, utilizaram-se três itens cujos títulos são: 1. Prisão civil por débito alimentar: dos alimentos, processo de execução alimentar: Fundamentos legais e aspectos atualizados; 2. Os meios executórios alternativos de o débito alimentar no Brasil; 3. Análise dos impactos e prejuízos trazidos pela prisão civil por débito alimentar ao alimentante.

No primeiro item, abordou-se a prisão civil por débito alimentar, demonstrando seu conceito, sua fundamentação constitucional, a conceituação de pensão alimentícia, prestação de alimentos e sua previsão no ordenamento jurídico brasileiro, precisamente no Código Civil de 2002, por meio de uma abordagem atualizada e doutrinária que se encaixem ao tema abordado.

No segundo item, apresentou-se o processo de prisão civil por débito alimentar e os meios executórios alternativos à prisão existente no ordenamento jurídico pátrio, observando as necessidades do alimentado e a adequação de valores ao alimentante. Isto por meio da revisão de literatura e jurisprudências que demonstrem a eficácia dos meios executórios alternativos à prisão civil.

Por fim, no terceiro item, demonstrou-se por meio da análise jurídica dos impactos e prejuízos trazidos com o uso da prisão civil por débito alimentar sob a ótica dos direitos humanos e o binômio jurídico necessidade-adequação. Ao final, resta respondida a pergunta do problema levantado e a confirmação da hipótese de que a prisão civil por débito alimentar é um meio ineficaz de execução dos alimentos devidos, impossibilitando o alimentante a solucionar a problemática.

2. PRISÃO CIVIL POR DÉBITO ALIMENTAR: DOS ALIMENTOS, PROCESSO DE EXECUÇÃO ALIMENTAR, FUNDAMENTOS LEGAIS E ASPECTOS ATUALIZADOS

A sociedade é formada pelo conjunto de famílias que nela habita. Isso significa dizer que a família, na concepção de sua palavra, é o primeiro núcleo social que o indivíduo está inserido e por meio dela passa a aprender mutuamente. Em meio à aprendizagem constante e evoluída das relações sociais, tem-se que o sistema normativo capaz de produzir imposições legais a todos que estão em convivência, a fim de garantir direitos.

Nesta perspectiva, a família ocupa um lugar de destaque na Constituição Federal de 1988, a qual cria um sistema de direitos e deveres que regem as relações familiares e se perpetua em

todo o ordenamento jurídico. Para que a todos os indivíduos que integram o núcleo familiar tenham seus direitos assegurados. Nesse sentido, afirma Farias e Rosendal (2010, p. 664):

O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora. Abandona-se, como visto, um caráter institucionalista, matrimonializado, para compreender a família como verdadeiro instrumento da proteção da pessoa humana que a compõe. Ou seja, a proteção ao núcleo familiar deverá estar atrelada, necessariamente, à tutela da pessoa humana, através dos (democráticos) princípios gerais da Carta Magna.

A família e todas as suas nuances são alvo de proteção integral e assistencial da Constituição Federal e ainda, sob a ótica dos Direitos Humanos, passa a estar envolta no princípio da solidariedade familiar. Neste sentido, os alimentos passam a ser também uma imposição legal cujo interesse maior é a proteção da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da sociedade brasileira, elencado na Constituição Federal.

O ser humano, enquanto indivíduo dotado de direitos e deveres, necessita de uma subsistência digna, a qual a capacidade de ser garantida, é através do trabalho, para então colher o necessário para se manter. Ocorre que nem sempre todos possuem condições de se sustentar, surgindo à necessidade de prestação dessa manutenção por terceiros, principalmente oriunda da família. Assevera Farias e Rosendal (2010, p. 664):

Aplicando o princípio vetor constitucional no âmbito alimentar resulta que os alimentos tendem a proporcionar uma vida de acordo com a dignidade de quem recebe (alimentando) e de quem os presta (alimentante), pois nenhuma delas é superior, nem inferior. Ou seja, a obrigação alimentar é, sem dúvida, expressão da solidariedade social e familiar (enraizada em sentimentos humanitários) constitucionalmente impostas como diretriz da nossa ordem jurídica.

Logo, essa prestação solidária de alimentos engloba características além do simples ato de prestar alimentos. É de suma importância levar em consideração a expressão “alimentos” no plural, tendo em vista que possui um conjunto de recursos necessários para o sustento, como exemplo: a habitação, o vestuário, a assistência médica, e, caso o alimentando seja menor de idade, auxílio para sua educação e instrução, dentre outros.

Neste sentido, há vários tipos de alimentos que precisam ser citados: os alimentos provisionais, os provisórios, os definitivos, os gravídicos e os conjugais (CABRAL, 2021, p.10). Os alimentos provisionais serão devidos em casos de filhos não reconhecidos, mesmo sem o registro do nome do alimentante na certidão de nascimento, o que constitui, inclusive, prova pré-constituída da obrigação alimentar.

Por sua vez, os alimentos provisórios são exigidos, provisoriamente, por meio de ação judicial de alimentos quando há a relação de parentesco entre as partes e há a necessidade de suprimento alimentar cuja natureza é civil e esse direito se torna irrenunciável. Já os alimentos definitivos advêm do resultado da ação judicial de alimentos, em que os alimentos provisórios passam a ser definitivos, sendo capaz de suportar a relação entre as possibilidades do alimentante e as necessidades do alimentando, dentro de suas proporções.

Os alimentos gravídicos estão dispostos na Lei nº 11.804/08, o qual se visa garantir a proteção da mulher grávida para que esta venha ter um cuidado e manutenção digna e saudável durante a sua gestação, com o objetivo de proteger o nascituro. Neste caso não há o reconhecimento necessário de paternidade, pois a simples dúvida já é causa que obriga a fixação de pensão.

Já os alimentos conjugais possuem sua origem no matrimônio cuja relação exige a prestação assistencial – moral ou financeira -, ou seja, uma das partes litigantes em uma ação de divórcio é desprovida de recursos, sendo necessário que a outra lhe dê a assistência devida, por imposição legal contida no artigo 1.702 do Código Civil de 2002.

Assim, surge a possibilidade legal de cobrança desses alimentos, por meio da execução. É diante do direito constitucional à vida digna que os alimentos são expressos como bens, podendo ser cobrados por meio de ações judiciais de execução e até permitido que se fundamentem prisões cíveis oriundas desse débito, conforme previsão na constituição.

A Constituição Federal de 1988 em seu Art. 5º, inciso LXVII, permite apenas dois tipos de prisão civil: a do Depositário Infiel e o da dívida por Débito Alimentar. Porém, o Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil, afasta o caso da prisão civil do depositário infiel, passando apenas a vigorar no país a hipótese da prisão civil em razão do débito alimentar. Diante disso, nas palavras de Fredie Didier Jr. (2017, p.126) tem-se que:

A única hipótese em que o ordenamento brasileiro admite a prisão civil como medida coercitiva típica é a do devedor de alimentos. Ainda assim, o seu cabimento é restrito: o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo (art. 528, § 7º, CPC).

A prisão civil por dívida é um ato que promove o constrangimento pessoal do inadimplente, previsto em lei, por meio da segregação do devedor, com o objetivo de forçar que este cumpra com as suas obrigações e deveres. Não possui um caráter penalizador, pois parte da premissa do inadimplemento de alimentos como um meio compulsório de execução que incidem eminentemente em patrimônios. Pinto (2017, p. 38-43) afirma que

A prisão civil é um modo de execução com fins econômicos, em que prende o executado não para puni-lo, como se criminoso fosse, mas para forçá-lo indiretamente a pagar, supondo-se que tenha meios de cumprir a obrigação e queira evitar sua prisão. (...) embora os fundamentos da prisão

civil e penal sejam efetivamente distintos, os efeitos da prisão são os mesmos, a tomada do corpo do indivíduo é a mesma, o objetivo é o mesmo, ou seja, a restrição da liberdade do cidadão, sem falar no estigma que qualquer prisão provoca, independentemente de sua natureza, pois todos serão “ex-presidiários”. É correto, necessário e adequado enjaular, nessa situação indigna, uma pessoa que deve dinheiro? Com absoluta convicção, não. Até porque esse cidadão, preso civil, em regra nunca teve contato com o mundo do crime, e tem todas as possibilidades de se transformar em uma pessoa facilmente cooptável, já que permanecerá trancafiado naquela escola do crime por trinta ou sessenta dias.

Com isso, começa-se a ter discussões acerca da eficácia da prisão civil por débito alimentar. Além da Constituição Federal, há outras leis como o Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015) e a Lei de Alimentos (Lei n. 5.478, de 25 de dezembro de 1968, art. 19) regulamentam matéria sobre a prisão civil do devedor de alimentos.

Passando, assim, a análise jurídica do processo de execução alimentar. A execução por débito alimentar é classificada no direito processual civil como uma modalidade de execução por quantia certa onde se tem duas partes litigantes – o devedor solvente e o credor -, perfazendo o uso especial da tramitação em razão a sua natureza e relevância na prestação a ser efetivada.

No ordenamento jurídico civil, há a previsão no Código de Processo Civil de 2015 a existência de quatro diferentes meios de execução de a prestação alimentar: 1. O desconto em folha; 2. A expropriação; 3. A coerção indireta com uso do protesto do pronunciamento judicial cuja determinação por ser feita de ofício pelo juiz; 4. A prisão civil por débito alimentar.

Não há uma ordem para a aplicação desses meios de cobrança, estando a critério do julgador como usá-las. Porém, o meio utilizado deve ser escolhido se observando duas circunstâncias essenciais: “a idoneidade e a aptidão para conferir uma tutela efetiva ao credor;” e “a menor onerosidade para o devedor (CPC, art. 805) (DIDIER JR., 2017, pág. 736).

Neste sentido, durante o curso do processo de execução de alimentos, o devedor passa a ser intimado, após a sua condenação por pensão alimentícia, a pagar, provar que pagou ou justificar porque não o fez no prazo de três dias. Feito o pagamento, o juiz prolata a sentença extinguindo a execução da cobrança, por liquidação do pedido.

Não confirmado o pagamento, abre-se o prazo para a apresentação de defesa por parte do executado, o qual pode alegar em sede de defesa que pagou a dívida – o que gera fato impeditivo à execução – ou a apresentação das causas de impossibilidade absoluta de pagar – o que gera abertura para a aplicação de diversos meios alternativos a execução ou a prisão civil, seguindo o rito do artigo 528, §2º do Código de Processo Civil de 2015.

Assim, a prisão civil por débito alimentar não é a única forma de execução da dívida oriunda da pensão alimentícia, sendo possível verificar a existência de outros meios que podem ser

aplicados ao caso concreto como meio alternativo a prisão, possibilitando ao devedor outras formas de satisfazer a pretensão do credor, no caso o alimentando.

Logo, não se deve ter em mente que a prisão civil por débito alimentar é a única forma de execução ofertada ao credor de pensão alimentícia. Há outros meios, que além de satisfazer de forma mais rápida e eficaz, é ainda, uma solução para que não se tenha mais atrasos na execução e, principalmente, que se respeite o binômio jurídico da adequação-necessidade.

3. OS MEIOS EXECUTÓRIOS ALTERNATIVOS DO DÉBITO ALIMENTAR NO BRASIL

O dever de prestar alimentos funda-se na solidariedade humana, uns dos princípios que regem as relações no Direito de Família, os membros da família ou seus parentes devem ser solidários entre si. Há o dever mútuo de assegurar o direito a uma vida digna, sendo imposto pela lei que àqueles que não possuem condição de se auto prover, recebam ajuda de outros, principalmente de seus familiares.

Devida tal importância no ordenamento jurídico, há um tratamento prioritário e especial na cobrança de débitos oriundos de pensão alimentícia. Há no Código de Processo Civil de 2015 quatro diferentes meios de cobrança: O desconto em folha; a expropriação; a coerção indireta com uso do protesto do pronunciamento judicial e a prisão civil por débito alimentar. Complementa Gonçalves (2019, p. 558):

Para garantir o direito a pensão alimentícia e o adimplemento da obrigação dispõem o credor dos seguintes meios: a) ação de alimentos, para reclamá-los (Lei n. 5. 478/68); b) execução por quantia certa (CPC/2015, arts. 528, §3º e 913); c) penhora em vencimento de magistrados, professores e funcionários públicos, soldo de militares e salários em geral, inclusive subsídios de parlamentares (CPC/2015, art. 833, IV); d) desconto em folha de pagamento da pessoa obrigada (CPC/2015, arts. 529 e 912); e) entrega ao cônjuge, mensalmente, para assegurar o pagamento de alimentos provisórios (Lei n. 5478/68, art. 4º, parágrafo único), de parte da renda líquida dos bens comuns, administrados pelo devedor, se o regime de casamento for o da comunhão universal de bens; f) constituição de garantia real ou fidejussória e de usufruto (Lei n. 6.515/77, art. 21); g) prisão do devedor (Lei n. 5478/68, art. 21; CPC/2015, arts. 528, §3º e 911).

Com esse leque de meios para a execução da pensão alimentícia, o Código de Processo Civil de 2015 sustenta que o processo de execução deve estar de acordo com os princípios de efetividade e da menor onerosidade do devedor, levando em conta estes princípios, a execução deverá ser realizada de forma que a prestação não cause grave prejuízo ao devedor e, ainda, se garanta a execução.

Por ser tratar de alimentos, tema envolto aos Direitos Humanos em que se visa a subsistência humana, o débito precisa ser sanado, de forma rápida e eficaz. Isso significa dizer não se podem ter empecilhos na execução da dívida alimentar por se tratar de um recurso financeiro

que provêm a sobrevivência por meio de alimentos, vestuários, materiais entre outros, os quais são os itens necessários para a vida digna que deve ser proporcionada ao alimentante.

Assim, a prisão civil começou a ser entendida como a última possibilidade a ser aplicada no caso de execução de alimentos, sendo proibida a sua decretação antes que sejam aplicados outros meios executórios que teoricamente possuem eficácias. Faz-se necessário que os outros meios possíveis de execução passem a ser usados para que ao final se use a prisão civil. Assevera Gonçalves (2019, p. 571) acerca da prisão civil:

Em razão da gravidade da execução da dívida alimentar por coerção pessoal, a Constituição Federal condiciona a sua aplicabilidade à voluntariedade e inescusabilidade do devedor em satisfazer a obrigação (art. 5º, LXVII). A aludida limitação está a recomendar uma perquirição mais ampla do elemento subjetivo identificado na conduta do inadimplente, com possibilidade assim de se proceder às investigações necessárias, ainda que de ofício, sem vinculação à iniciativa probatória das partes. Assim, a falta de pagamento da pensão alimentícia não justifica, por si, a prisão do devedor, medida excepcional, que somente deve ser empregada em casos extremos de contumácia, obstinação, teimosia, rebeldia do devedor que, embora possua os meios necessários para saldar a dívida, procura por todos os meios protelar o pagamento judicialmente homologado.

Diante disso, a prisão civil do devedor alimentar gera várias discussões acerca do tema. Como exemplo, o de um trabalhador autônomo, que possui um trabalho avulso sem qualquer subordinação, venha a ser preso por não pagar os alimentos, estará colocando-o em uma situação que não poderá mais auferir recursos para cumprir as suas obrigações.

O que além de restringir a sua liberdade, o prejudica na busca por recursos para sanar com tal dívida. Outras medidas e outras possibilidades que podem ser adotadas além da prisão, que geram também uma eficácia positiva, seria a criação cadastral de todos os devedores de alimentos, no âmbito nacional, cumulativamente com a inscrição no SERASA, SPC, CADIN, gerando a estes sérias perturbações financeiras.

Pode-se falar também, no levantamento por meio judicial do FGTS do inadimplente de alimentos, com a finalidade de quitação do débito com o alimentado. Há ainda alternativas no ordenamento jurídico brasileiro, que buscam o adimplemento antes de ser decretada a prisão, é o caso, do desconto em folha de pagamento caso o devedor esteja trabalhando de carteira assinada em determinada empresa ou órgão, onde já é descontado diretamente o valor da parcela, impossibilitando o seu débito. Fredie Didier Jr. (2018, p. 736) aponta:

Estão previstos no Código de Processo Civil de 2015 quatro diferentes meios de execução da prestação alimentícia: a) o desconto em folha (art. 529); b) a expropriação (arts. 528, §§8º e 9º, 523, SS., 530 e 811, SS.); e c) a coerção indireta, com uso do protesto do pronunciamento judicial (arts.

528, §1º c/c 517), que pode ser determinado ex officio, e da prisão civil (art. 528, caput e §§3º-7º), que depende de requerimento do exeqüente. O art. 533, CPC, assegura o adimplemento dos alimentos indenizativos, prevendo a constituição de um capital representado por títulos de dívida pública, aplicações financeiras, imóveis ou diretas reais sobre imóveis susceptíveis de alienação, o que poderá ser substituído por prestação em folha de pagamento ou caução real ou fidejussória. Trata-se de garantia do crédito alimentar e, não de novo meio executório.

Os meios alternativos executórios são as formas de condução do pagamento da dívida por pensão alimentícia cuja eficácia se demonstra na possibilidade de arcar com tal débito sem que a liberdade do devedor seja cerceada. Inicialmente, o desconto em folha salarial, primeiro meio executório alternativo a prisão, está previsto no art. 529 do CPC/2015, o qual prevê o desconto do valor referente à dívida diretamente dos valores percebidos como salário do devedor empregado e sujeito a legislação trabalhista ou ainda funcionário publico ou militar.

Já a expropriação é aplicada quando há a prestação de pagamento por quantia certa, em cumprimento definitivo de sentença. Trata-se de uma ação de cobrança que pode se utilizar da penhora como meio para resgatar o valor devido. O devedor, neste meio executório, é citado para fazer o pagamento em três dias e em caso de negativa, o oficial de justiça pode proceder a penhora no limite da dívida nos bens do devedor. Também é possível a realização de penhora em dinheiro.

A coerção indireta é realizada com o uso do protesto do pronunciamento judicial do devedor. Neste meio, o devedor condenado ao pagamento da pensão alimentícia é intimado pessoalmente para que no prazo de três dias passe a realizar o pagamento, prove que pagou ou justifique o motivo porque não o fez, sob pena do protesto do pronunciamento judicial em cartórios, o que acarreta em transtornos comerciais e para estabulação de negócios jurídicos que venha a ter.

Também é possível a inserção do nome do devedor nos cadastros de inadimplentes, nos termos do artigo 782 do Código de Processo Civil de 2015, o qual prever que os executados poderão ter seus nomes inscritos nos cadastros de serviço de proteção ao crédito. Isso significa dizer que essa inscrição nos cadastros de inadimplentes acarretará problemas no momento em que se tentar fazer alguma compra ou solicitar a aprovação de algum benefício de crédito.

Portanto, há o necessário comentário acerca da execução dos alimentos indenizativos por meio da constituição de renda, nos moldes do artigo 533 do Código de Processo Civil de 2015. Logo, após a prolação da sentença definitiva da prestação alimentícia indenizativa, o juiz condena o executado à criação de um fundo ou capital que possa assegurar o cumprimento da obrigação. Sobre isso afirma Didier Jr., (2018, p. 751-752):

O capital poderá ser representado por um imóvel, direitos reais sobre imóveis susceptíveis de alienação, aplicação financeira em banco oficial ou título de dívida pública (CPC, art. 533, §1º), que permanecerão sob domínio do executado, apesar de se tornarem inalienáveis e impenhoráveis para demais credores (salvo os de prestação alimentícia), além de constitui-se

em patrimônio de afetação. A ideia é que os frutos do capital sirvam para o pagamento da dívida. Por isso, deve ser fixado na quantia o bastante para originar rendimentos no valor de uma pensão mensal. O art. 533, §2º, do CPC, admite, contudo, a substituição do capital pela “inclusão do exequente em folha de pagamento de pessoa jurídica de notória capacidade econômica, ou, a requerimento do executado, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz.

Com esses meios executórios alternativos a prisão, é possível visualizar que o legislador processualista civil dispôs no ordenamento jurídico nacional forma de se evitar a prisão civil, sendo necessária seu uso apenas como última alternativa. Além disso, no tocante ao tempo para pagamento e satisfação da pretensão do credor, esses meios alternativos de execução possuem total preferência e tramitação processual prioritária. Assegura Didier (2018, p. 751) que:

O art. 100 da Constituição Federal estabelece a preferência do crédito alimentar sobre todos os outros na execução contra a Fazenda Pública, ainda que seja de dívida de pequeno valor. Em uma interpretação sistemática e conforme a Constituição, impõe-se posicional o crédito alimentar em primeiro lugar, preferindo a outras prelações materiais e aquele credor quirografário titular de penhora anterior.

Assim, o crédito alimentar tem prioridade sobre todos os demais créditos executáveis. Todavia, independentemente do meio executivo utilizado pelo credor na cobrança, deve-se utilizar sempre como filtro de uso o binômio jurídica da necessidade do credor e a adequação do devedor. Não se pode minimizar as chances de prestação da dívida para o devedor, visando apenas a satisfação do credor diante do único uso de suas prioridades.

Não há uma ordem legal de preferência do uso dos meios executórios, incluindo o uso da pensão alimentícia. Mas, além disso, se for verificado no curso do processo de execução por pensão alimentícia que o executado devedor adota condutas procrastinatórias, que visa o atraso na prestação da execução, este poderá além de arcar com os custos da execução, ainda poderá ser condenado por litigância de má-fé e o desrespeito ao tribunal, puníveis na forma do art. 774, parágrafo único culminado com o art. 81 do Código de Processo Civil de 2015.

Com isso, as formas de satisfação da execuções alternativas à prisão civil se demonstram eficientes ao passo que se evita o uso indevido da punição penal em características civis. É importante ressaltar que todos os meios executivos garantem a coerção do devedor ao pagamento sem restringir a sua liberdade, o que possibilita o pagamento, pois o mesmo pode conseguir arcar por meio do trabalho.

4. ANÁLISE DOS IMPACTOS E PREJUÍZOS TRAZIDOS PELA PRISÃO CIVIL POR DÉBITO ALIMENTAR AO ALIMENTANTE

O uso da prisão civil por débito alimentar tem sido rotineiro na sociedade brasileira, por meio das constantes prisões decretadas e o inadimplemento por parte dos devedores de dívida alimentícia. Esta prisão possui sua constitucionalidade assegurada no artigo 5º, inciso LXVII, a qual visa que em casos de dívida oriunda de pensão alimentar possa ser usada a prisão civil diante de inadimplemento voluntário por parte do devedor. Ainda é oriunda da legalidade dos tratados internacionais cabíveis sobre a prisão civil que o Brasil é signatário.

É a única forma de prisão de caráter civil presente no ordenamento jurídico nacional, haja vista que a prisão por depositário infiel foi extinta com a vigência do Decreto n. 678 de 1992 e posteriormente com a edição da Súmula vinculante 25 do Supremo Tribunal Federal o que extinguiu de vez com a figura da prisão civil por depositário infiel no ordenamento jurídico nacional.

Além disso, a norma constitucional ainda encontra amparo no Pacto São José da Costa Rica, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), ratificado pelo Decreto n. 678 de novembro de 1992, a qual dispõe acerca da licitude da prisão civil por débito alimentar ao reconhecer que a dívida alimentar é uma causa de prisão civil para inadimplente.

A natureza jurídica da prisão civil se respalda na possibilidade de coerção pessoal pelo não pagamento voluntário da dívida alimentar. Visa evitar o inadimplemento, garantindo a integridade do credor, mas que o devedor, podendo fazer o pagamento não o faz, correndo em falta da quitação do débito. Sobre a natureza jurídica afirma Carvalhais (2020,p. 33-34):

Por sua natureza coercitiva a prisão é considerada um aspecto excepcional de atuação psicológica com intuito de provocar a resistência do executado em pagar a dívida alimentícia. Sendo-lhe assegurado o direito de ampla defesa e contraditório, além da oportunidade de solver a dívida ou, ainda, de fazer acordo relativo ao pagamento parcelado do saldo devedor. Caso quede-se inerte, a prisão será concretizada nos termos do art. 528, §§ 3º e 4º, CPC. É mister ressaltar que a prisão por alimentos não possui caráter punitivo, visto que não se constitui pena propriamente dita no Direito Penal. Por essa razão, o mandado prisional é imediatamente revogado se o débito for pago integralmente (§6º art. 528, CPC), mesmo se o pagamento tiver sido efetuado por terceiros. Bem assim, o executado uma vez preso pelo débito pretérito não poderá ser preso novamente pela mesma dívida, devendo a exequente procurar outro meio executório que satisfaça a demanda correspondente deste valor.

Por isso, o uso da prisão civil por débito alimentar possui a restrição de aplicação, pois deve ser aplicado apenas nos casos em que há o inadimplemento voluntário, ou seja, o devedor tendo condições de pagar não o faz após ser intimado pela justiça. Além disso, a Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça afirma que o débito alimentar que “autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações, anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”, afirmando seu caráter excepcional.

Nesta perspectiva, a prisão civil por débito alimentar embora tenha as suas restrições de uso ainda é nociva a possibilidade de pagamento do débito pelo devedor, isso porque em muitos

casos a medida enseja na restrição de liberdade individual do devedor e na prática é até utilizada como forma de coação e chantagem por parte do credor na hora da cobrança, o que configura uma prática violenta à liberdade do devedor. Carvalhais (2020, p. 36) assevera que:

De fato, a atuação psicológica que a medida impõe perante o devedor causa efeitos. Muito embora na prática haja certo receio a palavra prisão que enseja o pagamento da dívida, há casos em que o devedor não dispõe de condição econômica e patrimonial de arcar com a dívida. São situações como essa em que a exequente não encontra amparo legal. Há situações que o aprisionamento não surte qualquer efeito. Pode devedor nem chegar a ser preso ou, ainda, chegar a cumprir pena e continuar em débito alimentício, uma vez que após o período prisional decretado mesmo sem pagar a dívida o executado é posto em liberdade tornando a medida ineficaz. Salienta-se que uma vez preso pelas parcelas em atraso não é possível decretar-lhe prisão sobre as mesmas prestações.

A prisão civil por débito alimentar passa a ser ineficaz ao passo que apenas prende o devedor impossibilitando-o a ter como arcar com a dívida, pois se apenas restringe a liberdade. Há, com a prisão civil, a violação de um direito fundamental: o acesso ao trabalho. Nesse sentido, o devedor de pensão alimentícia fica sem o acesso ao trabalho, seu meio de sustento, e, conseqüentemente, sem o meio pelo qual poderia adimplir com sua obrigação.

A realidade do sistema carcerário do Brasil é precária, onde não se tem a ressocialização idealizada pela Lei de Execuções Penais e, ainda, forma-se em torno da reincidência criminal. Embora haja a alegação de que os devedores de pensão alimentícia são presos diferenciados, ficam em cenas separadas nos termos do artigo 528, §4º do CPC/2015, a realidade fática não coincide com a prática. Sobre isso afirma Tavares e Pereira (2021, p. 15):

Analisando a realidade do sistema prisional do país, é nítida a impossibilidade do cumprimento da norma processual. Não há a devida separação e o devedor fica exposto a todo tipo de violência e mazelas. Um dos casos mais emblemáticos e que comprova o que foi narrado anteriormente ocorreu no Estado do Amazonas, no dia 1º de janeiro de 2017, no Complexo Prisional Anísio Jobim – COMPAJ. Na ocasião, haviam quatro homens presos, juntamente com os presos comuns, o que é ilegal. Eles presenciaram todo o massacre ocorrido entre facções criminosas rivais. O pedido da soltura em caráter de urgência foi feito pela Defensoria Pública do Estado do Amazonas cujo argumento foi justamente a exposição de perigo excessivo aos devedores de pensão alimentícia que cumpriam medidas coercitivas no regime fechado lado a lado com os condenados por crimes comuns.

No sistema carcerário é possível visualizar a violação massiva e sistemática dos direitos fundamentais, oriundas das falhas estruturais do Estado na solução de problemas recorrentes na

sociedade. Com essa constatação, ratificada pelo Supremo Tribunal Federal em sede da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF, a corte afirmou ser possível visualizar no sistema carcerário nacional uma série de violações aos direitos fundamentais do preso, reiterando a necessidade de criação de políticas públicas que combatam tal realidade.

Neste sentido, pode-se citar como violação aos direitos fundamentais do preso: a superlotação, a tortura, homicídios, rebeliões, a violência sexual, celas insalubres e alimentação precária. Péssimas condições de alojamento, escassez de produtos de higiene básicos, deficiência no acesso a assistência judiciária, a saúde, a educação, além de que o sistema carcerário nacional está inserido na guerra do crime organizado em todo o território nacional.

Logo, pode-se compreender que o sistema carcerário nacional está existindo de forma adversa ao que se preconiza na Lei de Execuções Penais, ao passo que não consegue aplicar as sanções da lei de forma digna nem sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana, descumprindo o que diz o artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

Deste modo, insta salientar uma diferença acerca dos tipos de presos que existem nesse sistema. Os presos oriundos de crimes, os quais derivam do processo criminal cuja pena está prevista na lei penal e os devedores de alimentos, que possuem origem da dívida no Direito Civil. O sistema prisional é destinado exclusivamente aos que descumpriram a lei, comentando condutas tipificadas no Código Penal, sendo puníveis com penas de prisão.

Os devedores de pensão alimentícia são aqueles que não adimpliram suas obrigações, não sendo crime, mas ineficácia da satisfação da pretensão do credor, o que reafirma a urgência de tal débito diante da circunstância da necessidade do alimento. Afirma Tavares e Pereira (2021, p. 25) que:

Os devedores de alimentos são pessoas que não cumpriram uma prestação pecuniária de caráter alimentício que tem como pena última a privação de sua liberdade. Quando o STF declara que as prisões brasileiras estão em condições precárias e que nelas ocorrem diversas violações de direitos, mostra-nos que tanto alguém que tenha cometido um ilícito penal quanto aquele que deixou de pagar alimentos têm o mesmo destino: um lugar cheio de mazelas, onde não há qualquer possibilidade de ressocialização.

Na realidade prática do sistema carcerário, presos por débito alimentar são expostos a todo tipo de violência que acabam presenciar nas celas dos grandes complexos penitenciários. Além disso, estão sujeitos a traumas e estigmas por estarem nessa condição. Embora se saiba que a prisão civil não se é prorrogada, após o tempo exigido pela lei o preso é posto em liberdade, nada é capaz de sanar os abusos psicológicos que eles vivenciaram ao ingressar no sistema prisional.

Por obstacularizar o pagamento das dívidas, a prisão civil por débito alimentar se torna ineficaz à medida que não possibilita que o devedor arque com dívida por meio de acesso a trabalho e renda que possa sanar com o débito. Isso significa que não há eficácia no simples ato de condenar a prisão por dívida, pois o devedor fica sem oportunidades de liquidá-la.

Além de ser uma forma desumana de condenação ao pagamento, a prisão civil por débito alimentar tem sido instrumento de tortura psicológica na cobrança da dívida, pois em muitos casos a parte credora usa de ameaças de pedido de prisão para que a parte arque com toda dívida, o que chega a causar dano psicológico ao devedor que também tem o direito de ter resguardado todos os direitos que lhe são assegurados na Constituição Federal de 1988 e em todo o ordenamento jurídico.

Devido a esse uso indevido da prisão civil, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da VII Jornada de Direito Civil, aprovou o enunciado n. 599 que faculta ao juiz do caso à aplicação de medidas coercitivas diversas a prisão para cobrança de alimentos. Em outras palavras, isso significa um avanço e ao mesmo tempo reconhecimento dos prejuízos que a prisão civil por débito alimentar traz, deixando a cargo do juiz do caso que verifique qual a melhor medida a ser tomada em cada caso, mesmo que a parte credora peça a prisão de plano.

Portanto, o uso da prisão civil por débito alimentar não deve ser utilizada de plano em nenhum dos casos, deve-se utilizar os meios alternativos executórios da dívida por pensão alimentícia que se demonstram mais eficientes que a prisão, visando sempre o binômio necessidade-adequação na execução dos alimentos, para que em todos os casos se tenha a adoção de medidas eficientes para ambos.

5. CONCLUSÃO

A ineficácia da prisão civil em casos de débito de pensão alimentícia se demonstra no uso da mesma como medida penal e meio coercitivo para o pagamento de tal dívida, quando se é possível visualizar que há outros meios executórios. O devedor de pensão alimentícia não é um criminoso cujas práticas são ilícitas no tocante a esfera penal, podendo, se assim o fosse, ser punido com pena de prisão, conforme consta no Código Penal.

É necessário que tenha em mente que o devedor de débito alimentar é um cidadão que, com o uso da prisão civil, está sendo levado ao cárcere mesmo que não tenha cometido nenhum crime. Ele se torna um alvo de traumas, haja vista os altos índices de violência e massivas violações de direitos fundamentais que se presencia no sistema carcerário nacional. Não há no sistema prisional o tratamento sob a ótica da dignidade da pessoa humana.

Por isso, o uso da prisão civil causa danos psicológicos e até financeiros, pois além de restringir o acesso ao trabalho como meio de sanar a dívida, reforça a ineficácia da medida, já que apenas prende o indivíduo, sem lhe garantir o direito a solucionar o problema. Torna-se, desta forma, não um meio de garantir o pagamento do débito, mas um ato coercitivo punitivo contra o devedor que paga com a liberdade e as violações de seus direitos, transformando a medida em ineficiente ato.

Além dos impactos diretos que a prisão civil por débito alimentar causa, é possível visualizar que há impactos indiretos, pois após a saída do cárcere o devedor fica impossibilitado de trabalhar, haja vista o preconceito social que se tem por quem é um ex-presidiário. Ou seja, todo o escopo

que envolve a temática é de crise estrutural que quebra a prática do princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante disso, pode-se concluir que o resultado desta pesquisa é que os meios executórios alternativos a prisão apresentados no item dois deste estudo são eficazes, ao passo que a prisão civil por débito alimentar se demonstrou ineficaz, passando a ser necessariamente a última opção que o magistrado deva usar para a liquidação da dívida pretendida pelo credor de alimentos.

Deve-se levar em consideração a aplicação de medidas alternativas para que haja o bom funcionamento da ótica dos Direitos Humanos nos casos concretos submetidos e apreciados pela tutela jurisdicional do Estado, para que haja um amparo eficaz ao credor e que assegure a dignidade da pessoa humana ao devedor.

6. REFERÊNCIAS

BAHIA, Flávia. Direito constitucional. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

CARVALHAIS, Beatriz Alves. **A prisão civil do devedor de alimentos: meio (in) eficaz no cumprimento de sentença na obrigação alimentícia.** Goiás: Pontifícia Universidade Católica De Goiás, 2020. Disponível em <<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/636/1/Beatriz%20Alves%20PDF.pdf>> acesso em 17/11/2022, às 15:04hs.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal.** São Paulo: Editora Pillares, 2009.

COELHO, Maria Thereza Ávila; CARVALHO FILHO, Milton Julio. **Prisões numa abordagem interdisciplinar.** Salvador: EDUFBA, 2012.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: execução.** 8.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

_____. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 19. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

DOURADO, Sabrina. **Coleção Descomplicando: processo civil.** 6. ed. Salvador: Editora Armador, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD Nelson. **Direito das famílias.** 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FILHO, Joel Lima Machado. **A Prisão Civil Por Débito Alimentar: Uma Análise A Partir Da Perspectiva Da Função Da Pena.** Salvador: Universidade Católica de Salvador – UCSaL, 2018. Disponível em <<http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/689/1/TCCJOELFILHO.pdf>> acesso em 17/11/2022, às 15:20hs.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Direito de família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educações, 2019.

PINTO. **A Prisão Civil do Devedor de Alimentos: constitucionalidade e eficácia**. Brasília, 2017. Disponível em <<https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/a-prisao-civil-do-devedor-de-alimentos-constitucionalidade-e-eficacia>> Acesso em: 21 mai. 2022.

TAVARES, Amanda Drumond; PEREIRA, Claudia de Moraes Martins. **A prisão civil por dívida de alimentos e o estado de coisas inconstitucional**. Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, 2020. Disponível em <https://ibdfam.org.br/artigos/1655/A+pris%C3%A3o+civil+por+d%C3%ADvida+de+alimentos+e+o+estado+de+coisas+inconstitucional#_ftnref10> acesso em 17/11/2022, às 14:20hs.

VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE

ALICE DA SILVA ARAÚJO:

Graduanda do Curso de Direito
do Centro Universitário
Fametro.

RESUMO: A presente pesquisa tem o objetivo de analisar a incidência do crime de violação sexual mediante fraude e a atividade probatória a ser desenvolvida no processo penal que julga esses casos. Defende-se na necessidade de demonstração das mudanças constantes nos crimes contra a dignidade sexual, e o modo como se dá a comprovação do fato delituoso por meio das provas no processo. Pela metodologia descritiva observacional, pesquisa em artigos científicos e nos meios doutrinários, legais e jurisprudenciais, busca delinear o valor dado à palavra da vítima, nas ocasiões em que não há outras provas substanciais para viabilizar uma condenação. A pesquisa inicia-se falando sobre o histórico dos crimes sexuais no Brasil. Também analisa as novidades legislativas referentes ao tema, e sua evolução de crimes contra os costumes, para crime contra a dignidade sexual. Por fim, procura definir a meios de prova em ações penais, referente a crimes que ofendem a liberdade sexual. Desta forma, compreende-se que a palavra da vítima tem relevância nos casos em que não subsistem provas materiais passíveis de exame de corpo de delito. Essa visão é confirmada pela doutrina pátria e jurisprudência dos Tribunais.

ABSTRACT: This research aims to analyze the incidence of the crime of sexual violation through fraud and the probative activity to be developed in the criminal process that judges these cases. It defends itself in the need to demonstrate the constant changes in crimes against sexual dignity, and the way in which the proof of the criminal fact is given through the evidence in the process. Through observational descriptive methodology, research in scientific articles and in doctrinal, legal and jurisprudential means, it seeks to outline the value given to the victim's word, on occasions when there is no other substantial evidence to enable a conviction. The research begins by talking about the history of sexual crimes in Brazil. It also analyzes the legislative novelties related to the subject, and its evolution from crimes against customs, to crimes against sexual dignity. Finally, it seeks to define the means of proof in criminal actions, referring to crimes that offend sexual freedom. In this way, it is understood that the word of the victim is relevant in cases where there is no material evidence that can be examined in the body of the crime. This view is confirmed by the homeland doctrine and jurisprudence of the Courts.

Keywords: Crime of sexual violation through fraud, abuse, sexual freedom.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como centro o estudo do tema de violação sexual mediante fraude. Pelo método descritivo observacional, pela pesquisa em artigos científicos, renomados doutrinadores brasileiros e Jurisprudências atuais, tem o propósito de esclarecer as principais semelhanças entre dois crimes sexuais, e também as controvérsias acerca do tema.

De início examina o contexto histórico deste crime no direito brasileiro, juntamente com suas características, acompanhando a sua evolução, e os motivos que levaram a priorizar os direitos

da vítima como sujeito de garantias. Também expõe a diferença com o crime de estupro de vulnerável, bem como suas características e especificidades, e a aplicação no caso concreto.

Além disso, explora os meios de provas que possivelmente podem ser aplicados no caso concreto para elucidar um crime contra a dignidade sexual, o valor probatório de cada um deles e a sua atuação dentro do processo penal. Perante a dificuldade de colheita de provas, por se tratar de crime que ocorre de forma oculta, delimita a validade da palavra da vítima para ensejar uma condenação.

A presente pesquisa justifica-se na necessidade de compreender as constantes alterações nos crimes sexuais, o que as fometam, e o anseio popular de fazer justiça nesses casos práticos, que existem desde os primeiros Códigos de normas criminais do Brasil.

2. DO CRIME DE VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE

2.1 Do contexto histórico

Desde a criação do código penal, grandes e importantes mudanças aperfeiçoaram as leis que vigoram atualmente, sendo necessárias para acompanhar a constante evolução da sociedade, e uma das mais importantes alterações realizadas no código, são as que tratam dos crimes sexuais, com ênfase no artigo 215 do referido diploma legal.

O código penal, trazia em sua essência um título dedicado aos crimes sexuais, chamados de crimes contra os costumes, desta forma, em sua redação original, datada de 1940, existiam dois crimes contra a liberdade sexual cometidos com emprego de fraude. No artigo 15, era prevista a posse sexual mediante fraude, enquanto no artigo 16 encontrava-se tipificado o atentado ao pudor mediante fraude (MASSON,2018 p.44) A saber:

Art. 215 - Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude Pena - reclusão, de um a três anos. Parágrafo único - Se o crime é praticado contra mulher virgem, menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de dois a seis anos.

Art. 216. Induzir alguém, mediante fraude, a praticar ou submeter-se à prática de ato libidinoso diversos da conjunção carnal: Pena- reclusão, de 1 (um) a 2 (dois) anos. Parágrafo único. Se a vítima é menor de 18 {dezoito} e maior de 14 (quatorze) anos. Pena- reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos".

Contudo, decorrente a evolução social, esse regulamento ficou defasado e viu-se a necessidade de adequação aos novos costumes, verificou-se uma carência de mudança no bojo da legislação penal.

Conforme o entendimento de Masson (2018, p. 3) "determinados crimes, em face da mudança dos valores e princípios das pessoas e da sociedade, precisavam ser revistos. E, sem

dúvidas, o ponto em que esse fenômeno se mostrava mais categórico, este reincidia nos “crimes contra os costumes”.

A primeira alteração efetuada no artigo 215 foi trazida pela Lei 11.106 de 28 de março de 2005, pois esta vinha sofrendo duras críticas pela utilização da expressão “Mulher honesta”, uma vez que, era considerada discriminatória, e vinha sendo utilizada nas codificações brasileiras desde as Ordenações Filipinas, seguido pelo Código Criminal do Império de 1830 pelo Código Penal de 1890 e, finalmente pelo Código Penal de 1940. (BARBOSA, 2016, p.1).

Segundo Greco (2017, p. 122):

Basicamente, a partir da década de 1980, acirraram-se as críticas no que dizia respeito à expressão mulher honesta. A mulher do final do século XX já não podia sofrer esse tipo de discriminação. Era um evidente preconceito que tinha de ser suprimido da nossa legislação penal. Essa mobilização ganhou força e, em 28 de março de 2005, o tipo penal foi modificado, passando a prever o comportamento de ter conjunção carnal com mulher, mediante fraude. Era o fim da expressão que tanto causou polêmica no meio jurídico.

Com a alteração que trouxe a Lei 11.106 de 28 de março de 2005 passou então a vigorar o seguinte texto legal:

Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. Parágrafo único. Se o crime for cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

Sucessivamente, a Lei 12.015/2009 voltou a modificar o supramencionado artigo desta lei, no entanto, desta vez, tal mudança não foi somente em seu texto, para mais, alterou-se a nomenclatura do título “dos crimes contra os costumes” para a expressão “dos crimes contra a dignidade sexual” enfatizando a dignidade sexual, que é um reflexo da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente assegurada no artigo 1º inciso III da Constituição Federal de 1988. (NUCCI, 2014, p.909).

Na lição de Masson (2018, p. 3):

A expressão crimes contra os costumes era demasiadamente conservadora e indicativa de uma linha de comportamento sexual imposto pelo Estado às pessoas por necessidade ou conveniências sociais. Além disso, revelava-se preconceituosa pois alcançava sobretudo as mulheres.

Assim sendo, as modificações provocadas pela Lei 12.015/2009 foram de total relevância ao que tange a liberdade sexual na sociedade. “O foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas, sim, a tutela da sua dignidade sexual”. (GRECO, 2017, p. 63). O tipo penal passou a tutelar a dignidade e principalmente a liberdade sexual, que segundo Masson (2018, p. 5), “é o direito de dispor do

próprio corpo. Cada pessoa tem o direito de escolher seu parceiro sexual e, com ele praticar o ato desejado no momento em que reputar adequado. A lei protege o critério de eleição sexual que todos desfrutam na sociedade”.

2.2 Do conceito do crime de violação sexual

O bem jurídico penalmente tutelado é a liberdade sexual da pessoa humana, isto significa, que é o direito que a pessoa tem de dispor do seu próprio corpo de acordo com sua vontade, vontade esta que não pode estar maculada pelo emprego da fraude, garantindo assim a inviolabilidade da intimidade de qualquer pessoa. (JESUS, 2020, p. 140)

O crime de violação sexual mediante fraude, foi intitulado pela doutrina como estelionato sexual, e está conceituado como “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima”, ou seja, o sujeito ativo do crime se vale de meios fraudulentos, sem o emprego de violência ou grave ameaça para viciar a vontade de suas vítimas. Obtendo assim, vantagens sexuais, induzindo-as ou as mantendo em erro. (JESUS, 2020, p. 140).

Verifica-se, portanto, que o agente obtém êxito em seu desígnio, com o emprego de formas que enganam a vítima, induzindo-as ao erro, ou as mantendo em erro “de fato, se não fosse empregada a fraude, a vítima jamais ter-se-ia prestado a relação sexual” (CAPEZ, 2019, p. 123).

À vista disso, não se pode conceituar o crime de violação sexual mediante fraude sem dizer o que é a fraude de fato, segundo Masson, (2018, p. 46)

Fraude é o artifício, o artilo o estratagema utilizado para enganar determinada pessoa, afetando a livre manifestação de sua vontade. A vítima do crime tem sua vontade viciada, onde ela é levada ou é mantida em erro.

Nas palavras de Greco (2017, p. 1170):

A fraude, portanto, é um dos meios utilizados pelo agente para que tenha sucesso na prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso. É o chamado estelionato sexual. A fraude faz com que o consentimento da vítima seja viciado, pois que se tivesse conhecimento, efetivamente, da realidade não cederia aos apelos do agente. Por meio da fraude, o agente induz ou mantém a vítima em erro, fazendo com que tenha um conhecimento equivocado da realidade.

Ademais, o bem jurídico penalmente tutelado é a liberdade sexual da pessoa humana, isto significa, que é direito da pessoa, de dispor do seu próprio corpo de acordo com sua vontade, vontade esta que não pode estar viciada pelo emprego da fraude, garantindo assim a inviolabilidade da intimidade de qualquer pessoa. (JESUS, 2020, p. 140).

Ademais, vejamos na prática uma situação de violação sexual mediante fraude:

Violência sexual mediante fraude: entenda crime pelo qual médico foi autuado e preso no interior do Ceará

Crime tem como pena reclusão de 2 a 6 anos.

Por g1 CE

30/03/2022 11h48 Atualizado há 7 meses

O médico de 71 anos é suspeito de assediar sexualmente uma paciente de 22 anos durante exames, em hospital de Orós, no interior do Ceará. — Foto: Reprodução/Google Maps

O médico preso suspeito de apalpar e tentar fazer sexo com uma paciente durante uma consulta em um hospital municipal em Orós, no Ceará, foi autuado em flagrante nesta terça-feira (29), por violência sexual mediante fraude. O crime está previsto no artigo 215 do Código Penal. Esse artigo diz que é crime:

Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima.

A pena é de reclusão, de dois a seis anos. Se o crime for cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa, conforme o parágrafo único do artigo. No caso ocorrido no Estado, a vítima relatou à polícia que após trancar a porta do consultório, o médico apalpou o corpo dela e tentou fazer a penetração no momento da realização de exames íntimos. Ou seja, o suspeito aproveitou da ocasião para a prática dos atos libidinosos.

A violação mediante fraude é a unificação dos crimes de posse sexual mediante fraude e o atentado violento ao pudor mediante e foi incluída no Código Penal após a Lei nº 12.015/2009. Antes disso, havia a separação do crime de posse sexual mediante fraude, que consistia na conjunção carnal com mulher mediante a utilização de fraude e o atentado violento ao pudor mediante fraude, no uso de fraude para induzir alguém, homem ou mulher, à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Vítimas desde 1989

Após a prisão do médico, ex-pacientes do profissional entraram em contato com a Delegacia Regional de Icó ainda na terça-feira (29) e relataram que também foram vítimas dele. Um dos casos, inclusive, ocorreu em 1989.

"Uma vítima me ligou chorando e disse que ele [médico] se aproveitou dela em 1989, mas na época ela não teve coragem de denunciar. Outra mulher relatou que o médico ameaçou de fazer os pais dela perderem os empregos, caso ela denuncia-se", afirma o delegado Glauber Ferreira, titular da delegacia de Icó."

Diante do exposto, verifica-se que o médico utilizou-se de sua profissão para enganar a vítima, não só ela, mas conforme a reportagem, as diversas outras começaram a surgir, uma vez que este usava dessa artimanha desde o ano de 1989.

3. DA DISTINÇÃO DO CRIME DE VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE E CRIME DE ESTUPRO DE VULNERAVEL

3.1 Da dignidade e liberdade sexual

A constituição estabelece no Título I, os seus princípios fundamentais e norteadores, alicerces do Estado Democrático de Direito, são eles, a soberania, cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e por fim, o pluralismo político.

A mudança do título VI do Código Penal foi fundamentada no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, um dos princípios primordiais da Constituição Federal de 1988 que possui dois aspectos, quais sejam, objetivo e subjetivo. Objetivo no sentido de garantir o mínimo existencial ao indivíduo, e no enfoque subjetivo, abrangendo o sentimento de honra, respeitabilidade e autoestima do ser humano.

Sobre o tema discorre Nucci (2014, p. 27):

Por outro lado, a alteração do Título VI foi positiva, passando a constar "Dos crimes contra a dignidade sexual". Dignidade fornece a noção de decência, compostura, respeitabilidade, enfim, algo vinculado à honra. A sua associação ao termo sexual insere-a no contexto dos atos tendentes à satisfação da sensualidade ou da volúpia. Considerando-se o direito à intimidade, à vida privada e à honra, constitucionalmente assegurados (art. 5.º, X, CF), além do que a atividade sexual é, não somente um prazer material, mas uma necessidade fisiológica para muitos, possui pertinência a tutela penal da dignidade sexual. Em outros termos, busca-se proteger a respeitabilidade do ser humano em matéria sexual, garantindo-lhe a liberdade de escolha e opção nesse cenário, sem qualquer forma de exploração, especialmente quando envolver formas de violência.

Desse modo, não se pode falar em dignidade sexual sem falar em liberdade sexual.

Liberdade sexual é o direito de dispor sobre o próprio corpo. Cada pessoa tem o direito de escolher seu parceiro sexual, e com ele praticar o ato

desejado no momento em que reputar adequado. A lei protege o critério de eleição sexual que todos desfrutem na sociedade. (MASSON, 2018, p. 5).

O Estado então busca proteger a dignidade sexual que está interligada a liberdade de autodeterminação sexual, e a preservação destes bens impacta diretamente em outras áreas da vida, tais como em aspectos sociais, psicológicos, morais e físicos, no qual contribuem diretamente para a integridade da personalidade do indivíduo.

Por conseguinte, quando um agente fere a dignidade sexual de alguém, esta não está apenas ferindo a dignidade sexual, mas sim um complexo de direitos e garantias fundamentais inerente a toda pessoa humana. (CAPEZ, 2019, p. 85).

A dignidade é inerente a todas as pessoas sem qualquer distinção e alcança todos os âmbitos de suas vidas, incluindo a vida sexual, desta forma, toda pessoa humana deve ter sua vida sexual respeitada bem como respeitar a vida sexual alheia e "O Estado deve assegurar meios para todos buscarem a satisfação sexual de forma digna, livre de violência, grave ameaça ou exploração". (MASSON, 2018, p. 4

3.2 Das características e distinções entre os crimes

Os crimes tipificados nos artigos 215 e 217-A do Código Penal, são de elevado potencial ofensivo, que ferem a dignidade e liberdade sexual e a integridade do sujeito passivo dos crimes, e suas principais características e distinções são, que o crime de Violação Sexual Mediante Fraude tipificado do artigo 215 caput do Código Penal que assim determina que: "ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima".

A palavra estupro vem do latim Stuprum que significa relações culpáveis ou estupro (SQUARISI, 2020, online). Não se pode definir a origem certa desse crime. Pode-se até inferir que está ligado à origem humana, sendo um problema desde os povos mais antigos, já que se tem registros dessa problemática. O estupro é um exemplo de um dos crimes que é amplamente combatido desde as civilizações antigas, por violar a dignidade da pessoa humana. O que altera ao longo do tempo é o bem jurídico tutelado, já que a conquista dos direitos das mulheres as colocaram como sujeitos passivos principais, sendo que antes o que estava em perigo era a honra do marido e da família, pois a mesma nunca era vista como dona de sua própria vida.

Desse modo, "o núcleo do tipo deste crime consiste em ter conjunção carnal (penetração vaginal) ou outro ato libidinoso com alguém, isto é, praticá-los, realiza-los, executá-los". (ESTEFAM, 2018, p.653). E para a prática destes conduta o agente causador do dano ao contrário do que ocorre no crime de estupro por exemplo, não se vale de violência ou grave ameaça, o sujeito ativo do crime utiliza-se da fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima.

Para estar identificado o delito de violação sexual mediante fraude não é necessário que somente o agente induza a vítima ao erro, "A situação de erro pode ser provocada pela própria vítima do crime ou por terceiro". (ESTEFAM, 2018, p.654).

A fraude, portanto, tem o objetivo de deturpar a vontade da vítima sem eliminá-la ao contrário do que ocorre no crime de Estupro de Vulnerável tipificado no art. 217-A do Código Penal onde mesmo havendo vontade e anuência da vítima para ato sexual ainda será imputado o fato criminoso ao agente causador do dano pois a mera vulnerabilidade do ofendido resulta na invalidade do seu consentimento para a realização de qualquer ato de natureza sexual.

O texto legal do artigo 217-A Caput do Código Penal aduz que: ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos tem a pena de 8 a 15 anos, e incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por outra causa, não pode oferecer resistência.

No mais, em consonância com o exposto Nucci (2014, p.124), argumenta do seguinte modo:

Quando houver resistência relativa ou perturbação relativa, logo, há alguma condição de haver inteligência sobre o ato sexual, embora não se possa considerar um juízo perfeito, poder-se-á cuidar da figura do art. 215. Entretanto, havendo resistência nula ou perturbação total, sem qualquer condição de entender o que se passa, dever-se-á tratar da figura do art. 217- A.

4. DOS MEIOS PROBATÓRIOS

4.1 Dos tipos de provas em crimes sexuais

Tendo o direito brasileiro tipificado as mais diferentes condutas que insultam a dignidade sexual, não haverá uniformidade quanto às suas particularidades e os meios de provas adequados para enunciar a ocorrência de fato típico. Desta forma, cabe ao direito brasileiro, por meio, principalmente, do legislador, definir os limites da atuação do Estado-persecutor. O Código de Processo Penal dispõe sobre os procedimentos mais comuns, sendo acompanhado pela jurisprudência pátria, que protege a jurisdição brasileira.

4.1.1 Do Exame do corpo de delito

O exame de corpo de delito é a análise dos vestígios materiais deixados pela prática dos crimes. Há crimes que podem deixar vestígios mais expressivos a serem analisados, como no caso do estupro, do roubo e do homicídio. Outros crimes, como o assédio, a injúria, ameaça por palavras, que raramente deixam vestígios, podem ser comprovados por outro meio. Nos casos em que houver vestígios, é imprescindível a realização do exame de corpo de delito, devendo ser respeitada a cadeia de custódia de provas. Sobre a necessidade desse exame, dispõe o Código de Processo Penal no artigo 158, ressaltando que este não pode ser substituído por confissão do acusado (CAPEZ, 2021).

4.1.2 Do Interrogatório

O interrogatório é a oportunidade que o acusado tem de se pronunciar diante de juiz de direito sobre a sua versão dos fatos. É o momento em que ele pode se defender, indicar meios de prova e exercer o contraditório e a ampla defesa. Apesar dessa natureza de meio de defesa, está inserido no capítulo referente às provas, o que ressalta a natureza mista desse instituto. O interrogatório pode ser usado como fundamento do juiz para decisão, caso o acusado opte por exercer a ampla defesa pela participação ativa no interrogatório (CAPEZ, 2021).

4.1.3 Da Confissão

A confissão é a conduta onde o acusado admite, perante o judiciário, que praticou determinado crime. Para que seja válida, a confissão deve acontecer de forma expressa, sem deixar dúvidas, voluntária e de forma pessoal, não sendo admitida confissão feita por terceiro em nome do réu. Trata-se de meio de prova formal, não sendo admitida fora dos requisitos. Cabe ao juiz ter cautela quanto à valoração dessa prova, comparando e constatando a conformidade com as demais provas do processo. A confissão não é mais vista como prova absoluta (NUCCI, 2021).

4.1.4 Das declarações do ofendido

O Código de Processo Penal no Capítulo V, do Título Da Prova dispõe sobre a relevância de inquirir o ofendido, que quando possível, deve ser ouvido para apresentar os detalhes do caso. Se o ofendido for intimado e não aparecer, o juiz pode ordenar a sua condução coercitiva. Além disso, ele será comunicado dos atos do processo que envolvam a saída do acusado da cadeia e o seu retorno, as datas de audiência, o conteúdo da sentença e de acórdãos que a reformem (BRASIL, 1941).

Conforme afirma Fernando Capez (2021), não se pode comparar o depoimento do ofendido com o das testemunhas. O ofendido não estará comprometido e terá valor probatório diferente a depender de cada caso concreto e das outras provas em juízo.

4.1.5 Da prova testemunhal

Trata-se de um meio de prova onde uma pessoa alheia e sem interesse no caso, conta o que percebeu pelos sentidos. Pressupõe uma capacidade para depor e contar o que sabe. É uma prova produzida em juízo de forma oral e objetiva, contando fatos pretéritos. A testemunha desconsidera a sua opinião e apenas expõe os fatos concretos. Quem a chama ao processo é o juiz ou as partes (CAPEZ, 2021)

4.1.6 Do reconhecimento de pessoas e coisas

É o meio pelo qual o indivíduo busca reconhecer pessoa envolvida ou objeto do crime. Essa averiguação pode ser feita por meio de uma fotografia da pessoa ou do objeto. Segundo Guilherme de Souza Nucci, deve haver cuidado por causa da discrepância que tende a existir entre a realidade e uma fotografia. Dessa forma, o reconhecimento por meio de fotografia deve ser considerado mero indício, levando em conta o contexto em que ocorreu o reconhecimento e as informações prestadas pela vítima (2021).

4.1.7 Da Acareação

O conceito desse procedimento está disposto no Parágrafo Único do artigo 229 do Código de Processo Penal, que o define como o ato em que “os acareados serão reperguntados, para que expliquem os pontos de divergências, reduzindo-se a termo o ato de acareação” (BRASIL, 1941, online). Então será permitida entre aqueles que prestaram declarações desconexas, sendo eles testemunhas, acusados ou ofendidos.

4.1.8 Dos Documentos

Pode se definir documento, os meios escritos, ilustrados, ou qualquer ferramenta que expresse ou comprove o fato criminoso de algum modo. A juntada desse documento ao processo pode acontecer por iniciativa das partes ou por determinação judicial, como exprime o artigo 234 do Código de Processo Penal (CAPEZ, 2021)

4.1.9 Da busca e apreensão

Considerados de natureza mista, são meios de obtenção de prova e também destinados a apreender o produto de um crime, assegurando o direito da vítima de ser ressarcida. Deve ocorrer em momento oportuno, em inquérito policial, durante a ação penal ou até mesmo em fase de execução. É um instituto regulado pelo Código de Processo Penal e eventualmente por leis específicas (NUCCI, 2021).

4.2 Da validade da palavra da vítima como prova

Um dos principais motivos que levam à impunidade do acusado é a falta de provas. Não apenas em relação aos crimes contra a dignidade sexual, mas principalmente nesses casos, não há medida a ser tomada quando não há indícios que tenham peso para comprovar o crime. Dessa maneira, não importa se o acusado é realmente culpado, já que a justiça é baseada na presunção da inocência e na aplicação da pena somente após o trânsito em julgado. A carência de provas pode abolir a chance que a vítima tem de obter justiça.

Com base nos levantamentos feitos no Brasil, os crimes contra a dignidade sexual estão num estágio descomunal de desigualdade entre a quantidade de crimes cometidos e quantidade de denúncias dessa modalidade que são oferecidas. É ainda mais grave imaginar que boa parte dos crimes notificados às autoridades não são elucidados por falta de provas. É nesse ponto que surge a importância da palavra da vítima que dentro de determinado contexto, é elementar para atividade de instrução e julgamento.

Como ilustra Soraia da Rosa Mendes (2020), essa ascendência da importância da vítima no processo aconteceu de forma adjunta com a conquista de direitos pelas mulheres. Observando que a maioria das vítimas é do sexo feminino, passando elas a serem vistas como pessoas de direitos e não como objetos, sua palavra ganhou maior valorização. Ainda segunda a doutrinadora:

Na perspectiva exterior às experiências da vítima, há um evidente reducionismo processual penal que minimiza a violência sofrida pelo seu modo de operar a partir de construções dogmáticas só na aparência ancoradas no respeito a garantias fundamentais. A consequência disso é uma mulher silenciada à qual cabe a difícil tarefa de demonstrar que não consentiu com o ato e que, embora de forma subliminar, mas principalmente, sua conduta do agressor (MENDES, 2020, p. 94)

Sendo a palavra da vítima considerada meio de prova, é certo que não será reconhecida do mesmo modo que a palavra das testemunhas. O ofendido tem envolvimento pessoal com o crime e vê a lesão ao seu bem jurídico. Esses sentimentos podem atrapalhar a sua narração dos fatos, estando o indivíduo dominado pela angústia ou sentimento de vingança. Além disso, por um fator psicológico, pessoas agredidas por entes queridos têm a tendência a suavizar a verdade dos fatos (NUCCI, 2021).

As possibilidades delimitadas pela lei como meios probatórios aptos a ensejar uma condenação, são amplas. Infelizmente na prática não podem ser aplicadas todas em conjunto, o que, se aceitável, garantiria maior eficácia à jurisdição. Em casos excepcionais, como no caso dos crimes sexuais, uma adaptação na valoração das provas é uma questão de formalidade processual, mas acima de tudo é uma questão de humanidade, característica que vem ganhando cada vez mais relevância.

5. CONCLUSÃO

Pretendeu-se com este trabalho expor alguns temas relacionadas ao crime de violação sexual mediante fraude, bem como a transformação ao longo do tempo, e as mudanças necessárias para se chegar a atual redação do artigo 215 do Código Penal, desde que a lei protegia a conduta que a sociedade considerava sexualmente imoral, e passou a tutelar a dignidade e a liberdade sexual, protegendo a honra e a integridade daqueles que precisam.

A presente pesquisa busca além da evolução histórica do código penal, apresentar as particularidades do crime de violação sexual mediante fraude, e suas principais diferenças em relação ao crime de estupro de vulnerável.

De forma contínua, pondera sobre o valor de cada prova, para fundamentar uma condenação nos crimes do Título VI do Código Penal. Além disso, considera os procedimentos estabelecidos pelo Código de Processo Penal, referentes à atividade probatória, dentre elas a palavra da vítima, visto que a impotência sentida por elas é um problema que vai além da própria honra, já que devem sentir confiança ao recorrerem à justiça.

Portanto, o que se almeja ao final da pesquisa, é esclarecer as particulares de um crime que não é muito exposto, bem como demonstrar a necessidade de cuidado com as provas, pois a justiça só pode ser alcançada quando houver provas do fato delitivo, e os meios para obtenção dessas provas devem ser legais para que não prejudiquem o inquérito ou o processo.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro. 1940. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm>.

BRASIL. Lei nº 12.015 de 7 de agosto de 2009. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>.

BRASIL. Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/l11106.htm>.

<https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2022/03/30/violencia-sexual-mediante-fraude-entenda-crime-pelo-qual-medico-foi-autuado-e-preso-no-interior-do-ceara.ghtml>> acessado em 20 de outubro de 2022, as 17:45.

BARBOSA, Ruchester. Mulher Honesta: conheça a origem da expressão. 2016, Disponível em <https://canalcienciascriminais.com.br/mulher-honesta-origem>

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 27ª ed. São Paulo. Saraiva Jur. 2020.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 28ª ed. São Paulo. Saraiva Jur. 2021.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 3, parte especial. São Paulo: 2019.

ESTEFAM, André. Direito penal, volume 2: parte especial (arts. 121 a 234-B). São Paulo: Saraiva Educação, 2018

GRECO, Rogério. Código Penal: comentado. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume III. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

JESUS, Damásio de. Parte especial: crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a paz pública – arts. 184a 288-A do CP. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MASSON, Cleber. Direito Penal: parte especial (arts. 213 a 359-H). vol. 3. 9ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 2019.

MENDES, Soraia da Rosa. Processo Penal Feminista. São Paulo. Editora Atlas Ltda. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. Estatuto da Criança e do Adolescente comentado. 4º ed. Rio de Janeiro. Forense, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 20º ed. Rio de Janeiro. Editora Forense Ltda. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal: parte especial. arts. 213 a 361 do código penal. 3º ed. Rio de Janeiro. Forense, 2019. NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal. 2º ed. Rio de Janeiro. . Editora Forense Ltda. 2021.

UMA ANÁLISE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E A EVOLUÇÃO DA PENA ATÉ CHEGAR AOS DIAS ATUAIS

JOÃO CLÁUDIO DE SOUSA DA SILVA:

Graduando do Curso de Direito do Centro
Universitário Fametro.

RESUMO: Este artigo tem como foco abordar a inserção das penas alternativas dentro do ordenamento jurídico brasileiro e sua análise como instrumento indispensável no combate à reincidência criminal, instituto que quando aplicado, teria como consequência a redução da criminalidade. Na ordem brasileira, sua previsão legal ocorreu durante a reforma sistêmica do Código Penal no ano de 1984, e foi dividida basicamente em três vertentes: prestação de serviços à comunidade, limitação dos finais de semana e interdição temporária de direitos. Aqui analisaremos o sistema prisional brasileiro, descrevendo a evolução das penas até os dias atuais, onde observa-se uma maior preocupação com a inclusão de alternativas ao tradicional encarceramento, visando acompanhar a evolução social de punir quando da ocorrência de crimes de menor relevância.

PALAVRAS-CHAVE: Penas alternativas. Crimes de menor potencial ofensivo. Reforma.

ABSTRACT: This article focuses on the insertion of alternative penalties within the Brazilian legal system and its analysis as an indispensable instrument in the fight against criminal recidivism, an institute that, when applied, would result in the reduction of crime. In the Brazilian order, its legal provision occurred during the systemic reform of the Penal Code in 1984, and was basically divided into three aspects: provision of services to the community, limitation of weekends and temporary interdiction of rights. Here we will analyze the Brazilian prison system, describing the evolution of sentences until the present day, where there is a greater concern with the inclusion of alternatives to the traditional incarceration, aiming to follow the social evolution of punishing when crimes of lesser relevance occur.

KEYWORDS: Alternative for prisons. Lesser offenses. Remodeling

1 INTRODUÇÃO

O principal motivo para se pensar as penas alternativas parece ter sido a observação de que não só os juízes, ante as elaborações de suas decisões judiciais na esfera criminal, como a própria parcela de pessoas punidas viram o esvaziamento do objetivo de punir acontecer através do tempo, e para além disso, suas consequências negativas e improdutivas para sociedade.

Na linha do tempo, o instituto da pena viu-se inicialmente cercado de violência e desproporcionalidade, passando por razões de vingança divina até o caráter de vingança pública, enfrentou diversas reformas que trouxeram a atual configuração de afastamento que não parece se importar com as consequências do encarceramento.

“Os dados alarmantes chamam a atenção para a necessidade de estudos aprofundados sobre a função, ou não, ressocializadora das prisões, o fenômeno da reincidência criminal e seus fatores determinantes, bem como sobre a eficácia de dispositivos alternativos como meios de contornar esta crise no sistema prisional brasileiro.” (BRASIL. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Reincidência criminal no Brasil: relatório de pesquisa. Rio de Janeiro: Ipea, 2015. p.11)

Na elaboração do instituto das penas alternativas procurou-se adequar a punição do criminoso que comete crimes de menor gravidade analisando em critérios como níveis de culpabilidade, antecedentes criminais, conduta de personalidade entre outros, o era ter um olhar diferente sobre o encarceramento porém ainda que o supramencionado ainda é pouco aplicação devido à falta de divulgação de estudos da área, e à cultura prisional no sistema de justiça do país.

É bem verdade que toda atitude criminosa merece uma punição, mas de acordo com as hipóteses de cabimento dispostas no artigo 44 do Código Penal, as penas restritivas de direitos podem substituir a prisão clássica em casos específicos, se a pena aplicada por exemplo for menor que quatro anos de prisão. Além disso, o crime não pode ter sido cometido com violência ou grave ameaça. Também há a previsão de penas alternativas nos casos de crime culposos.

Se a pena for de um ano ou menos de prisão, o condenado pode substituir a prisão por multa, ou por uma pena alternativa. Se superar um ano, a pena pode ser substituída pela combinação de multa mais uma pena alternativa; ou por duas penas alternativas.

Esta pesquisa busca compreender a eficiência das penas alternativas como instrumento alternativo à privação da liberdade e se funcionam como instrumento redutor de reincidência penal.

2 DAS PENAS ALTERNATIVAS

2.1 Abordagem Histórica das Penas Alternativas

De acordo com Nucci (2010, p.367) as penas alternativas constituem aquelas “expressamente previstas em lei, tendo por fim evitar o encarceramento de determinados criminosos, autores de infrações penais consideradas leves, promovendo-lhes a recuperação através de restrições a certos direitos.”

Já com um olhar de proporcionalidade, Beccaria (2001, p. 201) afirma que “para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas.”

Martins (2002, p. 21-22) brilhantemente menciona que a discussão acerca da necessidade de criação de uma alternativa penal se iniciou a partir da constatação geral de que o modelo e tipos de prisão estavam em crise e que tampouco estavam atendendo às funções da pena para a sociedade.

Acerca da crise Ilanud (2006, p. 4), destacava que já no ano de 1955, as Regras Mínimas Para o Tratamento dos Presos (Organização das Nações Unidas - ONU) recomendam a aplicação de

penas não privativas de liberdade e, que em 1966, ano de criação do Pacto Internacional dos Direitos Políticos e Civis, o instituto teve a ideia reforçada.

Assim descreve passo a passo o surgimento das Alternativas Penais o autor Bitencout:

Uma das Primeiras penas alternativas surgiu na Rússia, em 1926, a “prestação de serviço à comunidade”, mais tarde (1960) o diploma penal russo criou a pena de “trabalhos correccionais”, sem privação de liberdade; em 1953, a Alemanha adotou a mesma pena para infratores menores; em 1963, a Bélgica criou o “arresto de fim de semana”; em 1967, o Principado de Mônaco adotou uma “forma fracionada” da privativa de liberdade e, finalmente, em 1972, a Inglaterra instituiu a “prestação de serviços comunitários”, que, até hoje, é a mais bem sucedida alternativa à pena de prisão. (p.24.)

O autor Costa Jr (2007, p. 169) destaca outra inovação que ocorreu no ano de 1967 na Inglaterra, o país que instituiu o Community Service, no qual o delinquente passava parte de seu tempo realizando trabalhos úteis à comunidade, sendo utilizado inclusive como modelo para outros países.

Já no Brasil, foi instituída em caráter experimental no ano de 1966, a prisão albergue, através do Provimento XXV do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo. Logo em 1972, foi apresentado ao Ministério da Justiça um anteprojeto de lei propondo a elevação da interdição de direitos como uma das penas principais.

Destaque especial ao Estado de Goiânia, que no ano seguinte, promoveu uma moção recomendando “a introdução de medidas humanísticas conducentes à reintegração social do condenado como a ampliação do perdão judicial, do sursis e do livramento condicional, além de outras medidas substitutivas da pena de prisão” Reale r. (1987, p. 137). Até o Código Penal de 1940, as penas eram de detenção, reclusão e multa.

A Reforma Penal de 1984 apresentou-se como grande marco na história das penas no Direito Penal brasileiro, uma vez que, foi responsável pela instituição de modalidades inéditas de penas e abriu-se o caminho, como afirma Martins, para uma “oxigenação do próprio pensamento dos profissionais do direito”. MARTINS, Jorge Henrique Shaefer, Penas Alternativas, (p. 23)

Muitos foram os fatores que levaram à mudança de enfoque na legislação penal, como, por exemplo, a preocupação com a integridade física e mental, bem como com a vida dos seres humanos. Vários pactos e legislações foram elaborados, visando à preservação da dignidade da pessoa humana, buscando eliminar de todos os ordenamentos jurídicos os tratamentos degradantes e cruéis.

2.2 Aplicabilidade

Costuma-se dizer que ninguém conhece verdadeiramente uma nação até que tenha estado dentro de suas prisões. Uma nação não deve ser julgada pelo modo como trata seus cidadãos mais elevados, mas sim pelo modo como trata seus cidadãos mais baixos. (NELSON MANDELA – Long Walk to Freedom, Little Brown, Londres: 1994)

As “penas restritivas de direito” passaram a ser adotadas e aplicadas como penas substitutivas, estando ressalvadas no Código Penal e na Lei 9.714/98. Tendo em conta essas normas, o juiz está livre para escolher a sanção mais adequada, observando a personalidade do agente e demais elementos expostos no artigo 59, IV, do Código Penal, cabendo a ele analisar se estão presentes os requisitos para a substituição.

De acordo com Capez (2011, p. 445), os requisitos de aplicabilidade são cirúrgicos e muito eficazes quando aplicados corretamente.

A aplicabilidade das penas alternativas obedece a uma linha de requisitos objetivos ou subjetivos conforme ensina Bitencourt:

A aplicação da pena restritiva de direitos em substituição à pena privativa de liberdade está determinando pressupostos (ou requisitos) – uns objetivos e outros subjetivos – que devem estar presentes simultaneamente. (BITENCOURT, Cesar Roberto. Novas Penas Alternativas. São Paulo: Saraiva, 1999.p.83)

Essas penas se dividem em prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação dos finais de semana, assim como define o artigo 43 do CP:

Art 43. As penas restritivas de direitos são:

I- Prestação pecuniária

II- Perda de bens e valores

III- Vetado

IV- Prestação de serviços à comunidade ou à entidade pública

V- Interdição temporária de direitos

VI- Limitação dos finais de semana

A imposição das penas alternativas possibilitará ao apenado a continuação da convivência em família, com a sociedade, dando-lhe sustento e possibilitando a reparação do dano causado de um modo menos agressivo.

3 AS PENAS ALTERNATIVAS E O REGRAMENTO INTERNACIONAL

Fragoso (1981, p. 5), argumenta que o crime se deve a vários fatores sociais e que sua profundidade perpassa para além da punição, na elaboração de um plano político e econômico capaz de arcar com as consequências geradas:

A pena não se funda na retribuição nem tem qualquer outro fundamento metafísico. Destina-se à proteção de bens jurídicos e deflui, para o Estado, de sua função de tutor e mantenedor da ordem jurídica. Como se diz na exposição de motivos do projeto alternativo alemão (1966), a pena é a amarga necessidade de um sistema social de seres imperfeitos. Como *Alf Ross* demonstrou, a tradicional contraposição entre retribuição e prevenção constitui um falso problema, pois se refere a questões diversas (fundamento do sistema punitivo e escopo da pena). A retribuição nada tem a ver com o escopo da pena.

Na visão de Pimentel (1986, p. 275), o destaque vem através da ampliação do fato de que as sanções penais podem além de punir e intimidar passando a fortificar os contornos internos do condenado e ressocializá-lo.

3.1 Regras de Tokyo enquanto instituto recepcionado

Segundo a Série de tratados internacionais de direito humanos publicada pelo CNJ em 2016:

Estas Regras Mínimas Padrão enunciam uma série de princípios básicos que visam promover o uso de medidas não privativas de liberdade, assim como garantias mínimas para os indivíduos submetidos a medidas substitutivas ao aprisionamento. (Regras de Tóquio: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade/ Conselho Nacional de Justiça; Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi - Brasília: CNJ, 2016., p.8)

Este regramento visou promover o envolvimento e a participação da coletividade no processo da justiça criminal, especificamente no tratamento dos infratores, assim como desenvolver nestes o sentido de responsabilidade para com a sociedade.

Sua aplicação deve levar em consideração a situação política, econômica, social e cultural de cada país e os objetivos de seu sistema de justiça criminal.

Nesse sentido, destaca-se a participação dos Estados-Membros que devem desenvolver em seus sistemas jurídicos medidas não privativas de liberdade para proporcionar outras opções e assim reduzir a utilização do encarceramento e racionalizar as políticas de justiça criminal, levando em consideração a observância aos direitos humanos, as exigências da justiça social e as necessidades de reabilitação dos infratores.

E isso inclui, obviamente, desde as medidas tomadas na fase pré-julgamento até as da fase pós-sentença. O número e as espécies de medidas não privativas de liberdade disponíveis devem ser determinados de modo que seja ainda possível a fixação coerente da pena.

3.2 Da Supervisão

No quesito da aplicabilidade do sistema alternativo, vemos surgir a necessidade da supervisão, tem por objetivo diminuir os casos de reincidência e facilitar a reintegração do infrator na sociedade de modo a reduzir ao máximo as oportunidades de reincidência.

Quando uma medida não privativa de liberdade requer supervisão, esta deve ser exercida por uma autoridade competente, nas condições definidas pela lei. 10.3 Em relação a determinada medida não privativa de liberdade, convém estipular o regime de supervisão e tratamento mais adaptado ao infrator visando ajudá-lo em sua correção. Este regime deve ser periodicamente examinado e revisto. (Regras de Tóquio: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade/ Conselho Nacional de Justiça; Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi - Brasília: CNJ, 2016., p.10)

O importante destaque se faz para a oferta da assistência psicológica, social e material que deverá, se necessário, ser dada aos infratores, além da geração de oportunidades para fortalecer os vínculos com a sociedade visando facilitar sua reintegração.

3.3 Pesquisa, planejamento, elaboração e avaliação das políticas

De modo geral, o aspecto do planejamento, mostra-se essencial como esforço para envolver entidades tanto públicas e privadas na organização e na promoção da pesquisa sobre o tratamento dos infratores em meio aberto.

A pesquisa sobre os problemas que enfrentam os clientes, os profissionais, a comunidade e os responsáveis, deve ser feita regularmente. 20.3 Os mecanismos de pesquisa e informação devem ser criados dentro do sistema de justiça criminal para a coleta e análise de dados e estatísticas a fim de implementar o tratamento não institucionalizado de infratores. (Regras de Tóquio: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade/ Conselho Nacional de Justiça; Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi - Brasília: CNJ, 2016., p.12)

O CNJ ainda destaca a necessidade de e desenvolver mecanismos apropriados para os diversos níveis, de modo a fomentar a criação de vínculos entre serviços responsáveis por medidas não privativas de liberdade, outros setores do sistema de justiça criminal, desenvolvimento social e organismos do bem-estar, tanto governamentais quanto não governamentais, em áreas como saúde, moradia, educação e trabalho e os meios de comunicação.

E ainda na ordem internacional que a cooperação científica é indispensável entre países. Pesquisa, treinamento, assistência e troca de informações devem ser fortalecidas por meio dos institutos das Nações Unidas para a prevenção ao crime e o tratamento de infratores, tudo em estreita colaboração com a Seção de Prevenção ao Crime e Justiça Criminal do Centro de Desenvolvimento Social e Assuntos Humanitários do Secretariado das Nações Unidas.

4 AS ESPECIFICIDADES DE CADA TIPO

Após vermos sobre o histórico da criação adentraremos em cada tipo descrito no Art. 43 do Código Penal brasileiro, buscando demonstrar para além de sua conceituação, o que o estado da arte vem coletando de informações a respeito deste fato jurídico e para além disso, adentrar em especificidades pouco exploradas.

4.1 Prestação Pecuniária

Segundo o site do CNJ, a pena pecuniária pune aqueles crimes de menor potencial ofensivo com o pagamento em moeda e é aplicada, em regra, em sentença inferior a quatro anos de reclusão, de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, sem previsão de regime fechado. A prioridade são as vítimas dos crimes ou seus dependentes, porém a opção mais utilizada é doar para projetos sociais.

No ano de 2012, o próprio Conselho ficou a política do Poder Judiciário para o uso de recursos com a Resolução de nº154. Desde então, os recursos são depositados em conta bancária vinculada às Varas de Execução Penal (VEPs) ou Varas de Penas e Medidas Alternativas (VEMEPAs), em vez de serem distribuídas em várias entidades. Neste caso, movimenta-se o dinheiro apenas através de alvará judicial.

A norma proíbe que as entidades cadastradas sejam escolhidas de forma aleatória. Assim promovem-se convênios a fim de atender um número maior de beneficiários regularmente constituídos.

A previsão para utilização da verba é na aplicação de atividades de cunho social, saúde e educação e a prestação de contas na forma prevista deve ser realizada para o respectivo tribunal.

4.2 Perda de bens e valores

Esta pena possui inclusive regramento próprio instituído pela Lei nº 9.714 de 1998. Segundo Damásio E. de Jesus, no cálculo: "Considera-se o prejuízo causado pela infração penal ou o proveito obtido pelo autor do fato ou terceiro. E, se houver diferença entre o prejuízo da vítima e o montante do proveito obtido pelo sujeito? Ex.: crime de estelionato. Considera-se o maior".

De acordo com tais indicações, percebe-se o cuidado do legislador em fornecer meios para a aplicação dessa substitutiva como tentativa de reparar o dano causado e retirar do autor o equivalente ao proveito auferido com o crime, atingindo para isso, patrimônio lícito do agente.

Sendo esse o objetivo querido pelo legislador com a pena de perda de bens e valores, outra figura ingressa gerando confusão, o confisco.

Bem, apesar da distinção estar mais do que defendida, a aplicabilidade da perda de bens e valores encontra-se desviada de uma teoria mais do que cabível. Atualmente, sentenças condenatórias não trouxeram, ou minimamente, a referida pena alternativa em suas decisões, bem como não há jurisprudência formulada que revele o entendimento do judiciário brasileiro sobre o tema, além do conflito doutrinário existente.

Logo, foi possível alcançar diversos mecanismos que fossem suficientes para compreensão da recente aplicada perda de bens e valores como pena substitutiva a privativa de liberdade, entretanto, a falta de estudos aprofundados e a pertinência de sua aplicação, uma vez que há outro instituto que faz muitas vezes seu papel, acaba por tornar a pena de perda de bens e valores inaplicável, gerando sua ineficiência.

4.3 Limitação de fim de semana

Este parece ser um instituto que fica restrito apenas ao sentido material, pois a limitação de fim de semana, como pena restritiva de direitos, consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 05 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. Citada modalidade de pena quase não é aplicada devido à falta de casa de albergado e de profissionais qualificados para ministrar os cursos e palestras estabelecidos no artigo 48, parágrafo único do Código Penal e artigo 152 da Lei das Execuções Penais.

O juiz, diante da impossibilidade da execução da pena de limitação de fim de semana por ausência de condições materiais, poderá conceder a suspensão da pena nos termos do artigo 77 do Código Penal.

4.4 Prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas

Conhecida pela sigla PSC, esta é a pena alternativa mais aplicada dentro das sentenças penais condenatórias. A prestação de serviço à comunidade é duplamente benéfica, pois serve tanto como uma forma de punição como principalmente uma forma de reeducação do sentenciado, que através dos valores implícitos da prática de tais atividades, pode ser que realmente consiga se conscientizar sobre o mal anteriormente praticado e assim para de delinquir.

Se cumprir com eficiência essa função, tal punição, tem um caráter mais educativo, sendo, portanto, mais benéfica para população em geral e pode tornar-se uma solução mais hábil para a prevenção de crimes.

A Lei de Execução Penal (lei n. 7.210/84) dispõe em seu artigo 149, as atribuições principais do juiz de execução quanto à aplicação da pena de prestação de serviço à comunidade.

Os principais problemas na aplicação da pena de prestação de serviço são a falta de investimentos, de fiscalização, de adequação do condenado ao trabalho, e da organização dos locais disponíveis para a sua realização. "Inúmeras são as dificuldades levantadas, e vão desde a

inexistência de entidades apropriadas e pessoais especializadas até a dificuldade na fiscalização do cumprimento e a aceitação pelo condenado da referida sanção.”

Os gastos com a aplicação da pena de prestação de serviço à comunidade são menores do que os gastos para a manutenção de cadeias públicas ao redor do Brasil, porém mesmo assim o governo ainda não investiu o suficiente para criação de órgãos especializados na aplicação deste tipo de pena em todas as cidades do país.

4.5 Interdição temporária de direitos

De acordo com os ensinamentos de Cezar Bittencourt:

Das modalidades alternativas esta é, sem dúvida nenhuma, a que maior impacto causa na população que recebe, com certo gosto, a efetividade da Justiça Penal. E, ao mesmo tempo, pela gravidade das consequências financeiras que produz, é de grande potencial preventivo geral, inibindo abusos e desrespeitos aos deveres funcionais e profissionais, próprios de cada atividade. (Tratado, p.580)

As espécies de interdição temporária de direitos estão previstas nos incisos do art. 47 do CP. Como o próprio nome diz, são temporárias as interdições. Portanto sua duração corresponderá ao tempo da pena privativa de liberdade substituída. A seguir se apresenta cada uma delas.

4.5.1. Proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo (art. 47, I, CP)

Essa é uma punição aplicada àqueles que se enquadram no conceito de funcionário público, determinado no art. 327 do Código Penal. Deve estar no exercício efetivo do cargo e a infração penal cometida deve ter como ação principal a violação dos deveres inerentes ao cargo, função ou atividade.

4.5.2 Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público (art. 47, II, CP)

Neste caso, a punição tem pôr fim a repressão, no sentido de punir o profissional por ter agido sem a observância dos deveres inerentes ao ofício e, também a prevenção, pois, no momento em que aquele profissional é afastado temporariamente do seu labor, evita-se a possível ocorrência de outras infrações semelhantes.

Frise-se que a sanção se restringe apenas à profissão na qual o agente atuou em desacordo com os deveres que lhe eram inerentes. Caso ele exerça duas profissões, e for afastado temporariamente de uma, continuará a exercer a outra normalmente.

Por fim, a Lei de Execução Penal, em seu art. 154, §2º determina que o juiz da execução apreenda os documentos que autorizam o profissional a exercer a função a qual está temporariamente afastado.

4.5.3. Suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo (Art. 47, III, CP)

Esta sanção é destinada àqueles que foram condenados por crime culposo de trânsito. O tempo de duração será o mesmo da pena privativa de liberdade substituída.

O aumento da criminalidade no trânsito hoje é um fato incontestável. O veículo transformou-se em instrumento de vazão da agressividade, da prepotência, do desequilíbrio emocional, que se extravasam na direção perigosa de veículos. E uma das finalidades dessa sanção é afastar do trânsito os autores de delitos culposos, que, no mínimo, *são uns descuidados*.⁸¹

Desta forma, àquele que comete uma infração de trânsito de natureza culposa poderá ter a sua autorização ou habilitação para dirigir veículo temporariamente suspensa. Observe-se que aquele que possui apenas a permissão para dirigir veículo, prevista no §2º do art. 148 do Código de Trânsito Brasileiro⁸² não estará sujeito a esta punição, tendo em vista não haver previsão expressa no inciso para tanto.⁸³

4.5.4. Proibição de frequentar determinados lugares (Art. 47, IV, CP)

Esta sanção, muito criticada pela doutrina, determina que em certos crimes poderá ser aplicada esta pena em substituição à privativa de liberdade, que consiste na privação que o agente possui de frequentar lugares que, de alguma forma, fizeram parte do delito. Assim nos explica Cezar Bittencourt,

Precisa-se ter presente que, para se justificar a proibição de frequentar determinados lugares, é indispensável que exista, pelo menos em tese, uma relação de influência criminógena com o lugar em que a infração penal foi cometida e a personalidade e/ou conduta do apenado e que, por essa razão, se pretende proibir a frequência do infrator-beneficiário da alternativa à pena privativa de liberdade. (Tratado, p.580)

Em momento posterior, o eminente doutrinador afirma que, para adquirir a eficácia esperada da sanção, deve-se combinar o lugar do delito com o próprio delito, bem como com o sujeito ativo, pois a pena deve exercer certa influência em quem praticou o crime, de tal forma que possa prevenir a ocorrência de outros..

4.5.5. A eficácia para o apenado

Quando olhamos para a reincidência específica, retratada pelo parágrafo terceiro, do Art.44 do Código Penal, se verifica a contradição do legislador que num primeiro momento considera o delito cometido passível de recuperação por meio de aplicação das Medidas Alternativas, no entanto quando do cometimento reiterado do mesmo delito a postura torna-se punível mediante aplicação do meio mais gravoso, seja a privação de liberdade.

O que se questiona quando da aplicação do instituto da Reincidência como determinante na substituição do meio de cumprimento de pena, é o quanto se espera que o indivíduo que não recebeu as condições básicas elencadas da Carta Magna a Leis infraconstitucionais, egresso e estigmatizado pela sociedade apresente de maneira efetiva o que se entende por finalidade de punir, anteriormente caracterizado. Barrata (1999, p. 187) expõe:

Partindo da análise fática do sistema penal, vê-se um esgotamento de meios físicos que estão longe da estrutura adequada para o resultado que se espera. Parte da descrença social se funda na falência do sistema que não efetiva o cumprimento literal do texto legal.

Torna-se fundamental, seguindo pela trilha de raciocínio, a conscientização pública acerca da importância da humanização do sistema penitenciário, esclarecendo-se que a cidadania somente se preserva num modelo que corrija as distorções existentes, sob pena de perpetuar-se uma falácia (LEAL, 1998).

Assim, a existência do Estado se justifica mediante promoção de meios eficientes em assegurar o exercício dos direitos fundamentais, elencados na Constituição Federal. Como sociedade organizada torna-se necessária a postura por parte do legislador de impor ao indivíduo deveres, justamente para evitar um prejuízo coletivo social ainda maior, em contrapartida, as Políticas Públicas fornecem condições materiais na execução de qualquer medida.

Portanto, quando o Estado não alcança a efetividade no cumprimento da sua parcela de responsabilidade frente à sociedade, não há como materializar a própria finalidade da pena.

5 CONCLUSÃO

Ainda que existam posicionamentos divergentes quanto a efetividade de se punir no sistema atual, nenhum ato é verdadeiramente executado para mudar o cenário da falta de investimento em políticas públicas, que além de não serem bem vistas pelo núcleo social, geram a expectativa de recuperação do indivíduo recluso.

O estudo demonstrou que há um distanciamento da ideia do legislador da verdadeira execução, pois quando o Estado não encontra meios de suprir o que a própria Lei estabelece, não é possível projetar expectativas além da realidade que se apresenta.

Ao final, como obtivemos fundamentos que demonstram a necessidade de fiscalização que o Estado precisa suprir, envidando esforços para promover políticas eficientes a garantir a finalidade da pena.

Ainda, há que se considerar a necessidade da prevenção, tendo em vista que em todos os parâmetros estudados para elaboração deste trabalho, a pena alternativa ainda mancha a reputação do indivíduo que volta ao contato social rotulado como condenado, mesmo em se tratando de medidas diferentes da tradicional privação de liberdade.

Concluiu-se também que a mudança de consciência sobre o tema é dever não só do Estado, mas da sociedade como um todo, posto que ainda está eivada de uma carga altíssima de preconceito para com essa parcela de pessoas.

Com relação à letra da Lei, questiona-se aqui a seletividade de quais partes do texto legal são executadas. Quando se espera o devido cumprimento, explicar às partes envolvidas que não existe condições para execução é deveras lastimável, inclusive por ser uma exigência para o cumprimento de direitos básicos como a dignidade humana, condição que está além da execução de qualquer pena.

6 REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas**. Saraiva Educação SA, 2017.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-saiba-como-sao-usadas-as-penas-pecuniarias/>>. Acesso em 09 de nov de 2022.

CUNHA, Rogério Sanches et al. Acordo de não persecução penal. **Salvador: JusPodivm**, 2017.

DA SILVA TORRES, Eli Narciso; IRLANDA, Timothy Denis; DE ALMEIDA, Susana Inês. Diagnóstico da política de educação em prisões no Brasil (2020): o desafio da universalização. **Revista Eletrônica de Educação**

DE ALENCAR COSTA, Margareth Torres; DE OLIVEIRA LIMA, Sara Regina; DA CONCEIÇÃO SILVA, Maria do Desterro. ECOS DO BRASIL EM O PÊNDULO DE FOUCAULT. **CES Revista**, v. 31, n. 2, p. 126-143, 2017.

DE ARAÚJO, Adriano. Ponderações sobre a pena privativa de liberdade no âmbito do sistema penal capitalista. **Universitas Jus**, n. 16, 2008.

DE MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Maria Celina Bodin de Moraes, 2003.

DE SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles. Três teses equivocadas sobre as alternativas penais à prisão.

FELTRIN, Atílio Idalino Neto et al. A função punitiva na indenização, demandas repetitivas e punitive damages. 2015.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. A nova lei de segurança nacional. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, v. 35, p. 61-69, 1983.

GOVERNO FEDERAL. Justiça e Segurança Pública, 2014. Estudo feito pelo Depen e Ipea constata o "sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória. Disponível em <<https://www.justica.gov.br/news/pesquisa-sobre-penas-e-medidas-alternativas-traz-dados-ineditos-sobre-justica-criminal>> Acesso em Acesso em 09 de nov de 2022.

JESUS, Damásio E. de. *Penas alternativas: anotações à lei 9.714, de 25 de novembro de 1998*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

JUS BRASIL. Perda de Bens e Valores. Pena Alternativa à Privativa de Liberdade e não Instituto de Efeito à Condenação. Disponível em <<https://beatrizgarcia2130.jusbrasil.com.br/artigos/601588121/perda-de-bens-e-valores>>. Acesso em 09 de nov de 2022.

LEITE, José Rubens Morato; MELO, Melissa Ely. As funções preventivas e precaucionais da responsabilidade civil por danos ambientais. **Seqüência: estudos jurídicos e políticos**, v. 28, n. 55, p. 195-218, 2007.

MACHADO, Belchior de Jesus Cavalcante; PRIMO, Shelley Macias. REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: O adolescente em conflito com a lei e os fatores de delinquência. **FIBRA Lex**, n. 1, 2016.

MARTINS, João Mário et al. Instituição policial militar e segurança pública: análise à luz da política jurídica. 2008.

MARTINS, Larissa Tavares. INTIMIDADE COM PAPEL E PENA: MEMÓRIA FAMILIAR E ESCRITA EPISTOLAR. **Cadernos de Memória e Gestão cultural**, p. 50, 2017.

REALE JÚNIOR, Miguel et al. Penas e medidas de segurança no novo código. 1987.

ROSA, G. R. O PRINCÍPIO DA HUMANIDADE DAS PENAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS LIMITES DA RETRIBUIÇÃO.

SERRA, Marco Alexandre de Souza. Economia política da pena. 2009.

SICA, Leonardo. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. **De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, 2009.

SOUTO, Ana Flávia Lins; DE OLIVEIRA ALVES FILHO, Clodualdo. Penas alternativas e a execução penal no Brasil: instrumentos de reintegração social Alternative sentencing and penal execution in Brazil: instruments of social reintegration. **Brazilian Journal of Development**, v. 7, n. 8, p. 76474-76490, 2021.

SUXBERGER, Antonio; GOMES DE AMARAL, Marianne. A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório (Provisional Execution of Criminal Sentence and Its Conformity to the Presumption of Innocence as a Consequence of the Accusatory System). **Revista de Direito Brasileira**, v. 16, n. 7, p. 186-210, 2017.]

SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO: O VOTO COMO IMPORTANTE INSTRUMENTO DA DEMOCRACIA

ANA KAROLINE DA SILVA BEZERRA:
graduanda do Curso de Direito da Faculdade
Serra do Carmo, Palmas – TO.

LEONARDO NAVARRO AQUILINO²⁴

(orientador)

RESUMO: A proposta deste trabalho é discutir sobre a importância do voto como instrumento de participação popular na política brasileira. Neste sentido, buscar-se-á evidenciar a relação do tema sob a perspectiva histórica e relatar quais são os meios de apuração de votos e suas especificidades. A temática em questão é recorrente no meio acadêmico, em virtude da repercussão atingida nos períodos de pleitos eleitorais. Para tal propósito, além de perquirir a natureza jurídica do instituto em comento, serão listados os principais argumentos favoráveis a urnas eletrônicas e ao sistema do voto impresso em face da Constituição Federal de 1988. Deste modo, abordar as premissas expostas acima, na busca de demonstrar a importância do voto para a consolidação da nossa democracia.

Palavras-chave: Voto; Estado Democrático de Direito; Urnas Eletrônicas.

ABSTRACT: The purpose of this work is to discuss the importance of voting as an instrument of popular participation in Brazilian politics. In this sense, we will seek to highlight the relationship of the theme from the historical and current perspective, in the light of the Democratic State of Law, as well as on the means of counting votes. The theme in question is recurrent in the academic environment, due to the repercussion reached in the periods of electoral elections. For this purpose, in addition to investigating the legal nature of the institute in question, the main arguments in favor of electronic voting machines and the system of printed voting in the face of the Federal Constitution of 1988 will be listed. demonstrate the importance of voting for the consolidation of our democracy.

Keywords: Vote; Democratic state; Electronic voting machines.

1. INTRODUÇÃO

A temática versada neste trabalho dispõe sobre a importância do voto no sistema eleitoral brasileiro e abarca a história de como ocorreram as eleições ao longo dos anos, desde o período imperial até o período de vigência do Estado Democrático de Direito, assim como, abordar sobre os mecanismos de apuração de votos, os quais consistem basicamente em urnas eletrônicas e o voto impresso, à luz da Carta Magna.

²⁴ Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília e Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Rio Preto. Advogado e professor da Faculdade Serra do Carmo - FASEC.

A partir de 1988, foi implementado o Sufrágio Universal, por meio da Constituição Federal promulgada naquele ano, que consiste em um benefício que garante a todos o direito ao voto, isto é, aqueles que atenderem as normas legais, ou seja, os cidadãos acima de 16 (dezesseis) anos de idade, homens e mulheres, alfabetizados e analfabetos, sem distinção de renda, raça, origem, sexo ou qualquer outro critério discriminatório. Com o Sufrágio Universal, verifica-se que houve uma ampliação dos critérios da participação popular na vida política, todavia, na história do Brasil, nem sempre foi dessa forma.

Quando se iniciaram as eleições no Brasil para se decidir os primeiros representantes e outras questões importantes, a forma de apuração de votos se dava de maneira manual, pois há séculos atrás, a realidade era precária e não tínhamos os mecanismos tecnológicos dos dias atuais para viabilizar a contagem dos votos de maneira mais transparente e justa possível. Como já se sabe, tudo que é novo traz consigo desafios e com o decorrer do tempo, a sociedade brasileira foi evoluindo e se organizando a fim de estabelecer ordem e melhoria para a população.

O sistema de voto impresso foi bastante utilizado por um bom tempo no sistema eleitoral brasileiro, porém, por ser um sistema de apuração de votos frágil e bem mais suscetível a fraudes eleitorais, houve-se a necessidade de modificar esse cenário, e então, começaram a discutir sobre o sistema de apuração de votos mecanizado e assim tal projeto desenvolveu-se e restou exitoso. O fruto desse projeto resultou na criação das chamadas Urnas Eletrônicas, os quais foram implementadas a partir de 1996 e tem sido utilizada até os dias atuais com bastante sucesso.

Registre-se que a metodologia utilizada foi feita por meio de pesquisas bibliográficas, de caráter exploratória, com análise qualitativa, em observância as leis no que tange ao tema em comento. Desse modo, o estudo do objeto deste artigo é de suma importância ao que concerne ao sistema eleitoral brasileiro, pois tem-se em consideração que o voto é um instrumento que perfectibiliza a atuação da Democracia, atual regime adotado em nosso ordenamento jurídico.

2. ELEIÇÕES: DO PERÍODO IMPERIAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Inicialmente, sabe-se que o Brasil comparado com a idade de outros países, é considerado um país "jovem", pois fora descoberto no ano de 1500 e em 1549 surge a criação do Estado do Brasil, cuja sede se situava em Salvador, na Bahia, enquanto outros países já estavam anos luz a frente, no que diz respeito a desenvolvimento econômico, social e político.

O Brasil, passou por diversas vivências históricas, em vários níveis e sob todos os aspectos possíveis, mas no que tange ao tema em comento, ou seja, sobre como se deram as eleições ao longo desse decorrer histórico, destaca-se que as primeiras eleições gerais, inspiradas na Constituição Espanhola, ocorreram em 1821, quando o país ainda pertencia a Portugal, com a finalidade de escolher os representantes às Cortes de Lisboa, porém, já se ocorriam as eleições tão somente para se eleger os governos locais das vilas e cidades.

Em 07 de março de 1821, houve a promulgação de instruções, que determinavam que as eleições se dessem em quatro graus, em que o povo escolhia os seus compromissários, e assim, os

compromissários escolhiam os seus eleitores de uma comarca e ao final, estes determinavam quem ocuparia os cargos de deputados. Registre-se ainda, que a primeira lei eleitoral foi publicada em 19 de junho de 1822, ocasião em que a matéria eleitoral foi discutida para as eleições da época. Em síntese, o ato normativo disciplinava, em seu Capítulo I, a qual trata das Eleições, que as nomeações dos deputados para a Assembleia Geral Constituinte do Brasil seriam realizadas por Eleitores das Paróquias, nos termos do seu art. 1º. O art. 7º e 8º estabeleciam a legitimidade ativa e passiva eleitoral.

Art. 7. Têm direito a votar nas Eleições Paroquiais todo o cidadão casado e todo aquele que tiver 20 anos para cima sendo solteiro, e não for filho-família. Devem, porém, todos os votantes ter pelos menos um ano de residência na Freguesia onde derem o seu voto.

Art. 8. São excluídos do voto todos aqueles que receberem salários ou soldadas por qualquer modo que seja. Não são compreendidos nesta regra unicamente os Guardas-Livros e 1ºs caixeiros de casas de comércio, os criados da Casa Real, que não forem de galão branco e os administradores de fazendas rurais e fábricas.

Faz-se necessário observar que os mecanismos eleitorais empregados neste período eram reconhecidos como Instruções, o que em outras palavras atualmente, conhecido como lei eleitoral. Logo mais, em 1824, o processo eleitoral passa por modificações relevantes, pois estando o país em estado de independência, com a outorga da primeira Constituição pelo imperador, Dom Pedro I, determina a realização das eleições para a escolha de representantes dos poderes executivo e legislativo, ocasião em que foi contemplada a primeira eleição nacional para os cargos da Assembleia Legislativa.

Com a Constituição Política em vigor, os poderes políticos eram reconhecidos por meio de quatro poderes, sendo em Poder Moderador, Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, nos termos do seu art. 10º. Ao poder moderador foi-lhe dado maior ênfase, pois de acordo com art. 98 da Constituição vigente neste período, este era o que comandava toda a organização política, exercido pelo Imperador, na condição de chefe supremo da nação.

Art. 10. "Os poderes políticos reconhecidos pela Constituição do Império são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial."

Ao dia posterior da promulgação da Constituição, foram convocadas eleições gerais para a Assembleia Legislativa, sendo acompanhadas das instruções que versava sobre o procedimento de como ocorreriam tais eleições. Assim, ficou estabelecido que as eleições nas cidades e vilas seriam realizadas por meio das câmaras.

No Capítulo VI da referida Constituição de 1824, determinou que as eleições seriam realizadas de forma indireta e definiu aqueles que poderiam ser considerados como ativos e quem poderiam ter direito ao voto. Logo, para ser reputado como um eleitor qualificado para as eleições primárias, o cidadão deveria atender determinados requisitos, quais sejam: ser cidadão brasileiro

em gozo de seus direitos políticos, ser do sexo masculino, ter no mínimo 25 (vinte e cinco) anos, ou aqueles, que mesmo não ter atingido esta idade, já eram bacharéis, clérigos ou oficiais, e os que tinham suas rendas comprovadas.

Outro ponto importante sobre as eleições primárias, que a Lei de 1824 disciplinava que os eleitores que faltassem sem justa causa, as tais eleições, estariam sujeitos a multa no valor de 30 (trinta mil réis) a 60 (sessenta mil réis), sendo os valores arrecadados destinado as repartições de instrução públicas. Assim também se procedia, as câmaras das cabeças dos distritos e aos colégios eleitorais que não cumprissem com suas obrigações, os quais estariam suscetíveis ao pagamento de multas no valor de 300 a 600 mil réis, sendo os valores destinados aos cursos jurídicos.

Para as eleições secundárias, ou seja, de segundo grau, além de comprovar os requisitos mencionados, exigia-se, renda líquida anual de duzentos mil réis. No tocante ao alistamento, eram realizados pelas juntas paroquias e antes das eleições, sendo elas fixadas nas portas das igrejas católicas. Em 1875, foi criado por meio do Decreto n. 2675 de 20 de outubro de 1875 (Brasil, 1875), um documento para cada eleitor, que seria nos dias atuais, o chamado titulo eleitoral, a qual o respectivo documento deveria conter identificação do eleitor e da localidade.

Por meio da Constituição Imperial, implementou-se o chamado voto censitário, que basicamente, traduz-se como uma restrição, ou melhor, uma delimitação do direito ao voto apenas a determinados grupos, que de modo geral, seriam aqueles que deveriam ter uma renda mínima anual de "cem mil réis". Todavia, a renda mínima passou a ser de R\$ 200\$000 (duzentos mil réis) para o votante e R\$ 400\$000 (quatrocentos mil réis) para o eleitor, com a publicação da Lei nº 387/1846.

Levando em consideração que neste período havia uma sociedade manifestamente escravocrata, o voto censitário tinha como característica peculiar, excluir grande parte da população, tornando-se uma sociedade oprimida, sendo tal modalidade de voto um artifício exclusivo das elites. Para a sociedade oitocentista, os escravos pertenciam ao mercado e sequer poderia ser contabilizado no cálculo da população a qual determinada o número de deputados que cada província deveria entregar. Portanto, a representatividade estava ligada apenas ao mundo dos homens livres e com

O povo daquela época, isto é, aqueles que se enquadravam dentro das condições para exercer o direito ao voto, não decidiam diretamente quem seria os seus representantes, pois, a população votante era segmentada entre eleitores de paróquia e os eleitores de província. Os eleitores de paróquia, em suma, seriam todos aqueles que demonstrasse uma renda anual mínima de pelo menos 100 (cem) mil réis para votar nos eleitores de província, que, por seu turno, deveriam comprovar renda anual mínima de 200 (duzentos) mil réis para poder votar nos candidatos ao cargo de Senador e Deputado.

Ressalte-se que os candidatos ao cargo de Deputado, tinha a incumbência de comprovar renda mínima de 400 (quatrocentos) mil réis por ano, enquanto aqueles que pretendiam o cargo de Senador, deveria comprovar renda mais elevada ainda, sendo de 800 (oitocentos) mil réis.

Portando, os cargos legislativos do País na época do império, eram obtidos apenas por cidadãos que tinham poder aquisitivo elevado, sendo inadmissível a participação de outras pessoas que faziam parte das camadas populares inferiores.

A fim de que os requisitos legais fossem atendidos no que diz respeito ao processo eleitoral, foram concebidas no ano de 1846, as denominadas Juntas de Qualificação de Votantes. Estas entidades ficavam responsáveis em organizar o alistamento eleitoral, bem como, formar de maneira anual os livros de votantes que continham as listas gerais dos cidadãos com direito a votar na eleição de eleitores, para vereadores das Câmaras Municipais e juízes de paz.

Os livros citados eram muito importantes para o processo eleitoral da época, pois as informações inseridas nestes possibilitavam que fosse realizados estudos mais solidificados acerca do perfil do eleitorado, local em que se registrava a qualificação do indivíduo e suas propriedades e rendimentos, sendo, desse modo, considerados como fontes documentais para as eleições do período.

Em 1881, foi promulgada Lei Saraiva (Lei do Censo), considerada como um marco na legislação eleitoral, a qual pôs fim às eleições indiretas no país, ocasião em que se passou a vigorar o sistema de eleições direta, o alistamento passou a ser encargo da magistratura e fora extinta as juntas paroquiais de qualificação.

Com a adoção do novo sistema, para a aquisição do direito ao voto, fazia-se necessário ser brasileiro alfabetizado, maior de 21 anos e com renda líquida anual mínima de duzentos mil réis, decorrentes de bens de raiz, emprego, comércio, indústria, conforme preceitua o art. 2º do Decreto nº 3.029, de 9 de janeiro de 1881 (Brasil, 1881). Nota-se que fora mantido o voto censitário, e além de provar as condições de renda, a população eleitoral deveria comprovar que sabia ler e escrever, sendo proibido de votar os analfabetos.

Com a instituição do primeiro Código Eleitoral Brasileiro mediante Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932 (BRASIL, 1932), houve uma modificação significativa no campo dos direitos, pois foi a ocasião em que foi implementado o voto secreto, o direito ao voto feminino, o sistema de representação proporcional de votação e a instituição da Justiça Eleitoral com jurisdição em todo o território nacional, sendo este representado pelas instituições: Tribunal Superior Eleitoral e Tribunais Regionais Eleitorais.

Imperioso ressaltar que o primeiro Código Eleitoral, em seu artigo 57, item 2, inciso II, já previa o uso de máquinas de votação, mas apenas concretizou-se em 1990, quando foi inaugurada a utilização das urnas eletrônicas.

Art. 57. Resguarda o sigilo do voto um dos processos mencionados abaixo.

I - Consta o primeiro das seguintes providencias:

1) uso de sobrecartas oficiais, uniformes, opacas, numeradas de 1 a 9 em séries, pelo presidente, á medida que são entregues aos eleitores;

- 2) isolamento do eleitor em gabinete indevassavel, para o só efeito de introduzir a cedula de sua escolha na sobrecarta e, em seguida, fecha-la;
- 3) verificação da identidade da sobrecarta, a vista do número e rubricas;
- 4) emprego de uma suficientemente ampla para que se não acumulem as sobrecartas na ordem em que são recebidas.

II - Consta o segundo das seguintes providencias:

- 1) registro obrigatorio dos candidatos, até 5 dias antes da eleição;
- 2) uso das máquinas de votar, regulado oportunamente pelo Tribunal Superior, de acôrdo com o regime dêste Código.

O Alistamento eleitoral passou a ser obrigatório e realizado pelos Cartórios Eleitorais, sujeitos a sanção os que deixassem de fazê-lo. Além do mais, os cidadãos que fossem maiores de 21 anos e sem distinção de sexo poderiam votar, estando excluídos os mendigos, analfabetos e os praças de pré, excetuados os alunos das escolas militares de ensino superior, os aspirantes a oficial, os suboficiais, os guardas civis e quaisquer funcionários da fiscalização administrativa, federal ou local.

Ademais, competia à Secretaria do Tribunal ou ao Cartório Eleitoral, organizar a ficha datiloscópica do peticionário, preparar três vias do título eleitoral, devendo conter a fotografia do alistando, a sua assinatura e impressão digito-polegar direita, ou na falta do polegar, a de outro dedo, que é então indicado. Os cartórios possuíam a incumbência de remeter os processos concluídos semanalmente à Secretaria do Tribunal Regional, e esta, à Secretaria do Tribunal Superior, as peças destinadas ao seu arquivo. Caberia, por fim, aos Tribunais Regionais ordenar as respectivas secretarias a entrega imediata do título eleitoral, quando não impugnada, no prazo legal, a inscrição do alistando e quando rejeitada a impugnação em sentença irrecurável.

Com a chegada da nova ordem no país, que ficou conhecido como Estado Novo, este regime pôs fim a Justiça Eleitoral, permanecendo extinta durante 8 (oito) anos, de 1937 a 1945. A Justiça Eleitoral é uma importante instituição para o funcionamento da democracia brasileira, sendo considerada como referência mundial. Com o fim do Estado Novo, em 1945, a Justiça Eleitoral fora implementada novamente no sistema eleitoral brasileiro, mediante a promulgação de um novo Código Eleitoral com vigência em todo o território nacional, que ficara conhecido como “Lei Agamenon”, em homenagem ao ministro da justiça, Agamenon Magalhães, o qual foi o responsável pela elaboração do respectivo *Codex*. O respectivo Código, em suma, dedicava exclusividade aos partidos políticos no tocante a apresentação de candidatos.

Em 1950, houve a celebração de outro Código Eleitoral, elaborado pelo Senador, à época, Ivo de Aquino, a qual introduziu determinadas modificações, como por exemplo, a exclusão do procedimento de alistamento *ex officio*, o que passou a ser realizado por meio de requerimento

em que o próprio eleitor poderia fazer e a atribuição dos lugares não preenchidos com o cumprimento dos quocientes partidários aos partidos políticos que alcançassem as maiores médias.

Além do mais, sob a vigência deste Código, houve a inserção de um título específico que regulava a atividade dos partidos políticos, que considerava estes como pessoas jurídicas de direito público interno, a qual determinava que seriam constituídos de pelo menos, cinquenta mil eleitores, divididos por cinco ou mais circunscrições eleitorais, com o mínimo de 1000 (mil) eleitores em cada uma. Importante destacar que os partidos políticos só adquiriam efetivamente sua personalidade jurídica, após o respectivo registro no TSE.

A possibilidade de ser realizar aliança de dois ou mais partidos políticos eram permitidas, para o fim do registro e da eleição de um ou mais candidatos comuns, em âmbito nacional, regional ou municipal. Pela primeira vez, um capítulo foi dedicado ao tema "propaganda partidária", prevendo garantias e direitos aos partidos políticos, como por exemplo, o direito de fazer a propaganda própria ou dos seus candidatos, mediante cartazes, assim como, quando da realização da campanha eleitoral mediante faixas fixadas em qualquer via pública. Fora vedado aos partidos políticos, receber qualquer valor, seja direta ou indiretamente, contribuições ou auxílio pecuniário de procedência estrangeira, das autoridades públicas, quaisquer recursos de proveniência ilegal, oriunda das sociedades de economia mista e das empresas concessionárias de serviço público.

Em linhas gerais, pode-se concluir diversas situações importantes previstas no Código Eleitoral de 1950, como voto universal, obrigatório e secreto, a presença de sistemas proporcional e majoritário, as juntas especiais passaram a ser intituladas como Juntas Eleitorais, cuja competência consistia primordialmente na apuração das eleições ocorridas nas zonas eleitorais. Insta registrar ainda, que foi preconizado a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal.

Tais previsões não duraram por tanto tempo assim, uma vez que em 1964 iniciou-se o período da ditadura militar no Brasil, conduzida por militares, perdurando este regime por mais de 20 anos, retornando aos status "*quo*", fim das eleições diretas. O período foi marcado por bastante tensão popular, pois anos antes, a população preocupada com a democracia e com a soberania nacional, foram às ruas a fim de manifestar-se contra o comunismo que na época era uma ameaça global.

A manifestação ocorrida em 19 de março de 1964, que ficara bastante conhecida como, a 1ª (primeira) marcha da família com Deus pela liberdade, foi capaz de reunir em média 500 (quinhentas) mil pessoas na cidade de São Paulo. Assim, a população temendo um eventual golpe, que a princípio, emissoras como a Rádio Jornal do Brasil, Rádio Tupi, Rádio Globo e outras, reuniram-se para alertar a população sobre o golpe que estavam preparando, eram a favor de uma intervenção militar, resultando na instituição do então "regime militar", a qual conseqüentemente ocasionou mudanças nas instituições jurídicas, políticas, econômicas, sistemas legais, sobretudo, o sistema eleitoral brasileiro.

Uma das mudanças mais cruciais no sistema eleitoral brasileiro neste período, foi o impedimento do exercício do voto direto para eleger o presidente da república, governadores, prefeitos e senadores, restando apenas os deputados federais, estaduais e vereadores que eram escolhidos por meio das urnas.

O presidente eleito daquele período, Castello Branco, editou o Ato Institucional nº 2, a qual, dentre outras medidas, determinou a extinção dos partidos políticos. Destaca-se que, à luz da atual Constituição Brasileira, o pluralismo político é considerado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Logo no início do ano de 1966, foram organizados dois partidos políticos que em síntese, dividiram o cenário político brasileiro em: MDB (Movimento Democrático Brasileiro) e Arena (Aliança Renovadora Nacional), sendo que o MDB se revestiu do partido de oposição e de outro lado, o Arena tornou-se o partido de governo.

Posteriormente, em 1968, o presidente Costa e Silva decretou o Ato Institucional nº 5, com decisões no sentido de conceder plenos poderes ao governo, momento em que o Congresso Nacional fora fechado e diversos parlamentares tiveram os seus direitos cassados. Assim, o cenário político se perdurou até o ano 1972, quando foram restauradas as eleições diretas para o cargo de Senador e Prefeito.

Insatisfeita com o atual regime que governava o Brasil, grande parte da população foram às ruas com o objetivo de manifestar e pleitear pelo retorno das eleições diretas. As manifestações ficaram conhecida como Diretas Já, as quais apoiavam o projeto de emenda de Dante de Oliveira apresentado em 1985, que tinha como objeto tornar as eleições presidenciais diretas, todavia, a emenda não foi aprovada pelo crivo do Congresso. Este regime perdurou até 1985, marcado pelas últimas eleições com Tancredo Neves na presidência, eleito mediante voto indireto.

Com a promulgação da Constituição em 1988, houve a inserção dos direitos civis, sociais e políticos, como por exemplo, a garantia das liberdades democráticas e das eleições diretas. O primeiro presidente eleito democraticamente após o período do regime militar de 1964, foi Fernando Collor de Mello em 1989 e desde então as eleições têm-se realizado de forma direta, em obediência a legislação eleitoral, a qual possui disposições que determinam igualdade na participação entre os candidatos durante a campanha eleitoral, e sobretudo, a Constituição Cidadã.

3.O VOTO DIRETO E SECRETO COMO CLÁSULA PÉTREA

A priori, faz-se necessário esclarecer que o sistema eleitoral brasileiro atual é pautado sob a direção de um Estado Democrático de Direito, sendo um dos principais instrumentos de democratização dentro do ordenamento jurídico eleitoral brasileiro: o voto. Neste sentido, o art. 14 em seu caput, constante na Carta Magna, dispõe que a soberania popular seja exercida por meio do sufrágio universal, de forma direta e secreta, com direito igual para todos, em conformidade com a legislação, assim como, por meio de referendo, plebiscito e iniciativa popular. O sufrágio universal pode ser conceituado como uma prerrogativa designada a determinados cidadãos hábeis ou aptos de acordo com a legislação vigente, para que eles possam cooperar de forma direta ou indireta das eleições do país.

Entretanto, nem sempre foi assim, o voto, como ato político, sofreu diversas transformações ao longo dos anos. Conforme já abordado, no período imperial, prevalecia o voto censitário, em que apenas parte da população possuía o direito ao sufrágio. O voto podia ser realizado mediante

procuração e os títulos eleitorais eram corriqueiramente falsificados, o que demonstrava que o sistema eleitoral era bastante frágil e facilmente sujeito a fraudes eleitorais.

Destarte, há registros desde então do chamado voto de cabresto, que ocorreu durante a República dos Coronéis, quando a família real já havia sido destituída do poder e estamos diante da República Velha, que ficara dividida em duas vertentes: a República da Espada e a República dos Coronéis. Foi na República dos Coronéis que o voto do cabresto ficou marcado, pois neste período o país vivia em um cenário preponderantemente rural e era o coronel que detinha a autoridade sobre a população local, o qual se valia do poder político para coagir os subordinados a votar nos seus aliados.

Passados alguns anos, há o implemento do voto feminino e o voto secreto no sistema eleitoral brasileiro, tornando o processo eleitoral mais transparente. Com o movimento Diretas Já em 1984, iniciou-se o processo de redemocratização e após 20 (vinte) anos, Tancredo Neves é eleito como o primeiro presidente, todavia, quem assumiu foi José Sarney, seu vice-presidente, pois Tancredo Neves falecera antes de tomar posse.

Com o avanço dos direitos civis e políticos, foi promulgada a Constituição Cidadã que vigora até os dias atuais, a qual consagrou o voto como direto, secreto, universal e periódico como cláusula pétrea. Ademais, a Carta Magna, conferiu as pessoas entre 16 (dezesseis) e 17 (dezesete) anos e aos maiores de 70 (setenta) anos, assim como, analfabetos, o direito ao voto facultativo.

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

- I - plebiscito;
- II - referendo;
- III - iniciativa popular.

§ 1º O alistamento eleitoral e o **voto** são:

I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

II - facultativos para:

- a) os analfabetos;**
- b) os maiores de setenta anos;**
- c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.**

Cumpra esclarecer que o voto direto, secreto, universal e periódico, não pode em nenhuma hipótese ser objeto de Emenda Constitucional, cujo objetivo seja aboli-lo, sendo, portanto, tal dispositivo, considerado como cláusula pétrea, consoante inciso II, parágrafo 4, art. 60 da CRFB/88.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Um fato importante sobre os analfabetos, que estes tiveram durante 357 anos o direito ao voto, desde as primeiras eleições democráticas, que foram realizadas por João Ramalho, no ano de 1532, até o ano de 1889. Com o surgimento de República Velha (1889 a 1930), aboliu-se os analfabetos do rol de legitimados passivos eleitorais. Tal vedação estendeu-se até a publicação da Emenda Constitucional nº 25/1985, concedendo o direito de votar novamente aos analfabetos, sendo este direito conservado pela Constituição Cidadã de 1988.

O princípio da imediatividade do sufrágio, que a princípio, é uma das principais características do sistema eleitoral brasileiro, estipula que o voto seja uma forma de manifestação da vontade do (a) eleitor (a) de forma imediata, sem a possibilidade de interferência de terceiros, com a finalidade de preservar a real vontade do respectivo eleitor ou eleitora. De igual modo, a fim de assegurar tal direito aos cidadãos, o princípio da universalidade do sufrágio, determina dentro dos parâmetros da razoabilidade, para que todos tenham acesso ao exercício pleno do direito ao voto.

4.O SURGIMENTO HISTÓRICO DAS URNAS ELETRÔNICAS

As urnas eletrônicas possuem um papel de suma importância para o sistema eleitoral brasileiro, pois, por meio delas, se faz a apuração dos votos para as eleições em geral. Pode-se afirmar que um dos momentos mais importantes para o processo eleitoral brasileiro, foi a mudança de apuração dos votos em papel para o voto eletrônico.

A priori, vale esclarecer, a fim de evitar dubiedade, a distinção entre sufrágio, o voto e o escrutínio, sendo que o primeiro consiste em um poder inerente aos eleitores de participarem da vida de ingerência pública. O voto resta sendo um instrumento de materialização do respectivo poder e por fim, o escrutínio sendo conceituado como a forma em que se pratica o voto na prática.

Logo, o escrutínio é o procedimento em que ocorre o momento de votação na escolha árdua de eleger os representantes da população brasileira.

Na concepção moderna, a representação política, é considerada umas das mais importantes características da democracia, pois implica o deferimento de mandatos políticos, por meio dos quais os representantes eleitos pelo povo, exercem o poder em nome deste.

Após saber o conceito teórico do instituto jurídico eleitoral democrático denominado voto, que em sua origem oriunda do latim *“votum”* significa *“promessa”*, passa-se a compreender como surgiu a adoção das urnas eletrônicas no sistema eleitoral brasileiro. Ocorre que, antes à implementação das urnas eletrônicas, a contabilização dos votos era realizada, por meio de cédulas físicas, com previsão no Código Eleitoral.

Com efeito, vale frisar que o Código Eleitoral em sua elaboração e internalização no ordenamento jurídico ocorreram em 1965, cuja realidade histórico-cultural é bem distinta do século presente. Portanto, as Urnas Eletrônicas foram aderidas com prévia legislação, por meio da Lei das Eleições, mais especificamente em seu artigo 59 e seguintes.

Para o estudioso e jurista do Direito Eleitoral, Jaime Barreiros Neto (2016, p. 327) dispõe que:

(...) “A urna eletrônica contabilizará cada voto, assegurando-lhe o sigilo e inviolabilidade, garantida a ampla fiscalização do processo aos candidatos, partidos políticos e coligações. Mediante assinatura digital, a urna eletrônica disporá de recursos aptos ao registro digital de cada voto e a identificação da urna em que foi registrado, resguardado o anonimato do eleitor”.

Desse modo, a confidência nas eleições como visto anteriormente, é garantido por meio da inviolabilidade do emprego de urnas eletrônicas, consoante consta no art. 61 da Lei n. 9.504 de 30 de setembro de 1997 (BRASIL, 1997), assim como, pelo isolamento do eleitor no ato de votação, dentro de uma cabine reservada.

Em verdade, o Código Eleitoral de 1932 já previa o uso das máquinas de votar, logo, a urna mecânica foi precursora da urna eletrônica, sendo uma invenção do brasileiro Sócrates Ricardo Puntel, o qual a apresentou no ano de 1960. Ocorre que, na década de 80, deu-se início ao processo de informatização da Justiça Eleitoral Brasileira, ocasião em que foi inaugurado o cadastro único e de maneira informatizada de aproximadamente 70 (setenta) milhões de eleitores, mediante recadastramento eletrônico nacional.

Anterior a criação do Cadastro Único, cada Tribunal Regional Eleitoral (TRE) procedia o registro de maneira independente, o que resultava na abertura de espaço para a existência de fraudes nos dados. Os eleitores com registro em mais de um estado e os cidadãos mortos com cadastros ainda ativos, por exemplo, retratavam algumas situações de possível fraude, as quais foram evitadas com a criação do referido cadastro, cuja identificação se dava por meio de uma numeração nacional.

O recadastramento oportunizou diversas formas de modernização no âmbito eleitoral. Das quais destacam-se: a implementação de um parque computacional próprio para o TSE, considerando 27 (vinte e sete) para os Tribunais Regionais Eleitorais e 2854 (dois mil e oitocentos e cinquenta e quatro) para as Zonas Eleitorais em todo o território nacional e a inserção de uma rede de transmissão de dados, como elo de ligação de todo o parque computacional da Justiça Eleitoral.

No decorrer do ano de 1994, com os eleitores já registrados em um cadastro nacional, realizaram-se a implantação da totalização informatizada dos votos, ou seja, na eleição daquele ano, os votos foram apurados manualmente, mas posteriormente digitados e totalizados por computadores. Após essa inovação, um grupo de juristas e técnicos de informática formaram uma comissão e apresentaram um protótipo da urna eletrônica.

A construção deste projeto técnico para o uso das urnas eletrônicas, sem deixar de mencionar os programas e o equipamento, contou com a ajuda de uma equipe de especialistas em informática, Comunicação e Eletrônica da Justiça Eleitoral, do Ministério da Ciência e Tecnologia, do Ministério das Comunicações e das Forças Armadas.

Primordialmente, a nova urna foi denominada de Coletor Eletrônico de Votos. Com o uso desta máquina, procurou-se identificar as alternativas para a automação do processo de votação e determinar as medidas necessárias à sua inserção em mais de 50 (cinquenta) municípios brasileiros a partir das eleições do ano de 1996.

Para viabilizar a experiência do eleitor no momento de votação, foram definidos alguns pressupostos técnicos de suma importância, como:

- a) utilização de números para a indicação do voto;
- b) teclado da urna eletrônica elaborado na mesma disposição do telefone.

Ainda no ano de 1996, o projeto finalmente foi concluído e a primeira votação eletrônica do Brasil foi realizada neste mesmo ano. Desse modo, as urnas eletrônicas adquiridas foram empregadas em toda a região do Estado do Rio de Janeiro, assim como, nas capitais dos demais estados, nos municípios cujo total de eleitores ultrapassavam 200 (duzentos mil), o que totalizava 57 (cinquenta e sete) cidades no país. Um terço dos quase 100 (cem) milhões de eleitores votaram com a ajuda das urnas eletrônicas nas eleições municipais.

As Urnas Eletrônicas podem ser conceituadas como microcomputadores desenvolvidos e personalizados a fim de serem instrumentos do processo eleitoral. Registre-se ainda, que tais máquinas não possuem qualquer conexão com a internet o que dificulta à prática de fraude. Ademais, as urnas eletrônicas são compostas pelo terminal do mesário, local em que é feita a identificação do eleitor e pelo terminal do eleitor, onde registra-se o voto.

Em linhas gerais, as urnas eletrônicas foram projetadas para cumprirem com seu propósito mesmo com ausência de energia elétrica, a fim de que não seja prejudicado o processo de votação

ou uma eventual perda de dados. Isto ocorre porque as urnas possuem uma espécie de bateria que fica internamente e com capacidade de produzir autonomia até 12 (doze) horas.

Ressalte-se que os dados coletados por cada urna eletrônica são armazenados em cartões de memória flash e há possibilidade de serem encaminhados de uma urna a outra, tornando-se possível a substituição de equipamentos na hipótese de ocorrer falhas técnicas. De acordo com as instruções do Tribunal Superior Eleitoral, existem dois tipos de cartões denominados de flash card interno, que é utilizado para armazenar os dados de aplicações e dados relacionados as eleições, como por exemplo, as informações sobre os candidatos e os eleitores. O outro cartão é conhecido como flash card externo, sendo utilizado como cópia de segurança (backup) dos dados que ficam no flash card interno, nas situações em que as urnas eletrônicas venham apresentar defeitos.

No tocante aos sistemas operacionais, as Urnas Eletrônicas utilizaram os sistemas VirtuOS e Windows CE de 1996 até 2006, a fim de otimizar o processo eleitoral. De 2008 em diante, o ecossistema a qual consubstancia-se basicamente no conjunto de 28 aplicativos que mecanizam as tarefas para o funcionamento do aparelho, fora migrado para ambiente de software denominado Linux, desenvolvido totalmente pelo Tribunal Superior Eleitoral. Neste mesmo ano, iniciou-se o processo de implementação da identificação biométrica dos eleitores e a divulgação dos Boletins de Urnas. Além do mais, o sistema impactou de forma positiva para o processo eleitoral, resultando na redução de custos.

As urnas eletrônicas existem há 20 anos, em que pese a idade e os ciclos evolutivos, ainda se constata algumas dificuldades e obstáculos no que tange à confiabilidade, segurança e transparência dos sistemas utilizados. No decorrer de duas décadas, as urnas eletrônicas já passaram por diversos procedimentos de aprimoramento e atualização a fim de melhorar sua segurança. É evidente que os desafios são muitos e se faz necessário unir esforços da sociedade em geral para preservar e colher frutos no futuro de uma democracia em seu sentido mais amplo.

5.0 SISTEMA DO VOTO IMPRESSO

O voto impresso não é uma novidade, pois temos países que ainda adotam esse sistema de apuração de votos, como a maioria dos estados norte-americanos que compõem os Estados Unidos da América. Diferentemente do que ocorre no Brasil, os Estados Unidos adotam o modelo de eleições indiretas, a qual é dividida em duas fases, sendo a primeira denominada eleições primárias, para a indicação do candidato para a Convenção Nacional Partidária e a segunda, considerada eleição final, realizada pelo Colégio Eleitoral.

Grande parte das jurisdições norte-americanas, como Colorado, Havaí, Oregon, Utah, Washington adotam a contagem de votos manualmente por meio das cédulas de papel. Outros estados, utilizam outros métodos de apuração de votos, como Gravação Direta Eletrônica (DRE) e Dispositivos de Marcação de Votos (BMD).

O sistema de Gravação Direta Eletrônica utiliza máquinas que apuram votos de forma direta e ficam armazenados na memória do computador e há outros sistemas (DRE) que são equipados com uma impressora. Logo, as escolhas realizadas por cada eleitor, ficam registradas em um disco rígido, sendo possível, os registros serem submetidos a um processo de recontagem de votos.

Por outro lado, o sistema de Dispositivo de Marcação de Voto, consiste em um mecanismo de acessibilidade para os cidadãos portadores de deficiência. Pois estes, possuem uma tela sensível ao toque, acompanhada de áudio e outros recursos que facilitam o acesso.

Face a estas três modalidades de votação adotadas nos Estados Unidos, alguns especialistas em segurança eleitoral de universidades renomadas como Stanford e Harvard, recomendam a utilização unificada pelos estados norte-americanos do sistema de Gravação Direta Eletrônica (DRE), por serem consideradas com uma das melhores opções, pois garante mais celeridade na apuração dos votos, mais acessível e simplifica a logística durante o processo eleitoral.

Em que pese haja um consenso entre tais especialistas, há argumentos contrários as urnas eletrônicas, no sentido de que o sistema eletrônico apresenta grande vulnerabilidade à ataques cibernéticos realizados por hackers, além do argumento de que, com a utilização da Gravação Direta Eletrônica sem comprovante auditável via cédulas de papel, fica mais difícil de se detectar possíveis falhas e violações.

No decorrer dos últimos anos, existiram diversas tentativas de implementação do voto impresso no sistema eleitoral brasileiro, como a mais recente por meio da PEC 135/2019, porém todas as tentativas restaram infrutíferas, tendo em vista ser incompatível com a Constituição Federal. À luz do que dispõe o inciso II, § 4 do art. 60 da CRFB/88 (BRASIL, 1988), a adoção das cédulas físicas a fim de proporcionar um sistema de votação eleitoral mais transparente acaba que por ferir cláusula pétreia, pois de forma indireta, estaria se abolindo o voto secreto.

A bem da verdade, a contagem manual dos votos, na concepção dos ministros da Suprema Corte Brasileira, é considerada uma volta ao tempo, aonde as fraudes eram generalizadas e os exemplos se multiplicavam, portanto, seria um retrocesso sair de um sistema que tem funcionado bem e voltar a outro tipo de sistema, como o voto impresso, que funcionou mal. Com o voto impresso, seria impossível evitar situações em que eleitores mal intencionados se utilizassem do argumento de que o seu voto não corresponde ao que fora inserido na urna eletrônica e aos candidatos que insatisfeitos com os resultados promovessem diversas ações judiciais a fim apenas de embaraçar o processo eleitoral.

Mas, por outro viés, compreende-se a vontade popular a respeito da necessidade de confiar de forma plena no sistema eleitoral, devido os inúmeros rombos prejudiciais aos cofres públicos decorrentes de corrupção por parte dos representantes políticos, a possibilidade de ataques cibernéticos capazes de interferir na apuração real dos votos, o que de certo modo gera tanta insegurança. Entretanto, o Tribunal Superior Eleitoral, órgão responsável pela organização das eleições, tem manifestado no sentido de passar para a população que as Urnas Eletrônicas têm cumprido o seu papel garantido a lisura das eleições, tanto é que, desde que implementada, tem-se visto a alternância de representantes conforme o anseio popular.

A respeito do tema, o Tribunal Superior Eleitoral publicou a seguinte nota em uma de suas redes sociais, na data 12/11/2020:

“A urna funciona de maneira isolada, isto é: não tem QUALQUER possibilidade de conexão (com ou sem fio) à internet ou via bluetooth, o que já praticamente elimina qualquer possibilidade de ataque ou invasão por hackers. Ela nem sequer tem mecanismos que permitem conexão a redes”.

Compreendendo a angústia da população em geral e o desespero por medidas que possam parar o movimento político desagregador, acreditam que implementar o voto impresso poderia assegurar a segurança e transparência no processo de apuração dos votos, caso ocorra alguma tentativa de fraude e assim com as cédulas físicas seria possível fazer a recontagem de votos.

Todavia, notoriamente, sob o aspecto jurídico, tal medida poderia agravar a situação, pois a aderência às cédulas físicas poderia ocasionar a suscetibilidade de fraude, ou seja, facilitaria aos opositores a praticar fraude, e assim abrir uma margem de diversas outras problemáticas, como recursos que os cofres públicos teriam que desembolsar para a manutenção do voto impresso, inúmeras ações judiciais e ao fim gerar até mesmo uma crise institucional.

Pode-se concluir que o sistema de votação eletrônico possibilita o exercício da cidadania com maior segurança, considerando que a urna eletrônica foi criada para computar votos de maneira sigilosa, com melhor custo-benefício.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de uma análise bibliográfica, o presente artigo procurou compreender a importância do voto no sistema eleitoral brasileiro sob a perspectiva da construção histórica e face as mudanças ao longo da evolução da sociedade brasileira. Ademais, buscou-se evidenciar a origem histórica da adoção às urnas eletrônicas e o antagonismo existente entre estas e o voto impresso.

As eleições diretas representam uma grande conquista para a população, sendo considerada um importante mecanismo democrático que dá voz ao povo, que se perfectibiliza por meio do voto, seja por meio das urnas eletrônicas ou cédulas físicas. Foi demonstrado que as urnas eletrônicas foram desenvolvidas e aperfeiçoadas ao longo dos anos a fim de assegurar a segurança do voto, sendo as cédulas físicas um modelo ultrapassado de apuração de votos, uma vez que está mais sujeito às fraudes eleitorais, conforme já se tem registros na história, e totalmente incompatível com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Em verdade, à luz da Carta Magna, o voto é um poder-dever que dá voz ao povo. Uma vez que o voto seja sinônimo de poder e ao passo que todo poder emana do povo, conclui-se que o povo é soberano e submisso a si mesmo, o qual possui a incumbência de zelar pelo atual sistema eleitoral, a fim de resguardar a Democracia.

Por essas razões, o voto impresso torna-se ilegítimo para ser implementado no ordenamento jurídico, em virtude do retrocesso que causaria em todos os aspectos, com risco maior a fraudes e alto custo financeiro. Assim, deve-se prevalecer a atuação das urnas eletrônicas,

que garantem a inviolabilidade do voto, sob a tutela do Tribunal Superior Eleitoral, que tem trabalhado para que as eleições sejam iguais, justas e transparentes.

REFERÊNCIAS

ANTONUCCI, Janaina Lopes. **Voto impresso: segurança ou retrocesso?**: uma análise da tramitação da PEC 135/2019. 2021. 54 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciência Política) — Universidade de Brasília, Brasília, 2021. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/31058>. Acesso em: 4 set. 2022;

BARROSO, Roberto. Barroso sobre voto impresso: "Um verdadeiro retrocesso". 12 ago. 2021; Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=8xhIKbtgSAE>>. Acesso em: 26 out. 2022;

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 nov. 2021;

BRASIL. Lei n. 6.996, 7 de junho de 1982. Dispõe sobre a utilização de processamento eletrônico de dados nos serviços eleitorais e dá outras providências: Diário Oficial da União, Brasília, 1982;

BRASIL. Lei n. 9.504, 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições: Diário Oficial da União, Brasília, 1997;

BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro, RJ: Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brasil, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 02 out. 2022;

BRASIL. Decreto nº 3029 (1881). Lei Saraiva, Art. 2. Reforma a legislação eleitoral. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/termos/lei-saraiva>>. Acesso em: 02 out. 2022;

BRASIL. Decreto nº 21.076 (1932). Código Eleitoral Brasileiro. Rio de Janeiro, 1932. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 02 out. 2022;

BRASIL. Lei nº 1.164 (1950). Código Eleitoral Brasileiro. Rio de Janeiro, 1950. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-1164-24-julho-1950-361738-norma-pl.html>. Acesso em: 02 out. 2022;

BRASIL. Decreto-lei nº 2.675, de 20 de outubro de 1875. Reforma e legislação eleitoral: edição federal, São Paulo, 1875;

BRASIL. Decisão nº 57, de 19 de junho de 1822. Instruções, a que se refere o Real Decreto de 3 de junho do corrente ano que manda convocar uma Assembleia Geral Constituinte e Legislativa para o Reino do Brasil, 1822. Disponível em: <<http://www.ibrade.org/wp-content/uploads/2018/03/Decis%C3%A3o-n%C2%BA-57-de-19-de-junho-de-1822.compressed.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2022;

FERRÃO, I. G. et al. **Urnas Eletrônicas no Brasil: linha do tempo, evolução e falhas e desafios de segurança.** Revista Brasileira de Computação Aplicada, Passo Fundo, v. 11, n. 2, pp. 1-12, jul. 2019.

FERRARI, Murillo. **Papel, correio e urna eletrônica: conheça os diferentes tipos de votação nos EUA.** CNN, 2020. Disponível em: < <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/votacao-nos-estados-unidos-ainda-e-feita-majoritariamente-com-cedulas-de-papel/>>. Acesso em: 23 out. 2022;

FERREIRA, Manoel Rodrigues. **A evolução do sistema eleitoral brasileiro.** – 2ª Edição, revisada e alterada. Brasília: TSE/SDI, 2005;

NETO, Jaime Barreiros. **Direito Eleitoral.** – 6º Edição, revista ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2016;

SOUSA, Rainer Gonçalves. **O processo eleitoral no Brasil império.** Mundo educação. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/historiadobrasil/o-processo-eleitoral-no-brasil-imperio.htm>. Acesso em: 13, out. 2022;

TSE: Tribunal Superior Eleitoral: informatização do voto. Disponível em: < <https://www.tse.jus.br/o-tse/cultura-e-historia/museu-do-voto/temas/informatizacao-do-voto>>. Acesso em: 02 de out. de 2022;

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. A urna funciona de maneira isolada, isto é: não tem QUALQUER possibilidade de conexão (com ou sem fio) à internet ou via bluetooth, o que já praticamente elimina qualquer possibilidade de ataque ou invasão por hackers. Ela nem sequer tem mecanismos que permitem conexão a redes. Brasília, 12 nov. 2020. Disponível em: < <https://twitter.com/tsejusbr/status/1327065103364186113>>. Acesso em: 26 out. 2022;

VOTING EQUIPMENT. **Verified Voting,** 2020. Disponível em: < <https://verifiedvoting.org/votingequipment/>>. Acesso em: 23, out. 2022;

VOTING EQUIPMENT. **Verified Voting,** 2020. Disponível em: < <https://verifiedvoting.org/votingequipment/>>. Acesso em: 23, out. 2022.

O ATIVISMO JUDICIAL À LUZ DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DO CARÁTER CRIATIVO DA INTEPRETAÇÃO JURÍDICA

JULIAN MIGUEL DE ALMEIDA:
Graduando em Direito pelo Centro
Universitário Fametro.

RESUMO: Cada vez mais juízes recorrerem à interpretação da Constituição no seu cotidiano, principalmente quando recorrem à hermenêutica para conseguir tomar decisões voltadas para o Judiciário. No entanto existem casos chamados de Ativismo Judicial no qual os juízes acabam tomando decisões com base na sua própria interpretação da lei, se valendo de que a sua decisão é a mais coerente mesmo superando os limites estabelecidos na hermenêutica constitucional. O ativismo judicial também está presente em casos em que os juízes tomam decisões dentro do Judiciário de matérias que estão relacionadas a outros poderes, podendo resultar em um acúmulo de demandas para o Judiciário. Este artigo tem como objetivo geral analisar o ativismo judicial e a sua reformulação do uso da hermenêutica perante as decisões do Judiciário frente aos direitos fundamentais dos cidadãos. Trata-se de uma revisão de literatura, onde se busca apresentar estudos apontados para a prática do ativismo judicial, no qual foram consultadas as bases de dados Scielo e Google Acadêmico, bem como leis, decretos, artigos e livros para embasar a prática do ativismo judicial para efetiva os direitos fundamentais. Como resultados, o ativismo judicial pode colaborar com a efetividade dos direitos fundamentais pois parte da interpretação do juiz para tomar decisões tanto em no Poder Judiciário como em outro Poder.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica. Ativismo Judicial. Direitos Fundamentais.

Sumário: 1. Introdução. 2. Princípio da Separação dos Poderes: 2.1 Evolução histórica; 2.2 Visão de Montesquieu; 2.3 Concepção atual; 3. Ativismo Judicial: 3.1 Conceito e Origem; 3.2 Ativismo no Brasil; 3.3 Ativismo judicial e a interpretação jurídica; 3.4 Casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal. 4. Conclusão. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário passou a assumir outros papéis que foram se tornando cada vez mais importantes porque se apresentou como o responsável pela concretização da Carta Magna, no entanto, para que possa garantir os direitos fundamentais à população, foi necessário existir uma interpretação jurídica inovadora para que pudesse fazer com que a Constituição fosse cumprida.

Para alguns doutrinadores, o Poder Judiciário se apresentou não condizente com a Constituição Federal de 1988, quando apresentou normas que pudessem violar as cláusulas pétreas voltadas para os direitos fundamentais que envolvem os cidadãos. Com base nisso, o caráter

criativo voltado para as decisões ativistas pertencentes ao judiciário trouxe consigo maneiras de realizar a interpretação jurídica da hermenêutica filosófica, jurídica e constitucional, como tem sido feito pelo Supremo Tribunal Federal.

Este artigo, tem como principal objetivo analisar o ativismo judicial e a sua reformulação no uso da hermenêutica perante as decisões do Judiciário frente aos direitos fundamentais dos cidadãos. Como objetivos específicos busca-se demonstrar através da evolução histórica do constitucionalismo, o processo de positivação e conquista dos direitos fundamentais na Carta de 1988; Descrever o caráter criativo voltado para as decisões ativistas do Judiciário, no qual se direciona diferentes formas de aplicar a interpretação jurídica; Explicar como ocorreu o processo de surgimento e divergências doutrinárias voltadas para o ativismo judicial no país, verificando-se a análise da ação de constitucionalidade.

Trata-se de uma revisão de literatura, onde se busca apresentar estudos apontados para a prática do ativismo judicial, no qual foram consultadas as bases de dados Scielo e Google Acadêmico, bem como leis, decretos, artigos e livros para embasar a prática do ativismo judicial efetiva dos direitos fundamentais.

2 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Compreende-se que o princípio da separação dos poderes traz consigo um modelo político que busca aplicar uma melhor governança por parte do Estado através da divisão de órgãos que passaram a serem independentes e distintos, pois está especializado em uma área do governo. Esse princípio entende que o Governo possui áreas que precisam ser independentes, mas que precisam estar em harmonia, mas que não precisa e nem deve ingressar na área do outro poder.

2.1 Evolução histórica

Para que possa haver uma compreensão de como ocorre a separação dos poderes, faz-se necessário primeiramente compreender como surgiu o Estado. Assim, pode-se explicar que a expressão Estado advém do latim *status*, que por sua vez foi citada pela primeira vez na obra famosa de Maquiavel, conhecida como O Príncipe, como descreve Dallari (2010, p.51), que "É fora de discussão que a palavra "Estado" se impôs através da difusão e pelo prestígio do Príncipe de Maquiavel". A obra começa como se sabe, como estas palavras: "Todo os estados, todos os domínios que imperaram e imperam sobre os homens, foram e são ou repúblicas ou principados".

Assim, há certos rumores com relação em que época de fato surgiu os Estados. Alguns doutrinadores afirmam que surgiu em meados do século XVII, por outro lado outros autores descrevem como no período posterior aquele século. Entretanto, há quem possa mencionar que o Estado existe desde a época do surgimento do ser humano na terra; por outro lado, outros também afirmam que o Estado passou a surgir depois que o homem ficou com necessidades no qual forma

estabelecidas e impostas, como ocorreu no surgimento das primeiras cidades ou comunidades (SCHREIBER, 2019, p. 122).

Com a concretização do Estado, surgiu o absolutismo e a soberania de um rei ficou consolidada, sendo a sua principal função a de Estado, vista como uma autoridade superior em todo o território atuante e pertencente ao seu reinado. Assim, todo o Estado estava diretamente relacionado com a decisão do monarca, e não a uma instituição que se apresentaria despersonalizada. Sendo assim, considerando o monarca como o “fiador da segurança social” (QUEIROZ, 2015, p. 88).

De acordo com Carvalho (1999, p. 99) o absolutismo foi considerado como um vocábulo que trouxe consigo uma filosofia política junto com toda a sua história, dentro de um sistema político que tomou toda a Europa durante o século XII, nos primeiros séculos da Idade Moderna, logo após a queda do feudalismo, com o surgimento do liberalismo político que veio consigo a devida separação dos poderes.

Vale ressaltar, que essa mudança de paradigma não ocorreu de forma imediata. Houve um processo lento e gradual que resultou na finalização da base legitimadora do absolutismo monárquico, visto que sucedeu uma ligação junto com outros assuntos, tais quais: economia, política e o exercício do poder político (BITTAR, 2007, p.211).

Entretanto, posteriormente o excessivo poder concentrado nas mãos de uma única pessoa, que no caso seria o monarca, causou tempos depois uma série de indignação por parte das próprias camadas sociais que eram submetidas à decisão do rei, com a principal acusação de abuso de poder e alta rigidez. Algumas revoluções foram acontecendo ao redor do mundo nesse mesmo período, todos com o principal intuito de retirar o poder centralizado das mãos de um rei, como a que aconteceu na França com a Revolução Francesa, representada pela Queda da Bastilha, que era o principal símbolo da opressão absolutista.

Entretanto, a separação de poderes não é algo que é da modernidade, pois esta filosofia encontra-se presente desde a época de Aristóteles, visto que nesse período já foi presenciada a necessidade de existir uma divisão orgânica e funcional do poder estatal. Porém, nesses primórdios, o foco principal era de evitar que houvesse desigualdade ao longo do tempo, visto a necessidade de limitar o poder do homem sobre outro. Por isso, grandes pensadores surgiram para marcar essa época como Platão, Aristóteles, Locke e Montesquieu (CARVALHO, 1999).

Dessa maneira, Ferreira Filho (2015, p.135) discrimina que: “A Separação de Poderes”, como se indicou acima, pressupõe a tripartição das funções do Estado, ou seja, a distinção das funções legislativa, administrativa (ou executiva) e jurisdicional. Essa classificação que é devida a Montesquieu encontra, porém, antecedentes na obra de Aristóteles e Locke”.

A literatura traz consigo a ideia de que se foi se tornando ainda mais complicado relacionar a criação da teoria da separação de poderes somente a uma única pessoa, Visto que, filosoficamente, o primeiro a mencionar a separação de poderes foi Platão, no qual passou a identificar a necessidade de existir uma divisão das funções do Estado. Depois disso, surgiu Aristóteles que trouxe consigo o conceito de constituição mista, no qual discrimina existir três tipos de autoridades, sendo elas: realeza, aristocracia e governo constitucional (CARVALHO, 1999).

2.2. Visão de Montesquieu

Apesar de existirem outros pensadores, na época, que tratasse sobre a separação dos poderes, somente a visão de Montesquieu se apresentou como a principal para sistematizar a teoria da Separação dos Poderes, quando criou a sua obra intitulada de *L'Esprit des Lois*, que foi publicada no ano de 1748. Assim, pode-se afirmar que essa obra se apresentou como uma definição e classificação dos Poderes do Estado, que além de tudo trouxe consigo toda a esquematização das suas próprias funções, extensões e limites no intuito de evitar com que um poder pudesse sobrepor outro (NOVELINO, 2014, p. 111).

Além disso, Montesquieu ressaltou que em cada Estado existem três tipos de poderes, que por sua vez são: Poder Legislativo, Poder Executivo e o Poder Judiciário (que depende do direito civil). Dessa maneira, pode-se afirmar que o primeiro cria leis temporárias ou permanentes, bem como possui autoridade para corrigi-las ou ainda ab-roga as que são criadas. Por outro lado, o segundo poder traz consigo o poder diplomata de receber ou enviar embaixadas para defender a pátria de guerras ou ainda criar alianças com outros países, estabelecendo com suas decisões a segurança nacional contra invasões ou atentados. O terceiro, por sua vez, está direcionado para julgar crimes, delitos litígios da esfera particular além de ser ter também o poder executivo do Estado (MONTESQUIEU, 2010, p.100).

A crítica gira em torno da problemática que pode acontecer quando um Poder quer exercer função do outro, diante disso pode-se citar a visão de Montesquieu (2010, p. 75), no qual discrimina que:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade; porque é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente. Tampouco há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estiver unido ao poder legislativo será arbitrário o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos; pois o juiz será legislador. Se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor.

Por isso que em sua obra, Montesquieu apresentou o receio pertinente em torno do acúmulo de decisões em um determinado Poder, sendo este a capacidade atribuída para legislar,

julgar e executar, passando a exercer uma tirania, indo em desarmonia à visão democrática, agindo contra a própria liberdade dos cidadãos. Assim, estaria comprometida a democracia se o mesmo homem pudesse criar as leis, executar estas e ainda julgá-las.

Por isso, o próprio pensador francês passou a estabelecer três órgãos que são distintos para exercer três funções (poderes), como descreve Lenza (2016, p.433): [...] o grande pensador francês inovou dizendo que tais funções estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano.

Desse modo, a visão de Montesquieu está pautada na separação dos poderes no qual nenhum dos três deve ampliar seu espaço ao ponto de tomar decisões que não estejam dentro de sua esfera, visto a centralização de poderes pode causar excessos. Além disso, a teoria voltada para a separação de poderes passou por um tempo de resignificação por causa de situações no qual um Poder passou a intervir direta ou indiretamente nas atribuições de outros poderes.

2.3 Concepção atual

Destaca-se que Montesquieu tinha uma visão rigorosa sobre a separação dos poderes, no qual frisava a função de cada um e seus respectivos poderes, focando apenas na divisão dos poderes deixando de lado a harmonia e o controle de um Poder em relação ao outro. Por outro lado, Canotilho (2003, p. 101) ressalta que foi demonstrado por Eisenmann que essa teoria trazida à baila por Montesquieu não existiu, visto que se tratava apenas de uma combinação de Poderes. Além disso, o próprio Montesquieu descreveu que esses três poderes isolados causariam impasse na ordem e que precisariam caminhar em concordância.

Dentro desse contexto, Silva (2007, p. 109):

Hoje o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes.

Dentro dessa percepção também pode-se afirmar que as relações entre os poderes não podem ser vistas como atribuições que precisam ser impermeáveis. Dessa maneira, a única forma de fazer com essa separação de Poderes possa conseguir conviver normalmente com a democracia

seria combatendo o arbítrio através do diálogo constitucional que existe entre eles (ABRAMOVAY, 2012, p.89).

Com base nisso, entende-se que os Estados Modernos de fato admitiram a visão de Montesquieu, mas permitiu com que tivesse uma participação entre os poderes, retirando a separação rígida trazida pelo pensador francês.

A partir disso, pode-se constatar que além das funções típicas os órgãos também realizam funções atípicas, pode-se com isso verificar que na atualidade, por exemplo o Legislativo além de sua função típica focada em legislar também exercer outras funções consideradas atípicas que estão incluídas no Poder Executivo e outras atípicas pertencentes à natureza jurisdicional. No entanto, destaca-se que o poder é único, mas que se apresentam através de órgãos que realizam suas funções (LENZA, 2016, p.436).

Além disso, Lenza (2016, p. 437) afirma ainda que o poder do Estado é único, mas o que é separado são as funções para esse poder, que por sua vez é desempenhada por órgãos conforme suas atribuições, mas não há de fato uma divisão entre Poderes. Como também afirma Clève (2016, p.31):

Portanto, a noção de Estado Constitucional (ou de Direito) repousa sobre a ideia da unidade. Aliás, bem ao disse Rousseau, o poder soberano é uno. Não pode sofrer divisão (...). O que a doutrina liberal clássica pretende chamar de separação dos poderes, todavia, não poderia consistir numa estratégia de partição de algo, por natureza, uno e indivisível. Tanto, não poderia ser dividido que as primeiras Constituições procuraram conciliar o pensamento de Rousseau com aquele de Montesquieu. A separação de poderes corresponde a uma divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos e ai sim, autônomos órgãos assim denominados de poderes.

Assim, pode-se afirmar que o Poder é único, mas as funções são separadas, por isso cada órgão possui uma função paralela, não sendo necessário que um faça a função do outro, pois cada um deles já possuem suas funções estabelecidas. Essa separação permite com que os poderes possam exercer seus papéis que é de fazer valer o que está discriminado na Constituição Federal.

3 ATIVISMO JUDICIAL

Adentrar no ativismo precisa primeiramente abordar sobre hermenêutica, visto que o ativismo judicial depende exclusivamente desta. Pode-se afirmar que a hermenêutica tem contraído diferentes significativos, dentre os quais pode-se destacá-la como uma ferramenta de execução da interpretação voltada para tudo que por sua vez possui um significado e sentido. Dentro do campo jurídico, a interpretação está voltada para a forma como se lê os textos jurídicos, em que sofrem

influências pela realidade social no qual está inserido o caso litigioso. Desse modo, a hermenêutica é considerada como um fenômeno conhecido por suas duas acepções: mesmo significado de interpretação ou como teoria da interpretação. Dessa maneira, Maximiliano (1999, p.1): “[...] o erro dos que pretendem substituir uma palavra pela outra; almejam, ao invés de hermenêutica, interpretação. Esta é aplicada daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A hermenêutica é teoria científica da arte de interpretar”.

Por isso, cada vez mais juízes recorrerem à interpretação da Constituição no seu cotidiano, principalmente quando recorrem à hermenêutica para conseguir tomar decisões voltadas para o Judiciário. Diante isto, Coelho (2009, p.63) afirma que:

Ilustrativa dessa realidade é a revolucionária jurisprudência dos cortes constitucionais desenvolvidas a partir da técnica de interpretação das leis conforme a constituição, cujo manejo, cada vez mais ousados, lhes permite construir decisões substancialmente legislativas, em que pesem os esforços de quantos ainda sustentam, com evidente constrangimento, que tais decisões, a despeito das críticas que suscitam, ainda se contêm nos marcos normativos traçados pela constituição.

No entanto, alguns doutrinadores tecem críticas voltadas para o Ativismo Judicial, visto que entendem que o Poder Judiciário padece com a falta de representatividade popular e, por sua vez acaba ferindo o Princípio da Separação dos Poderes quando se manifesta em outros assuntos e matérias que são pertinentes a outros Poderes. Diante a isto, pode-se compreender que o ativismo judicial é a teoria que descreve um comportamento no qual o juiz utiliza-se da sua visão pessoal, ultrapassando limites voltados ao seu poder de julgar e passa a fazer a lei. Além disso, o ativismo judicial é percebido também quando o judiciário passa a tomar decisões dentro de outros Poderes, como acontece quando o Poder Legislativo não chega a um determinado consenso para uma decisão, fazendo-se necessária a atuação do Poder Judiciário.

3.1 Conceito e origem

Vale destacar, a diferenciação que existe entre judicialização e ativismo judicial, no qual precisa ser analisado ambos dentro do Estado Democrático, pois a partir dessa compreensão sabe-se quais reflexões envolvem esses dois fenômenos, como pode-se observar, *in verbis*.

O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais, como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública. Já a judicialização pode ser ruim ou pode não ser. Depende dos níveis e da intensidade em que ela é verificada. Na verdade, sempre existirá algum grau de judicialização (da política) em regimes democráticos que

estejam guarnecidos por uma Constituição normativa (STRECK, 2016, p. 724).

Dessa maneira, pode-se também compreender que a judicialização envolve a capacidade de algumas questões de repercussão política ou social serem atendidas por órgãos do Poder Judiciário, não sendo pelos órgãos convencionais. Além disso, o processo de judicialização faz com que ocorra uma transferência de poder para juízes e tribunas, com modificações voltadas para a argumentação e na forma como a sociedade participa das decisões (BARROSO, 2018, p.2)

Perante o exposto, o ativismo está negativamente relacionado com a democracia, porque envolve a hermenêutica de cada um dos juízes nos tribunais, partindo de visões e comportamentos pessoais. Por isso, pode-se afirmar que o ativismo judicial pode trazer resultados negativos, pois centraliza decisões em uma única pessoa, que muitas vezes não pertence aquele Poder adequado para realizar tal decisão (STRECK, 2015, p. 727).

Insta salientar, que o ativismo judicial é atualmente um assunto que possui ainda uma polêmica a ser discutida, visto que há controvérsias sobre o seu surgimento e toda a sua conceituação, pois existem diversificadas definições. Em vista disso, cita-se que o surgimento desse termo não ocorreu através dos meios judiciais.

Os primeiros marcos da presença desse termo surgiram através de uma revista americana chamada de Arthur Schlesinger Jr., no seu artigo intitulado de " *The Supreme Court: 1947*", no qual houve uma análise nos perfis dos juízes relacionados, no qual alguns foram considerados ativistas judiciais e outros com uma postura de autolimitação, verificando-se a presença de uma postura conservadora e outra mais liberal para cada magistrado analisado (TAVARES; VALLE; VIEIRA, 2008, p. 7713).

Depois dessa análise, o termo passou a ser usado de forma negativa nos Estados Unidos por alguns magistrados constitucionalistas como uma forma de criticar as decisões e posturas de juízes, por não serem de acordo com a opinião judicial que predominava no país (TAVARES; VALLE; VIEIRA, 2008, p. 7714).

Barroso (2018, p.7) afirma que o ativismo judicial surgiu depois de uma decisão da Suprema Corte Norte Americana em uma decisão voltada para a segregação racial. Visto que atuou enfrentando as leis vigentes que por sua vez apoiavam a discriminação, sendo considerada como uma ação progressista. Assim, o termo ativista judicial foi nesse contexto inicial nos Estados Unidos usado para reivindicar direitos voltados para os direitos fundamentais, segue em, *in verbis*:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte, durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa

em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. [...] Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

Em uma outra versão, Carvalho (2009,p.21), afirma que a expressão denominada como Ativismo judicial teve seu surgimento em um tempo mais antigo, na imprensa belga em meados do século XIX, mas que obteve maior repercussão no século XX, nos Estados Unidos, quando a Suprema Corte deu mais importância e efeito para esse termo tornando-o mais abrangente.

3.2 Ativismo no Brasil

O ativismo no Brasil surgiu através da própria Constituição Federal de 1988, no qual a sua promulgação permitiu com que fosse criado um novo padrão constitucional e passou a instituir um Estado Democrático de Direito com o amparo de vários direitos fundamentais, ampliando com isso os meios de busca e efetivação (SILVA, 2017, p.188).

Com isso, o ativismo passou a ter defensores e os que criticam a sua prática. Os que defendem acreditam que envolve a resolução de variadas problemáticas sociais, em contrapartida outros doutrinadores apontam que seu uso causa prejuízos ao poder Judiciário. Entretanto, os apoiadores afirmam que precisa existir uma certa cautela no seu uso na prática e concretização do mesmo, pois acredita-se também que não resolve as problemáticas sociais. Dessa maneira, pode ser considerada como um certo antibiótico poderoso que precisa ter cautela, pois precisa se atentar para que atenção à democracia não seja de fato desviada, deixando passar despercebido toda a representatividade, legitimidade e funcionalidade que o Poder Legislativo possui ao tomar decisões importantes sobre a legislação vigente (BARROSO, 2018, p.19).

Por outro lado, no Brasil o ativismo judicial pode ser representado pelo bom ativismo quando defende a Constituição Federal de 1988, ajudando-a ser concretizada, fazendo com que esta tenha força normativa perante as decisões tomadas nos tribunais. No entanto, se torna um fator negativo quando o ativismo é praticado de forma excessiva fazendo com que seja reconsiderado todo o papel do Poder Judiciário (ABBOUD; MENDES, 2019).

Assim, ao contrário de como o ativismo judicial é visto nos Estados Unidos, muitas vezes como negativo, o chamado “ativismo à brasileira” atua como uma forma de garantir os direitos fundamentais. Dessa Zaneti Jr (2007, p.100) ressalta que no Brasil, o ativismo judicial tem sido usado como uma manifestação da democracia participativa, pois a hermenêutica dos juízes tem sido

usada para realizar uma interpretação voltada para o acesso aos direitos fundamentais, mesmo que tenha sido resultado de uma interpretação subjetiva dos juízes e do tribunal.

3.3 Ativismo judicial e a interpretação jurídica

Pode ser considerada ativista a atitude que parte do próprio Poder Judiciário em invalidar algumas ações realizadas por parte de outros poderes pertencentes ao Estado. Afirma-se que seria ativista a ação de um tribunal que agisse diretamente no sentido de declarar a inconstitucionalidade em alguns atos normativos que estão relacionados a outros poderes. Por outro lado, também pode ser considerado um ativismo judicial quando um determinado tribunal começa a se afastar dos seus próprios precedentes e que deveria respeitar, passando a adotar outra visão própria do que é o Direito em relação a hermenêutica já consagrada em outros precedentes. Além disso, entende-se também como ativismo judicial quando a Corte que deveria julgar passa a legislar, isto é, passa a realizar funções que pertencem a outro Poder. Como resumo, o ativismo judicial é visto como um procedimento realizado por parte de um tribunal no qual suas decisões se afastam da interpretação aceita (ARAÚJO, 2017,p.140).

Assim, a interpretação tem atuado diretamente para a atuação de juízes perante à decisões judiciais. Pode-se concordar que diariamente juízes precisam tomar decisões pautados na lei e na Constituição, mas quando estes apresentam lagunas a serem respondidas e preenchidas, os papéis dos juízes continuam sendo de tomar a decisão mais assertiva à frente de toda a sua interpretação jurídica. No entanto, cada um dos magistrados possui entendimentos diferentes sobre um determinado assunto e suas decisões sofrerão influencias sobre as leis e principalmente sobre o entendimento individual acerca de todos os fatores que se apresentam à sua disposição. No entanto, pode-se afirmar que uma postura deverá ser adotada, o incrementalismo, interpretação evolutiva, ao invés de optar por mudanças radicais de entendimento (ARAÚJO, 201, p.143).

Com base nisso, a hermenêutica passou a ser usada para a efetivação do caráter criativo dentro da interpretação jurídica no qual passou também e envolver a hermenêutica filosófica e jurídica. A hermenêutica filosófica envolve a superação de ideologias que possam estar sendo impregnadas de forma incorreta na sociedade, no qual impossibilita os sujeitos sociais a atuarem além do que estão sendo postos, sendo aplicada para que todos possam compreender de forma correta e racional, evitando com isso conceitos anteriores ou antigos, passando ao olhar como o objeto é atualmente. Por outro lado, em complemento com àquela, a hermenêutica jurídica se utiliza da filosofia para aplicar a interpretação de textos normativos, desempenhando um papel de extrema relevância no Direito (NAKASHIMA, 2009, p.117).

3.4 Casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal

Dentre os exemplos de caso de ativismo judicial no Brasil, o que ganha maior destaque são as práticas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal, por parte do entendimento e interpretação jurídica dos seus magistrados, efetivando o direito fundamental que se apresentaram como

inovador, mas sem cometer ativismo judicial. Como no caso das Uniões Homoafetivas, no qual precisou que fosse feita uma nova interpretação sobre os conceitos de homem e mulher para que fosse possível o reconhecimento de pessoas do mesmo sexo, *in verbis*:

[...] No julgamento da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 132, da relatoria do Min. Carlos Ayres Britto, com o julgamento em 5/5/2011. No julgamento dessas ações, o Supremo Tribunal fez a interpretação conforme o artigo 1.723 do Código Civil, de sorte a entender pela mutação constitucional do art. 226 § 3º, da Constituição Federal, para reconhecer as pessoas do mesmo sexo o regramento infraconstitucional da união estável (no caso em julgamento, união homoafetiva). (ARAÚJO, 2017,p.146).

No julgamento supracitado, o Supremo compreendeu que os conceitos voltados para a união estável entre um homem e uma mulher não poderia ser aplicado para a união entre duas pessoas do mesmo sexo e que por isso não poderia subsistir. Por isso, passou-se a realizar uma outra interpretação judicial no qual cita-se o art. 1.723 do Código Civil que discrimina o impedimento de qualquer interpretação que possa impedir a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Evidentemente, por outros doutrinadores tal decisão representou uma prática de ativismo judicial, pois contraria a própria Constituição Federal no sentido controverso sobre o seu art. 226, § 3º, que discrimina que para o reconhecimento da união estável precisa partir da união entre um homem e uma mulher para que possa compor uma entidade familiar, no qual a lei converte essa união em casamento. No entanto, vale salientar que já fazem anos que as novas interpretações passaram a ser realizadas de forma progressista no qual veio buscando meios de reconhecer a união entre casais homoafetivos, evidenciando que o Supremo Tribunal Federal veio seguindo a linha evolutiva da interpretação jurídica (BRASIL, 1998).

Outro caso de ativismo judiciário, voltado para a interpretação sobre união homoafetiva, ocorreu da seguinte maneira:

No julgamento do Recurso Especial 395.904 (STJ, 2005), por sua vez, foi reconhecida a condição de dependente do parceiro homoafetivo perante o INSS para fins previdenciários. O RESP 395.904 foi julgado em sede de Ação Civil Pública ajuizada perante a 3ª Vara Federal Previdenciária de Porto Alegre (ACP 2000.71.00.009347-0). Por efeito de decisão proferida na ACP, o INSS editou a INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/ DC Nº 25, DE 07 DE JUNHO DE 2000 – DOU DE 08/06/2000, reconhecendo a condição de dependente do parceiro homoafetivo, dando mais um passo no sentido do reconhecimento de direitos inerentes a uniões estáveis homoafetivas (ARAÚJO, 2017,p.146).

Perante às decisões mais inovadoras voltadas a uma legislação vigente, cabe citar a importância dos métodos tradicionais de Hermenêutica Jurídica, no sentido de estabelecer com que existam constrangimentos interpretativos. Nesse sentido, cita-se os métodos gramaticais, conhecimento sistemático histórico e teleológicos não podem ser compreendidos como constrangimentos interpretativos. Alguns constitucionalistas passaram a elaborar teorias de interpretação mais abrangente para fazer com que exista um limite para a discricionariedade judicial por parte dos tribunais (KRELL, 2014, p.295).

De acordo com Wilkinson (2012, p.3) a teoria que envolve a capacidade de interpretar a Constituição ou itens que não constam nela pode ser de teoria cósmica (*cosmic constitutional theories*), apresentando uma forte dose de ironia pela parte em que precisa desvendar os mistérios da Constituição Federal. No entanto, o que o Supremo Tribunal Federal tem feito até então foi realizar uma interpretação judicial no sentido de garantir os direitos fundamentais para situações que são consideradas inovadoras e que ainda não apresentou precedentes nos casos atribuídos pela Constituição, sendo considerado por outros juristas como um ativismo judicial, mas sendo passível de interpretações por parte dos seus magistrados.

Sendo a constituição de família e o reconhecimento da união homoafetiva um direito fundamental da população, pode-se afirmar que o STF intervém de forma inovadora e pode ser considerado como um exemplo no qual o ativismo judicial pode ser considerado como efeito positivo por tentar salvaguardar os direitos fundamentais, visto que, os termos inovadores e as novas configurações sobre união e família tem passado cada vez mais por mudanças que não estão previstas na própria Constituição Federal, passando a sua atualização e interpretação judicial a ser realizada para que possa garantir os direitos fundamentais do povo brasileiro, uma vez que no país existe uma grande dificuldade em realizar tais concretizações voltadas aos direitos fundamentais por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, fazendo com que o Poder Judiciário seja necessário para intervir no intuito de garantir os direitos básicos e fundamentais que está citado na Constituição, mas que precisa de nova interpretação para que possa cumprir com o direito fundamental, não cometendo violação dos poderes porque o STF é o guardião da Constituição Federal, fundamentando suas ações no princípio da dignidade da pessoa humana (GRANJA, 2014, p. 3471).

4 CONCLUSÃO

De acordo com a pesquisa realizada, pode-se compreender que o ativismo judicial teve a sua origem através da segregação racial, no qual as leis americanas traziam consigo a própria discriminação de raças e atuação de magistrados foi justamente transformar a interpretação judicial em práticas que garantissem o direito de todos. No entanto, não há ainda na literatura um conceito efetivo e único sobre a atuação do ativismo judicial, em vista que existe o ativismo no qual representa a atuação do Poder Judiciário na tomada de decisões que pertencem a outros poderes e o ativismo judicial que busca garantir com que os direitos fundamentais possam ser aplicados em interpretações jurídicas que partem da própria Constituição Brasileira.

Apesar dos riscos que o ativismo judicial traz, por depender da hermenêutica de seus magistrados, o caráter positivo e que deve ser aplicado é utilizar do ativismo judicial para trazer interpretações inovadoras que possam incluir e garantir o direito fundamental da população brasileira.

O caráter criativo está voltado para as interpretações que precisam ser realizadas para que possa ser estudada uma nova forma de garantia, uma vez que a sociedade está em constante mudanças voltadas para os principais conceitos relacionados à sexualidade, família, autonomias, classes sociais e outros assuntos que estão em constante debates por se tratar de perspectivas que estão em ininterruptas transformações.

No entanto, a divergência passou a surgir quando passou a existir mais possibilidades do ativismo judicial ser realizado, passando com isso a ter defensores e críticos sobre a sua atuação. Os defensores acreditam em um ativismo que possa ajudar a garantir o direito fundamental do cidadão brasileiro, por outro lado os críticos apontam as falhas relacionadas à judicialização, no qual o Poder Judiciário tenta resolver situações que são pertinentes a outros poderes e que, inclusive a interpretação judicial pode advir por insegurança quando parte-se de algo inovador e que dependa de uma compreensão pessoal e subjetiva do tribunal, visto que cada juiz possui uma base interpretativa própria.

Com base nisso, conclui-se que no Brasil o foco principal do Supremo Tribunal Federal está voltado para as garantias que outros Poderes podem encontrar dificuldade em decidir, voltando-se para garantir os direitos fundamentais a partir de interpretações inovadoras da própria Constituição Federal, como no caso sobre os direitos das uniões homoafetivas como união estável e seus direitos como a todo e qualquer cidadão.

Sugere-se com isso para estudos futuros a prática do ativismo judicial para a garantia dos direitos de trabalhadores, uma vez que a tecnologia tem mudado o conceito sobre o trabalho e práticas laborais, principalmente com o início de práticas denominadas “home office”, que passou a surgir a partir de novas adaptações e configurações de atividades.

5 REFERÊNCIAS

ABBDOUD, G.; MENDES, G.F. Ativismo Judicial: Notas Introdutórias a Uma Polêmica Contemporânea. **Revista dos Tribunais online**. V. 1008, out, 2019.

ABRAMOVAY, P. **Separação de Poderes e Medidas Provisórias**. São Paulo: Elsevier–Campus, 2012.

ARAÚJO, L.H.D. O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori. **Journal of Constitutional Research**. V.5, n.1, jan-abr, 2018.

BITTAR, E. C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática da monografia para os cursos de direito. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, J.J.G. **Direito Constitucional e a teoria da Constituição**. 7ª Ed. Editora Almedina, 2003.

CARVALHO, M.C. **Gestão Social**: alguns apontamentos para o debate. In: Gestão Social-uma questão em debate. São Paulo: EDUC-IEE, 1999.

DALLARI, D.A. **A constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA FILHO, M. G. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRANJA, C.A. O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. **RIDB**, n.5, 2014.

KRELL, A.J. Entre desdém teórico a aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV**, São Paulo, n.10, jan-jun, 2014.

LENZA, P. **Direito Constitucional esquematizado**. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Saraiva, 2010.

NAKASHIMA, A.P. **Hermenêutica filosófica e direitos fundamentais**. 2009. Disponível em:< http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/510/Direito%20Publico%20n102005_Adriano%20de%20Padua%20Nakashima.pdf?sequence=1>. Acesso em 25 de agosto de 2022.

NOVELINO, M. **Manual de Direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Método. 2014.

SCHREIBER, A. **Manual de direito civil contemporâneo**. 2a Ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2019.

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. Ed. Rev. E atualizada até a Emenda Constitucional n. 53, de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros, 2007.

TELETRABALHO PRÉ E PÓS PANDEMIA - SUAS IMPLICAÇÕES NA CULTURA E NA TECNOLOGIA DAS EMPRESAS

OTÁVIO FAUSTO MOREIRA DA FONSECA:

Graduando em Direito pela Faculdade Serra do Carmo.

MURILO BRAZ VIEIRA²⁵

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho aborda ao longo de seus conteúdos sobre o teletrabalho, ressaltando como esse ocorria antes da pandemia, sua importância ao longo da pandemia e as implicações que essa metodologia de trabalho tem dentro do campo tecnológico e empresarial. O mesmo busca responder ao longo de seus dados, a seguinte problemática: Quais são os benefícios com a adoção do teletrabalho para a vida do trabalhador e para a empresa? Quanto ao objetivo geral da pesquisa, o mesmo consiste em evidenciar a aplicação do teletrabalho em períodos de pandemia. Quanto aos objetivos específicos, os mesmos são: descrever as principais jurisprudência e legislação do teletrabalho; demonstrar os impactos no ambiente de trabalho devido a utilização do teletrabalho; analisar como a pandemia se tornou uma base importante para o teletrabalho nas rotinas de trabalho do país. Buscando consolidar os dados apresentados realizou-se uma revisão de literatura, identificando os principais conceitos e análises de autores renomados no campo trabalhista e empresarial, a fim de consolidar como o teletrabalho vem sendo introduzido nas rotinas das empresas, ressaltando os principais benefícios desse procedimento para trabalhadores e organizações.

Palavras-chave: Empresas; Teletrabalho; Trabalhadores.

INTRODUÇÃO

As mudanças desenfreadas da sociedade no final do século XX, anunciavam um novo modelo de relações sociais. Com o pujante avanço tecnológico, diversas barreiras foram rompidas, fazendo com que barreiras espaço-temporais fossem quebradas. Essa nova configuração também chegou nas relações de trabalho, que nas últimas décadas passaram por inúmeros processos de reestruturação e de reconfiguração das relações trabalhistas.

O avanço das tecnologias e a estruturação da internet possibilitou que a comunicação passasse a ser instantânea, fazendo com que a globalização de informações incitasse também as organizações a buscarem novas formas de negócios e de flexibilização para se tornarem competitivas perante o mercado mundial.

²⁵ Mestre em Direito pelo ?. Professor de Direito da Faculdade Serra do Carmo. Advogado. E-mail: prof.murilobraz@fasec.edu.br.

O antigo modelo de trabalho usado antes dos progressos da globalização e da tecnologia, estava diretamente relacionado ao fato de que o empregado cumpria sua carga horária e marcava em relógios ponto. No entanto, essa conduta ficou versátil, onde foi preciso quebrar esse paradigma nas empresas, e proporcionar aos colaboradores autonomia e flexibilização em sua agenda.

A questão problema do presente trabalho é: Quais são os benefícios com a adoção do teletrabalho para a vida do trabalhador e para a empresa? O teletrabalho é uma opção bastante significativa, pois tem uma grande flexibilização de gestão, aumentando a qualidade de vida dos trabalhadores e trazendo resultados positivos para as organizações, que tem seus custos operacionais menores e seus resultados crescentes, além da possibilidade de contratação de mão de obra independente de localizações geográficas.

O trabalho tem por objetivo geral evidenciar a aplicação do teletrabalho em períodos de pandemia. Quanto aos objetivos específicos, os mesmos são: descrever as principais jurisprudência e legislação do teletrabalho; demonstrar os impactos no ambiente de trabalho devido a utilização do teletrabalho; analisar como a pandemia se tornou uma base importante para o teletrabalho nas rotinas de trabalho do país.

A presente pesquisa, se justifica, inicialmente diante da necessidade de procedimentos ou medidas que concedam aos empregados uma oportunidade para estabilizar as rotinas de trabalho. A mesma busca também consolidar ainda mais como a pandemia impactou consideravelmente no processo trabalhista e comerciais, promovendo uma visualização de quais rotinas ou procedimentos podem ser tornar um ponto diferenciado nesse período.

A MP 927 (atualmente revogada) trouxe medidas que poderiam ser adotadas pelos empregadores para preservação do emprego e renda e para o enfrentamento do estado de calamidade reconhecido e em curso, constituindo em hipótese de força maior nos termos do art. 501 da CLT. Autorizou a celebração de acordo individual escrito a fim de assegurar a continuidade do vínculo empregatício, que deveria prevalecer sobre instrumentos normativos, legais ou negociais, observados os limites constitucionais, sendo, sem dúvida alguma, a mais debatida medida no conjunto de novas regras trazidas pelas Medidas Provisórias.

O presente trabalho consiste numa revisão bibliográfica, que pretende falar a Respeito do teletrabalho, e quais são as suas contribuições para as empresas ao longo do período de pré e pós pandemia. Consolidando de que forma esse método de trabalho passou a ser relevante devido as medidas ou procedimentos impostos para minimizar os riscos da COVID-19.

Neste sentido, buscou-se efetuar pesquisas em doutrinas, portais de periódicos, além de investigações relacionadas a leis, decretos e documentos que pudessem sustentar a discussão aqui proposta. Destaca-se que a pesquisa bibliográfica possibilita um estudo mais amplo sobre o tema, pois utiliza-se de uma grande quantidade de fenômenos, diferentemente da pesquisa realizada de maneira direta.

1. DO SURGIMENTO DO TELETRABALHO NO BRASIL

No Brasil, o Teletrabalho passou a ser regulamentado no dia 15 de dezembro de 2011, pela Lei 12.551, que alterou o artigo 6º da Consolidação das Leis de Trabalho (CLT), equiparando os efeitos jurídicos do trabalho realizado fora do estabelecimento ao desenvolvido dentro da empresa, desde que exercido por meios telemáticos e informatizados, e que estejam presentes os requisitos legais e caracterizadores da relação de emprego.

LEI Nº 12.551, DE 15 DE DEZEMBRO DE 2011.

Art. 1º O art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. 12 Parágrafo único. “Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.”

Os meios telemáticos e informatizados são utilizados para comando, controle e supervisão do empregado em regime de teletrabalho (art. 6º, parágrafo único da CLT), de modo que a lei admite o controle do teletrabalho por meio de recursos tecnológicos, ou seja, podem ser softwares que possuem mecanismos para controlar a jornada do empregado em regime de teletrabalho, bem como em caso prestação de serviço por produção ou tarefa, o controle de tais atribuições. Dessa forma, o empregador exercerá seus poderes de comando, controle e supervisão do empregado mesmo que não esteja no ambiente da empresa.

Mesmo com o advento da Lei 12.551 de 2011, em 2017, com a reforma trabalhista (lei 13.467), foi criado um capítulo (Capítulo II-A) na CLT para tratar apenas sobre o teletrabalho, uma vez que, com o avanço tecnológico das comunicações, foi possível cada vez mais poder exercer as funções do trabalho fora das dependências da empresa. Em 2020, com a chegada da COVID-19, as relações de trabalho sofreram uma reformulação jamais vista na história da humanidade, criando uma nova relação entre empregado e empregador, deixando evidente, como o teletrabalho e a sua regulamentação foram fundamentais para o direito do trabalho nacional.²⁶

2.CONCEITO, VANTAGENS E DESVANTAGENS

Em teste, teletrabalho nada mais é que uma espécie de trabalho realizado à distância com a utilização de tecnologia.

²⁶ <https://www.youtube.com/watch?v=jMy3Rk6Vq3w&t=2411s>

Carlos Henrique Bezerra Leite, (2020, p.120), conceitua teletrabalho como “a prestação de serviços à distância, sem a supervisão objetiva do empregador, podendo ser realizado em qualquer lugar no espaço, desde que seja por meio de recursos tecnológicos”.

De acordo com Noêmia Porto e Ricardo Lourenço Filho, (2022, p.168) “teletrabalho é uma modalidade de trabalho em que o empregado labora fora das dependências da empresa, em um ambiente virtual”. Os autores também pontuam que o mero fato de o empregado comparecer de forma eventual às dependências da empresa não descaracteriza a prestação de serviços em teletrabalho, conforme o art. 75-B, parágrafo único da CLT.

Na mesma toada Carla Teresa Martins Romar, (2022, p.87) entende-se teletrabalho “a prestação de serviços majoritariamente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação”. A renomada autora preceitua que o trabalho nessa modalidade deve constar expressamente no contrato individual de trabalho, nos termos do art. 75-C, da CLT.

Em redação dada pela Lei nº 13.467/17 no Art. 75-B da CLT conceitua teletrabalho como:

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho ou trabalho remoto a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não configure trabalho externo. (Redação dada pela Lei nº 14.442, de 2022)

§ 1º O comparecimento, ainda que de modo habitual, às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho ou trabalho remoto.

Etimologicamente “tele” significa longe, e “trabalho” reflete a ideia de prestação de serviço de atividade física ou intelectual. 27

Desse modo, o teletrabalho compreende qualquer tipo de trabalho, desde que a atividade laboral seja exercida fora das dependências físicas da empresa, com o uso predominante da tecnologia, softwares de comunicação, internet, rede sociais, entre outros.

O teletrabalho e seu conceito vêm se desenvolvendo na mesma velocidade em que sua implantação ganha espaço e suas características se distanciam do modelo tradicional.

Para o empregado, o ganho de tempo é significativo, uma vez que não precisa se deslocar até a empresa, ainda mais em grandes metrópoles, um ponto negativo seria o confinamento em casa, fazendo de seu domicílio um lugar de trabalho e descanso ao mesmo tempo. Já para o

27 <https://www.dicionarioinformal.com.br/tele/>

<https://www.dicio.com.br/teletrabalho/>

empregador, as vantagens são reduções de custo com energia, alimentação, vestuário, etc, porém, uma desvantagem é a supervisão do trabalho prestado.

3 TELETRABALHO

Conforme Carlos Henrique Bezerra Leite, (2020, p.120), o teletrabalho não se conceitua como sendo um novo tipo de trabalho, mas sim, uma nova forma de organização do trabalho. A referida distinção é essencial, primeiramente porque quando se fala em uma relação laboral, estabelecida nos moldes do teletrabalho, não se está falando de uma relação que não se submete as normas do direito vigente, bem como está sujeita aos enquadramentos para o desenvolvimento deste tipo de relação da moral. Mas, o teletrabalho de um modo geral é apenas uma nova forma de organização do trabalho.

Segundo pesquisa foi realizada pela SAP CONSULTORIA EM RECURSOS HUMANOS, com a parceria da SOBRATT – SOCIEDADE BRASILEIRA DE TELETRABALHO E TELEATIVIDADE AS, o teletrabalho teve seu primeiro resquício em 1857, onde Penn, J. Edgard Thompson, usou sua criatividade para manusear um sistema privado de telégrafo de sua empresa Penn Railroad, com o objetivo de gerenciar regiões de difíceis acesso, cuja finalidade era de monitorar as tarefas realizadas e os equipamentos nos canteiros de obra da construção da estrada de ferro.

Em 1962, ocorreu outro acontecimento que impactou na formação do teletrabalho que conhecemos hoje. A empresa *Freelance Programmers*, instituída por Stephane Shirley, na Inglaterra, cuja atividade consistia em elaborar programas de computador para as empresas, trabalho esse que era executado e administrado em sua residência.

Todavia, apenas em 1974 o teletrabalho começou a ser difundido, passando a ser chamado nos EUA de telecommuting, e consistia em mover uma parte ou todo o trabalho para fora das dependências da empresa, sendo conduzido em um ambiente virtual.

Conforme o tempo foi passando, os custos foram sendo amenizados, em detrimento do aumento do desempenho bem como da usabilidade dos computadores de uso pessoal, o que permitiu se observar uma mudança de muitos trabalhadores que passaram a trabalhar e criar escritórios dentro de suas próprias residências.

Já no começo da década de 80, era visível observar que havia filiais, que necessitava um dia uma conexão aos trabalhadores domésticos, que não mais utilizava o telefone, mas passaram a se valer de computadores individuais e emuladores de terminal. Atualmente, após tantos anos de evolução, o teletrabalho se tornou uma forma muito mais práticas de trabalho, que conta com uma diversidade de ferramentas como por exemplo a tecnologia de voz sobre IP (VOIP). Assim, foi surgindo a possibilidade de se realizar vídeos conferências, bem como redes privadas, e call centers virtuais, buscando sempre a melhor qualidade em relação à redução de custos, e ao trabalho.

Isso pode ser apontado, como a possibilidade de se agregar cada vez mais eficiente à atividade laboral, especialmente porque o teletrabalho hoje, possui uma comunicação entre a

empresa e os trabalhadores a longa distância, que não é oneroso, e que está intimamente vinculada a economia de tempo e também de custo, principalmente porque o teletrabalho tornou possível a diminuição de viagens.

Em 2018, a SOBRATT (Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Tele atividades), apontou que a modalidade de Teletrabalho passa a ser uma realidade no Brasil. 45% das Empresas participantes praticam Home Office e 15% estão avaliando a implantação. Das Empresas que aderiram a referida forma de trabalho, 25% implantaram há menos de um ano, o que mostra uma visão de gestão para permitir maior flexibilização na jornada de trabalho, diminuir a mobilidade urbana e melhorar a qualidade de vida.²⁸²⁹

O teletrabalho, é uma possibilidade de trabalho que possui maior flexibilidade, que se fundamenta no uso de meios tecnológicos, para que possa ser feita a prestação de serviços, mesmo que seja fora das dependências físicas da empresa, porém fazendo a manutenção do vínculo empregatício.

O teletrabalho apresenta alguns desafios, entre eles, a adequação dos horários e do ambiente de trabalho, medidas de saúde e segurança que requerem uma regulamentação legal bem estruturada, uma vez que, no trabalho a domicílio, não existem condições de trabalho regulares ao nível das medidas ergonômicas, de comunicação e descontroladas as atividades são realizadas durante a jornada de trabalho.

Em âmbito nacional, embora com diversos anos de atraso, o Brasil finalmente regula as relações de teletrabalho, reconhecendo o fenômeno, quando subordinado, como tipo especial de contrato de trabalho e impondo, para sua validade, a forma escrita. Seguindo a lógica reformista, delega, às partes, em diversos momentos, a decisão sobre questões afetas ao estabelecimento e dinâmica do ajuste (equipamentos e despesas, p.ex.) e impõe ao empregador o dever de instruir o empregado em regime de teletrabalho sobre saúde e segurança no (tele)trabalho.³⁰

3.1 TECNOLOGIA COMO ALIADA DO TELETRABALHO

As tecnologias têm suas particularidades, de modo que o seu manuseio os objetivos de ensino precisam estar em paralelo para terem melhores resultados e atenderem aos objetivos almejados. A interatividade das tecnologias como meio de aprendizagem demonstram resultados satisfatório, por utilizar meios tecnológicos que auxiliam como veículo de informações da aprendizagem para uma quantidade seja ela grande ou pequena aglomerações de pessoas ou alunos de uma sala de aula (interação entre as pessoas com a informação) e necessita personalização dos meios de aprendizagem, as aptidões que são decorrentes do uso do computador e da internet recorre características para o desenvolvimento de aprendizagens, ou seja a tecnologia (KIM, 2014, p. 12).

²⁸ <https://jus.com.br/artigos/81185/teletrabalho-origem-conceito-fundamentacao-legal-e-seus-desafios>

²⁹ <https://homeoffice.portaliso.com/historia-do-home-office/>

³⁰ <https://jus.com.br/artigos/81185/teletrabalho-origem-conceito-fundamentacao-legal-e-seus-desafios>

A utilização de processos e procedimentos tecnológicos pode ser considerada algo inevitável para as empresas, com a criação e desenvolvimento de certas práticas tecnológicas tudo apontava para que a mesma passasse a ser utilizada em todos os campos possíveis. Com o aumento do mercado e devido à grande procura por parte dos clientes, as empresas tiveram que aplicar algumas práticas tecnológicas visando um equilíbrio entre as solicitações dos produtos por parte dos clientes e o custo de produção surgiu assim o uso de certas tecnologias dentro das empresas (KIM, 2014, p. 27).

Atualmente podemos encontrar as tecnologias em todas as áreas relacionadas às empresas e algumas atividades desenvolvidas nas mesmas, como por exemplo, o uso de computadores para realização de atividades voltadas principalmente para comunicação e controle das práticas empresariais utilizadas. O computador passou a ser considerado uma ferramenta tecnológica fundamental para as empresas, sua utilização fornece uma maior segurança à administração em relação aos dados de desenvolvimento da empresa.

Algumas práticas administrativas precisam ser melhoradas ou alteradas para que as empresas alcançassem um desenvolvimento considerado no mercado e de suas atividades, entre essas práticas podemos destacar a tomada de decisão. A mesma hoje não consiste somente em diminuir o custo e aumentar o lucro, mas sim englobar todos os procedimentos e processos aplicados na empresa visando uma forma de melhorar os rendimentos da mesma.

Dessa forma considera-se fundamental que seja realizada uma parceria entre os sistemas de informações e as tomadas de decisão, já que os sistemas de informações fornecem as informações necessárias para que a administração tome as decisões embasadas em sua realidade e tendo um conhecimento real do que está sendo mais necessário ao seu desenvolvimento.

As informações são hoje uma das pérolas empresárias, ter o conhecimento de tudo que ocorre ou pode vir a acontecer se torna um tesouro para os administradores. Sendo dessa forma permitido aos mesmos tomar suas decisões não se baseando em algo momentâneo mais pensando em algo de grande prazo, já que em grande parte os administradores desejam alcançar o sucesso empresarial.

Dessa maneira os administradores devem não somente implantar um sistema de informação mais extrair do mesmo tudo que for necessário para que a empresa se torne um empreendimento bem-sucedido no mercado, e suas atividades sejam desempenhadas da melhor forma.

3.1.1 Teletrabalho modo online

Os teletrabalhadores realizam as suas tarefas como se estivessem no local de trabalho, mas através de um "dispositivo de presença" informatizado.

Segundo Vera Regina Loureiro Winter (2015, p.27 - 52), em geral, o que acontece é que uma combinação é exibida de ambas as formas de associação com o empregador. Da mesma

forma, eles são exibidos dentro e fora da casa do trabalhador, por exemplo. Em todo o caso, o que é significativo é que não se trata de um novo emprego, mas de uma reorganização do trabalho, cujo eixo é o desdobramento de tarefas em múltiplos espaços, mas mantendo a função diretiva e organizacional sobre o que se produz e como se produz nas mãos do empregador.

O teletrabalho apresenta alguns desafios, entre eles, a adequação dos horários e do ambiente de trabalho, medidas de saúde e segurança que requerem uma regulamentação legal bem estruturada, uma vez que, no trabalho a domicílio, não existem condições de trabalho regulares ao nível das medidas ergonômicas, de comunicação e descontroladas as atividades são realizadas durante a jornada de trabalho.

3.1.2 A inobservância de padrões ergonômicos para o teletrabalho

Outro ponto de extrema relevância, é em relação as questões ergonômicas do trabalhador em regime de teletrabalho. Carla Teresa Martins Roma diz que:

“é dever do empregador instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho, sendo obrigação do empregado assinar termo de responsabilidade com-prometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador (art. 75-E da CLT)”.

Alguns trabalhadores podem não ter uma mobília adequada para realização do teletrabalho, por exemplo, a altura tela do computador, do teclado e da cadeira devem estar ajustadas de uma forma que o trabalhador se sinta confortável, caso contrário, a utilização de equipamento inadequados podem gerar doenças relacionadas ao trabalho, de modo que se essas doenças gerarem afastamento por mais de 15 dias e sendo levado a um benefício previdenciário, pode ser caracterizado como uma doença profissional, surgindo algumas obrigações decorrentes de tal fato, como estabilidade após o retorno ao trabalho e recolhimento do FGTS no período de afastamento. 313233

4. ATUALIZAÇÕES LEGISLATIVAS DO TELETRABALHO

A Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020³⁴, que dispôs sobre algumas medidas trabalhistas para com o enfrentamento do estado de calamidade decorrente do coronavírus, flexibilizou aquilo que dispõe a CLT a respeito das obrigações legais que devem ser observadas para a possibilidade da prestação de serviços fora das dependências da empresa com segurança jurídica para o empregado e para o empregador.

31 <https://www.correioforense.com.br/colunas/o-teletrabalho-sob-a-otica-da-lgpd-e-recomendacoes-tecnicas-do-mpt-para-as-empresas/>

32 <http://www.sucesurs.org.br/>

33 <https://www.youtube.com/watch?v=jMy3Rk6Vq3w&t=2411s>

34 <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-927-de-22-de-marco-de-2020-249098775>

Pela reforma trabalhista (Lei 13.467 de 2017), além do art. 75-A, que prevê o teletrabalho, foi inserido no art. 62 da CLT, o inciso III, que trata da ausência de obrigação legal do empregador adotar controle de jornada dos trabalhadores em teletrabalho, ou seja, o empregado está em sua residência e se auto organiza, podendo desempenhar suas atividades, à priori, em qualquer horário. Logo, os empregados em regime de teletrabalho não têm direito as horas extraordinárias, visto que não possuem controle de jornada. Todavia, a nova redação do art. 62, III da CLT, diz expressamente em seu texto que, excepcionalmente, os empregados em regime de teletrabalho que prestam serviço por produção ou tarefa podem ter controle de jornada

Carla Teresa Martins (v.8, p.120, 2022) traz um ponto importante quando se fala em teletrabalho, que é sobre o seu desfazimento, que foi flexibilizado pela MP 927 em razão da situação extraordinária que o mundo vivia, permitindo, apenas por razões de saúde e higiene, ao trabalhador que, sem formalidade alguma, possa estabelecer ao seu empregado a necessidade de laborar em sua residência, ao contrário do que a reforma trabalhista trouxe, exigindo registro em aditivo contratual em caso de migração de trabalho ordinário para teletrabalho, conforme o art. 75-C, da CLT.

A lei 14.442/2020 nada mais foi que a conversão da medida provisória número 1.108/2022 em lei, de modo que o seu objetivo foi regular alguns em relação ao auxílio alimentação e também ao teletrabalho. Um dos principais pontos de atualização legislativa da lei 14.442/2020 foi a alteração da redação do art. 62, III da CLT, que passou a prever a prestação de serviços em teletrabalho por produção ou tarefa, logo, somente se o teletrabalho for feito por produção ou por tarefa é que não vai haver o controle e a duração da jornada de trabalho (§3º do art. 75-B da CLT – redação também alterada pela lei 14.442/2020).

Carla Teresa Martins Romar, (2022, p.87) explicita também o art. 75-B da CLT, que trata da regulamentação do regime híbrido de teletrabalho, ou seja, o empregado pode exercer suas funções tanto em um ambiente virtual fora das dependências da empresa, bem como laborar no ambiente físico do empregador, desde que o trabalho seja prestado de forma majoritária em ambiente virtual fora das dependências do empregador.

Outro ponto importante de alteração da lei 14.442/2020 foi o art. 75-B, §7º da CLT, que diz que os teletrabalhadores serão submetidos as disposições previstas na legislação local e nas convenções e nos acordos coletivos de trabalho relativos a base territorial do estabelecimento de lotação do empregado.

Ademais, segundo o novo art. 75-F da CLT, os empregadores deverão dar prioridade aos empregados com deficiência e aos empregados com filhos ou crianças sob guarda judicial até 4 anos de idade na alocação de vagas para atividades que possam ser efetuadas por meio do teletrabalho. Os estagiários e aprendizes, a partir da redação da referida lei também podem agora, optar pela realização do teletrabalho, nos termos do art. 75-B, §6º da CLT.

Por derradeiro, conforme exposto pelo novo art. 75-C, §3º, da CLT, as despesas decorrentes do retorno do trabalho para o presencial não serão do empregador, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes. 3536

CONCLUSÃO

Esse trabalho buscou mostrar que o teletrabalho, sua qualidade de vida e produtividade, são fatores que vem sendo de extrema importância, não só para os trabalhadores, mas também para as empresas e para a sociedade. Essa modalidade de trabalho é uma grande aliada para os trabalhadores que buscam ter um constante equilíbrio entre vida profissional, pessoal e social.

Pode-se concluir também, em especial as empresas, que a modalidade de teletrabalho, depois da pandemia de COVID-19, passou a ser observada como uma das formas de trabalho mais promissoras, visto que atualmente, objetivo das corporações está cada vez mais na busca pelo aumento da sua produtividade, e na busca com que seus colaboradores possam se desenvolver como profissionais realizados e engajados com os objetivos da empresa.

Assim, quando optam pela organização do teletrabalho, podem optar por uma estrutura física reduzida, possui uma diminuição considerável com gastos de manutenção, materiais de limpeza entre outros, e ainda conseguem angariar o aumento do seu lucro. Em relação à questão da mão de obra, se observa a possibilidade de flexibilização do teletrabalho, o que amplia a gama de contratação da empresa que pode optar por profissionais que possuem diversas qualificações, visto que não se trata de Barreiras geográficas.

Por fim, em relação à tangente social, o teletrabalho possui uma infinidade de benefícios que estão intimamente vinculados a questões ambientais e urbanas. Visto que com a diminuição de pessoas se deslocando pela cidade, especialmente nos horários de pico, ocorrem menos trânsitos, existe uma diminuição considerável de engarrafamentos, da poluição, e da modalidade urbana. Além disso, os empregados não se submetem. a questões de falta de segurança.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília: Congresso Nacional, 1943. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 22 nov. 2022.

_____. Lei nº 14.442 de 2 de setembro de 2022. Dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação ao empregado e altera a Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976, e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14442.htm. Acesso em: 22 nov. 2022.

O teletrabalho sob a ótica da LGPD e recomendações técnicas do MPT para as empresas. **Correio Forense**, abr./jun.2022.

35 <https://www.youtube.com/watch?v=QFtUJ9gUSKs>

36 <https://www.youtube.com/watch?v=0QVSOjH5AdE>

MARTINS ROMAR, Carla Teresa. **Direito do Trabalho esquematizado** v.8, p.120, 2022.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de Direito do Trabalho** v.14, p.87, 2022.

PORTO, Noêmia; LOURENÇO FILHO, Ricardo. **Direito Individual do trabalho**. Rio de Janeiro – RJ, p. 168, 2022.

MORAES CANTO DE LIMA, Ana Paula. **LGPD APLICADA**. São Paulo, p. 82 – 129, 2022.

DE ALMEIDA, Jardel et al. **Planejamento estratégico organizacional**. Anais de Engenharia de Produção/ISSN 2594-4657, v. 1, n. 1, p. 132-150, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012, p. 1.112.

KIM, D. **Fundamentos de segurança de Sistemas de Informação**. São Paulo: LTC, 2014.

WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalhador: uma forma alternativa de emprego**. São Paulo: Ltr, 2015.

_____. Medida provisória nº 927, de 22 de março de 2022. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências... In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-927-de-22-de-marco-de-2020-249098775>
Acesso em: 22 nov. 2022.

ANA PAULA DA SILVA, Andreia. **TELETRABALHO: ORIGEM, CONCEITO, FUNDAMENTAÇÃO LEGAL E SEUS DESAFIOS**. **JUS.com.br**, abr..2020.

A HISTÓRIA DO HOME OFFICE. **Portal liso**, Disponível em < <https://homeoffice.portaliso.com/historia-do-home-office/>> abr./jun.2022.

A CONTRATAÇÃO DIRETA FERE A ISONOMIA NA LICITAÇÃO?

MARIO RAPOSO DA SILVA:
bacharelado em direito pela
faculdade Serra do Carmo -
FASEC.

MURILO BRAZ VIEIRA

(orientador)

RESUMO: Nos planos gestacionais, tornou-se cada vez mais notável a necessidade de implementação de novas tecnologias/ferramentas/ações visando o aprimoramento da gestão com um todo, nela incluído o dinheiro público. Uma das preocupações que se destacou recentemente, sem dúvidas, foi a questão das compras e aquisições em geral pelo poder público, como forma de garantir a isonomia através das licitações e evitar que haja improbidade administrativa. Contudo, alguns institutos fogem à regra, como é o caso da contratação direta. Nesses termos, o objetivo geral deste trabalho é tratar das compras diretas pela administração. Como objetivos específicos, tem-se de tratar de licitações; discorrer sobre espécies licitatórias; tratar de compra direta e, por fim, verificar se isso fere a isonomia. Quanto à metodologia utilizada, a pesquisa requer contato com a realidade a qual nos dispomos a investigar. Pensando nessa afirmativa, procuramos fazer uma pesquisa hipotético dedutiva, mediante uma revisão bibliográfica e legislação em obras físicas e digitais adequada aos temas estudados. constatou-se que a lei de licitações, em especial a previsão de compra direta não fere, em primeira face, a isonomia, dada as peculiaridades de cada um dos institutos que possibilitam tal compra direta.

Descritores: Contratação direta. Isonomia. Licitações.

INTRODUÇÃO

Nos planos gestacionais, tornou-se cada vez mais notável a necessidade de implementação de novas tecnologias/ferramentas/ações visando o aprimoramento da gestão com um todo, nela incluído o dinheiro público.

Ademais, considerando o período pandêmico vivido entre 2020-2022, as pressões impostas ao setor público para responder à situação atual apresentam enormes oportunidades para o florescimento da corrupção. A corrupção pode levar ao roubo, desperdício e uso indevido de recursos escassos. Também pode consolidar o privilégio e a desigualdade da elite, minando as instituições de responsabilidade com consequências duradouras. (BLANCHET; MARIN, 2018)

Uma das preocupações que se destacou recentemente, sem dúvidas, foi a questão das compras e aquisições em geral pelo poder público, como forma de garantir a isonomia através das licitações e evitar que haja improbidade administrativa.

Vinda de um processo revolucionário, as leis que regem as compras públicas atrelados aos entes governamentais passaram por grandes transformações, em especial nas últimas décadas.

Onde antes tinha-se um processo pessoal e extremamente propício a má gestão, a corrupção e a improbidade, hoje, se têm diversos mecanismos, garantidos em lei, para a contratação com o poder público.

Contudo, alguns institutos fogem à regra, como é o caso da contratação direta. Nesses termos, o objetivo geral desse trabalho é tratar das compras diretas pela administração. Como objetivos específicos, tem-se de tratar de licitações; discorrer sobre espécies licitatórias; tratar de compra direta e, por fim, verificar se isso fere a isonomia.

Quanto à metodologia utilizada, a pesquisa requer contato com a realidade a qual dispôs-se a investigar. Pensando nessa afirmativa, procuramos fazer uma pesquisa hipotético dedutiva, mediante uma revisão bibliográfica e legislativa em obras físicas e digitais adequada aos temas estudados.

Como justificativa, tem-se que a lei de licitações surgiu basicamente através das mais diversas batalhas travadas entre os defensores da probidade e o legislativo, vindo a se destacar ainda mais contemporaneamente.

2. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS IMPORTANTES

2.1 DA LICITAÇÃO E DAS LEGISLAÇÕES APLICÁVEIS

A licitação é um procedimento destinado à seleção da melhor proposta dentre as apresentadas por aqueles que desejam contratar com a Administração Pública. (DI PIETRO, 2015). Ressalta-se que é obrigatória para a administração direta e indireta.

A competência da União para legislar sobre licitação é apenas sobre normas de cunho geral. Por isso, os estados, DF e municípios podem dispor sobre normas específicas, independentemente da delegação prevista no art. 22, parágrafo único da CF. Nesse caso, a única exigência é que os estados, o DF e os municípios observem o disposto nas normas gerais da União.

A União também pode legislar sobre normas específicas de licitações, mas estas disposições apenas serão aplicáveis à própria União (ex: doação de imóvel).

As licitações, em regra, são regidas pela Lei 14.133/2021, que é o meio pelo qual há isonomia, impessoalidade e legalidade nas contratações por meio de processos seletivos despidos (em tese) de indicações políticas ou vantagens pessoais atreladas ao responsável pela contratação e ao contratado.

Não é para menos que esse é o primeiro ponto no qual se observa a eficiência no âmbito contratação na gestão pública, levando em consideração quais empreiteiras e responsáveis pela prestação de serviços oferecem o melhor serviço pelo preço justo.

Há várias Leis que regem regras licitatórias, dentre as quais destacam-se, como maior, a Lei 14.133/2021, a Lei 13.303/2016, Lei Nº 11.079/2004, Lei 10.520/02, Decreto nº 5.450/2005; Decreto 7.892/2013, Decreto 7.581/2011 e leiº 9.472/97.

Ressalta-se que, como informado anteriormente, os estados, DF e Municípios podem dispor sobre normas específicas em relação às licitações, pelo que, podem existir diversas outras, contudo, destacamentos as mais utilizadas.

2.2 A HERMENÊUTICA

A prática da leitura é muito importante, no entanto ler de maneira correta, de modo a interpretar o conteúdo, é um pouco mais completo do que requer prática. Isto porque, a leitura requer a decodificação de códigos linguísticos para interpretar a ideia apresentada no texto.

O domínio da linguagem advém de uma boa hermenêutica interpretativa. A hermenêutica, por sua vez, é a interpretação dada pelo vivenciador de uma experiência, a todos os elementos desta. Trata-se da atribuição de juízo de valor a um dado fato, situação, texto, objeto etc., a partir da análise dos signos linguísticos, das formas etc. logo, a interpretação seria dotada de aspectos subjetivos e empíricos a cada ser utilizador dessa prática, podendo, portanto, dizer que a hermenêutica seria inerente à própria vida humana, pois a vida é dotada de processos interpretativos, logo, hermenêuticos (SOARES, 2010).

Não bastante a leitura ser uma função complexa, a questão da escrita, isto é, os códigos e símbolos escritos/enviados pelo emissor devem ser de fácil acesso (não se confundindo, por óbvio com o coloquialismo, afinal estamos tratando de documentos)

Desta feita, o bom uso do português, ou seja, clara, culta e objetiva, se dentro da legalidade, evita ambiguidades e, por consequência, dificultam inclusive, demandas judiciais em desfavor da parte.

Tratando especificamente das licitações, o ordenamento jurídico brasileiro reza que ao adquirir serviços ou produtos, exceto nos casos de dispensa ou inexigibilidade, a administração pública deve recorrer a processos licitatórios. A lei Nº 14.133/2021, que trata da licitação, em seu art. 11º diz que:

“Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;

II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;

III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;

IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Muitos atribuem uma tradução errônea do referido dispositivo legal, quando se remetem ao trecho “mais vantajosa” que não é, obrigatoriamente, a mais barata. Com esse termo, o legislador quis dar amplitude à palavra “vantagem”, em termos qualidade, funcionalidade e preservação do meio ambiente.

Desta feita, a interpretação das leis que regem as licitações deve se orientar pelos princípios oriundos das próprias leis, bem como que normas norteadoras do ordenamento jurídico, como é o caso da Constituição.

Os princípios expressos na lei Nº 14.133/2021 são os seguintes: legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável

As licitações propriamente ditas não são sigilosas, desta feita qualquer cidadão pode acompanhar seu desenvolvimento desde que não atrapalhem, salvo quanto ao conteúdo das propostas e valores, devendo ser mensalmente publicado em órgão de divulgação oficial **OU** quadro de amplo acesso público (fugindo a regra do princípio da publicidade).

3. DA LICITAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO BRASILEIRA

3.1 DAS MODALIDADES, FASES E TIPOS DE LICITAÇÃO

As modalidades de licitação são baseadas no valor estimado, o qual é o principal fator de escolha da modalidade, exceto na modalidade pregão. Em suma, se resumem nas seguintes: concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão (DI PIETRO, 2019). Ademais, existe uma fase de habilitação após procedimento licitatório para aferir a capacidade econômica e técnica, além da regularidade fiscal etc., dos licitantes.

A concorrência é usada para contratos de vulto, de acordo com valores estabelecidos na lei, cadastrados ou não, basta que comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução publicado na imprensa oficial 45 dias - melhor técnica, técnica e preço, preitada integral e 30 dias - demais casos.

Na concorrência o procedimento licitatório é conduzido por comissão composta por três membros. Excepcionalmente, na modalidade convite, nas pequenas unidades administrativas com exíguo número de servidores, a comissão pode ser composta por um único servidor

O concurso, por sua vez, é a licitação para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, com a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, ou seja, o importante é a natureza do trabalho e não o valor, com prazo de validade de até 2 anos, contado a partir da

homologação, que é o ato administrativo que atesta a conclusão do concurso público, prorrogável por uma vez, por igual período, conforme edital publicado na imprensa **oficial** com antecedência mínima de 45 dias. (JUSTEN FILHO, 2000).

A concorrência não se prende ao princípio do julgamento objetivo por dificuldade na imprecisão dos critérios. Em relação ao projeto, o vencedor deverá autorizar a administração a executá-lo quando julgar conveniente. O julgamento do concurso é feito por comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame, servidores ou não. Os contratos de serviços técnicos e profissionais especializados deverão, preferencialmente, serem celebrados mediante concurso público, exceto os casos de inexigibilidade. Essa modalidade dispensa as formalidades específicas da concorrência (habilitação, julgamento, adjudicação etc.). Em verdade, a lei sequer informa qual procedimento do concurso. (JUSTEN FILHO, 2016)

Em se tratando do Leilão, este serve para a **venda** de bens móveis inservíveis e de produtos apreendidos ou penhorados, bem como de imóveis oriundos de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento em que seja útil a alienação a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação feita pela administração previamente. A alienação de bens da administração, sempre será precedida de avaliação. (GARCIA, 2010).

O leilão pode ser conduzido por leiloeiro oficial (leilão comum) ou por servidor designado (leilão administrativo). Os bens arrematados serão pagos à vista ou em percentual não inferior a 5%. Os bens são entregues imediatamente após assinatura da ata lavrada no local do leilão. O arrematante fica obrigado a pagar o remanescente (se houver) sob pena de perder o valor já pago para a administração. (DI PIETRO, 2019).

Nos leilões internacionais, o pagamento da parcela à vista pode ocorrer em até 24h. o edital de leilão deve ser amplamente divulgado no prazo mínimo de 15 dias, em especial no município onde se realizará (GARCIA, 2010).

Quanto ao diálogo competitivo, inovação da nova lei de licitações, substituindo o convite e a tomada de preços, trata-se de

(...) modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos (BRASIL, 2021)

O **Pregão** era previsto na lei 10.520/02, contudo passou ser previsto na nova lei de licitações de 2021. Ele buscou consagrar o princípio da celeridade nas licitações. (GARCIA, 2000). Tal modalidade é utilizada para aquisição de bens e serviços comuns, independentemente do valor estimado, pois o que importa é a natureza (bens e serviços comuns). Ademais, bens e serviços comuns são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital por meio de especificações usuais no mercado, ou seja, são bens que não

possuem características técnicas especiais, sendo facilmente encontrados no mercado (DI PIETRO, 2019).

Para a União, inclusive na administração indireta, a modalidade é obrigatória e, preferencialmente na modalidade eletrônica (art. 4º do Decreto nº 5.450/2005). Para os Estados, DF e Município, é de uso preferencial, ou seja, discricionário. O pregão não pode ser usado para contratação de obras e serviços de engenharia, nem para locações imobiliárias e alienações em geral (art. 6º do Decreto nº 5.450/2005). pode haver inversão de fases, (julgamento anterior a habilitação, adjudicação anterior a homologação etc.). No pregão não há comissão de licitação. O certame é conduzido por um pregoeiro, auxiliado por uma equipe de apoio (art. 3º do Decreto nº 5.450/2005).

O Pregão eletrônico trata-se da mesma modalidade licitatória criada e descrita na Lei 10.520/2002, com todas as exigências, direcionada para a aquisição de bens e serviços comuns, e vedada para as contratações de obras de engenharia, locações imobiliárias e alienações em geral.

Na esfera federal, o pregão eletrônico é regulamentado pelo Decreto 5.450/2005, o qual se aplica à administração direta e indireta, incluindo entidades controladas. Lembrando que, nos termos do referido Decreto, para a União é obrigatório o uso do pregão nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns, sendo preferencial o uso do pregão eletrônico, o qual não será utilizado apenas nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente.

Detalhe é que a jurisprudência do TCU admite a contratação por meio de pregão para serviços de engenharia ditos comuns (ex: colocação de pisos, troca de azulejos, pintura de paredes), permanecendo a vedação apenas para as obras (DI PIETRO, 2019).

Nas licitações realizadas na modalidade pregão, é obrigatória a elaboração de termo de referência, que deve dispor, de forma precisa, suficiente e clara, sobre as características do objeto a ser licitado. O termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado, definição dos métodos, estratégia de suprimento, valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado, cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva (DI PIETRO, 2019).

O sistema de registro de preços está previsto no art. 6, XLV da Lei 14.133/2021

“conjunto de procedimentos para realização, mediante contratação direta ou licitação nas modalidades pregão ou concorrência, de registro formal de preços relativos a prestação de serviços, a obras e a aquisição e locação de bens para contratações futuras”.

O SRP não é uma modalidade ou um tipo de licitação. É um conjunto de procedimentos para a formação de um "banco de dados" de preços e fornecedores, que fica registrado na ata, denominada ata de registro de preços, com característica de compromisso para futura contratação. Assim, quando a Administração deseja contratar determinado bem ou serviço registrado em SRP, não precisa fazer uma nova licitação; basta apenas acionar o fornecedor cadastrado na ata, que será então obrigado a fornecer o bem ou executar o serviço nas condições e preços constantes do registro (DI PIETRO, 2019).

O SRP geralmente é utilizado:

- a) Nas unidades que realizam contratações frequentes de determinado bem ou serviço;
- b) Para atendimento a mais de um órgão ou entidade;
- c) Para atender a programas de governo;
- d) Na aquisição de bens com previsão de entregas parceladas; ou
- e) Quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela administração.

Para a formação do SRP, a Administração deve realizar licitação na modalidade concorrência, do tipo menor preço, ou pregão, precedida de ampla pesquisa de mercado. Ressalte-se que a existência de preços registrados **não obriga** a Administração a contratar com o fornecedor registrado, ficando-lhe **facultada** a realização de licitação específica para a aquisição pretendida caso considere que vá ser mais vantajoso **ou** a contratação diretamente aqueles registrados dentro do prazo da vigência (DI PIETRO, 2019).

A **consulta** é modalidade prevista na lei 9.472/97 com aplicação restrita às agências reguladoras. Não pode ser utilizada em obras e serviços de engenharia (a qual se submete à Lei Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021) nem na aquisição de bens e serviços comuns (que se submetem ao pregão). A lei dispõe que a decisão ponderou o custo e o benefício de cada proposta, considerando a qualificação do proponente. tal lei não foi criada por uma lei geral de caráter nacional, por isso, a doutrina diverge sobre sua constitucionalidade.

A **Homologação** consiste na aprovação (reconhecimento), pela **autoridade competente**, da perfeição e licitude de todo o procedimento licitatório. É um típico **ato de controle**. Caso verifique algum vício ocorrido durante o procedimento, a autoridade deverá, se possível, saná-lo ou, caso contrário, deverá anular o procedimento, não o homologando.

A adjudicação, por sua vez, existe quando a Administração, por intermédio da autoridade competente, entrega simbolicamente o objeto da licitação ao concorrente que ofereceu a proposta mais vantajosa para a Administração (declara o vencedor da licitação). A adjudicação gera apenas expectativa de direito à contratação, uma vez que, posteriormente, caso a Administração for mesmo assinar o contrato, deverá ser com o adjudicatário. A assinatura do contrato não faz parte da

licitação, mas é uma consequência dela. Assim, a adjudicação é o ato final do procedimento licitatório (GARCIA, 2010).

No pregão ocorre o inverso, a adjudicação é que vem antes da homologação. Ademais, caso não haja recurso dos licitantes, a adjudicação será feita pelo pregoeiro e, depois, haverá a homologação pela autoridade competente (DI PIETRO, 2019).

3.2 LICITAÇÃO DISPENSADA, DISPENSÁVEL E INEXIGÍVEL

Licitação dispensada é quando não cabe à Administração a discricionariedade de escolha entre realizar ou não realizar o procedimento, ele não deve fazer a licitação (DI PIETRO, 2019).

Em relação à licitação dispensável a competição é perfeitamente viável caso a Administração **possa** dispensar a licitação, se assim lhe convier. Comumente **em** razão das situações em que exigem maior rapidez e, então, apesar de ser possível a licitação, pela demora do procedimento é caso de licitação dispensável, podendo o administrador contratar sem prévia licitação, mas devendo justificar o motivo da dispensa.

Na licitação fracassada, que é aquela na qual todos os licitantes são inabilitados (fase de habilitação) ou todas as propostas de preço são desclassificadas (preços manifestamente superiores aos de mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes), a Administração poderá fixar novo prazo para apresentação de novas propostas; persistindo a situação quanto às propostas de preço, será admitida a adjudicação direta, por valor não superior ao cotado.

Ou seja, a licitação fracassada em razão da desclassificação de todas as propostas de preço é hipótese de licitação dispensável e pode motivar a Administração Pública a realizar a contratação de forma direta, desde que não ultrapasse o prazo de 1 (um) ano para realizar o ato. (DI PIETRO, 2019).

Por outro lado, a lei não prevê a possibilidade de contratação direta no caso de licitação fracassada por conta da inabilitação dos licitantes.

Outras hipóteses são em razão do valor, quando a licitação é dispensável para obras e serviços de engenharia de valor estimado até R\$ 100 mil ou para outros serviços e compras e para alienações de valor até R\$ 50 mil, desde que, em ambos os casos, não se refiram a parcelas de uma mesma obra, compra ou serviço que possam ser realizadas de uma só vez.

A Licitação inexigível é quando houver inviabilidade de competição, em especial, quando:

Art. 74. (...)

I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;

II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

- a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
- c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;
- h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;

IV - objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;

V - aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.

Há impossibilidade de criar critérios objetivos para seleção, pois características de uma pessoa são personalíssimas e únicas. É inexigível, ainda, a realização da licitação para a aquisição de insumos ou alienação dos produtos produzidos pelas empresas estatais no exercício da sua atividade-fim. Sempre que a Administração não puder realizar uma licitação por não existir viabilidade de competição, aplica-se a hipótese de inexigibilidade, ainda que a situação não se enquadre perfeitamente num dos incisos.

Para tornar mais clara a explicação acerca da licitação dispensável, dispensada e inexigível, observe-se o quadro a seguir:

FIGURA 1 - DISPENSAS LEGAIS DE LICITAR

	Inexigibilidade	Dispensável	Dispensada
Característica	inviabilidade de competição (impossibilidade de licitar)	Poderá licitar (discricionário). Aquisições.	Não poderá licitar (vinculado). Alienações.
Hipóteses legais	Lista exemplificativa	Lista exaustiva	Lista exaustiva

Fonte: lei de licitações adaptada pelo autor (2022).

Em suma, nos casos de dispensa de licitação (dispensada ou dispensável), a competição é possível, mas não é obrigatória a utilização de qualquer uma das modalidades licitatórias previstas nos comandos legais. Interessante perceber que, embora sejam distintas em termos jurídicos, a inexigibilidade e a dispensa não se diferenciam em termos práticos. Isso porque, nos dois casos, a Administração promoverá a contratação direta, sem licitação.

Em qualquer caso, a Administração deverá sempre justificar a não realização da licitação, assim como a razão da escolha do fornecedor e o preço contratado. Afinal, a motivação (indicação expressa dos motivos) dos atos administrativos que decidam pela dispensa ou pela inexigibilidade é obrigatória. Nos termos da Lei, configura crime dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.

4.A COMPRA DIRETA FERRE A ISONOMIA?

4.1 NOÇÕES DE CORRUPÇÃO

A corrupção está intrinsecamente ligada à política. Hoje em dia, geralmente se refere ao abuso de cargos públicos, enquanto as iniciativas anticorrupção são vistas na mídia como mais ou menos equivalentes a 'boa governança'. (FORTINI; SHERMAN, 2018)

A corrupção é quase universalmente considerada uma coisa ruim e, como resultado, é excepcionalmente raro um político abraçar o rótulo de ser corrupto. Considerar os legados do poder público como 'corruptos' põe em causa a sua legitimidade. Consequentemente, a oposição à corrupção nunca é neutra. A anticorrupção geralmente assume a forma de uma nostalgia específica, baseada na suposição de que a política era mais limpa e ética no passado. Com efeito, opor-se à corrupção promete retificar o que está fora de ordem, em vez de propor uma visão política alternativa superior ao status quo. (FORTINI, 2017).

O Brasil vive atualmente uma crise política que ameaça minar suas instituições democráticas. A chave para esta crise é a Operação Lava Jato (Operação Lava Jato), a maior investigação anticorrupção da história do Brasil. (FORTINI; SHERMAN, 2018)

Desde o seu início em 2014, as investigações Lava Jato descobriram redes de corrupção envolvendo bilhões de dólares em 12 países e resultou em mais de 300 acusações e 100 condenações. (FORTINI; SHERMAN, 2018)

Dois ex-presidentes já foram presos por suas ligações com a Lava Jato, Luiz Inácio Lula da Silva em 2018 e Michel Temer em meados de março de 2019. De fato, a Lava Jato quase decidiu o resultado da eleição do ano passado depois que o juiz Sérgio Moro condenou Lula a nove anos e meio de prisão, impedindo-o de concorrer às eleições de 2018 e deixando o campo aberto para a extrema direita Jair Bolsonaro assumir a presidência. (FORTINI, 2017).

Moro foi amplamente recompensado por seus esforços: Bolsonaro o nomeou para seu gabinete como seu novo ministro da Justiça - e a sentença de Lula foi estendida para 12 anos por um tribunal de apelações. (FORTINI; SHERMAN, 2018)

O ímpeto anticorrupção em torno de Lava Jato também desempenhou um papel significativo na queda de outra presidente, Dilma Rousseff, que foi cassada em 2016 por "crimes de responsabilidade" devido ao seu suposto uso de um conjunto misterioso de manobras fiscais conhecido como pedaladas ("tráfico fiscal") para custear gastos sociais. Seu vice-presidente de direita, Michel Temer, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), acabou substituindo-a e deixou o cargo com um índice de aprovação de 2%. (FORTINI, 2017).

A impressionante vitória de Bolsonaro em 2018 foi em parte baseada no mito de que o governo militar tinha sido menos corrupto do que o governo civil, e que o Bolsonaro poderia restaurar os valores que se degeneram sob a influência corrupta do governo "comunista" do PT. No entanto, longe de ser uma inovação do PT, a corrupção política há muito está imbricada na estrutura da política brasileira. (FORTINI, 2017).

Sua persistência não é peculiar à cultura brasileira ou à moral nacional. Em vez disso, tem sido um instrumento central para assegurar o controle das elites brasileiras sobre o poder político e econômico por séculos.

A corrupção no Brasil é uma questão sistêmica que reflete características específicas da economia política nacional e internacional.

O retrato da corrupção como uma troca encoberta que liga os mercados políticos e socioeconômicos por meio da troca ilícita de dinheiro e favores por tratamento privilegiado é apenas parte do quadro. (FORTINI, 2017).

Na verdade, a corrupção é uma estratégia política empregada por atores privados para exercer influência sobre as instituições ou o Estado. Como Gramsci argumenta em seus famosos Cadernos da Prisão, a corrupção pode servir como uma forma de governo quando é impossível governar apenas por consentimento, e a força é uma estratégia política muito arriscada. Corrupção e fraude são estratégias implantadas em circunstâncias em que a hegemonia da classe dominante é frágil, permitindo-lhe comprar apoio político - em essência, para privatizar a vida pública. (FORTINI, 2017).

A fluidez ideológica e a flagrante falta de disciplina partidária no sistema político brasileiro também podem ser atribuídas à manipulação do sistema político pela ditadura militar. (FORTINI; SHERMAN, 2018)

A partir de 1965, os líderes da ditadura tentaram fortalecer sua posição criando dois partidos: a Aliança Renovadora Nacional (ARENA), o partido oficial do governo, e o Movimento Democrático Brasileiro (MDB). (FORTINI, 2017).

O governo concluiu que, como a oposição estava concentrada nas maiores áreas urbanas do Brasil, poderia se concentrar na troca de favores por apoio das máquinas políticas predominantemente rurais do país. Os estados menores e mais pobres do Brasil tendiam a ser governados por uma classe política oligárquica pró-militar, ideologicamente conservadora e mais do que disposta a trocar votos por favores. (FORTINI, 2017).

As reformas constitucionais em 1967 e 1969 liberaram os projetos econômicos do estado de qualquer tipo de supervisão, reforçando ainda mais o patrimonialismo como forma de governança. Não houve esforço “para acabar com o patrimonialismo, ou para resolver o agudo problema do financiamento interno da expansão capitalista, que fora o calcanhar de Aquiles da constelação de forças anterior”.

O efeito foi o divórcio da moralidade e da legitimidade do processo de acumulação de poder, destacando a corrupção como uma característica da estratégia de desenvolvimento da ditadura. (FORTINI; SHERMAN, 2018)

Distribuir favores tornou-se necessário para preparar o caminho para projetos de desenvolvimento em grande escala. Enquanto isso, a regulamentação informal da política econômica por meio de acordos de bastidores fortaleceu o vínculo entre funcionários do Estado e capitalistas. (FORTINI; SHERMAN, 2018)

Na segunda metade da década de 1970, a ditadura do Brasil estava em seus últimos estertores, atormentada por escândalos de corrupção, fraco desempenho econômico e oposição renovada. Essa oposição estava dividida em dois campos: a oposição oficial, o Movimento Democrático Brasileiro, ou MDB - reorganizado em 1979 como PMDB, com quase a mesma lista de membros - e os novos movimentos e organizações sociais mais radicais. (FORTINI, 2017).

O PMDB reuniu uma gama diversificada de tendências políticas dentro da política brasileira: liberais, conservadores da velha escola, oligarcas políticos tradicionais e até mesmo elementos da esquerda nacionalista e comunista. O segundo campo foi representado, entre outros, pelos crescentes movimentos sindicais militantes do Brasil, a esquerda radical, incluindo aqueles que abraçaram a luta armada, bem como aqueles que a rejeitaram, e, finalmente, a esquerda católica organizada em torno da teologia da libertação. A oposição à ditadura culminou em uma aliança entre os dois campos de oposição por meio da Campanha Diretas Já (“Diretas [Eleições] Já”). (FORTINI, 2017).

A ditadura finalmente acabou com a eleição indireta do candidato do MDB, Tancredo Neves, ex-ministro do gabinete de Vargas, de centro sólido. Em uma reviravolta bizarra do destino, Neves morreu logo após assumir o cargo e foi substituído pelo vice-presidente José Sarney, um forte defensor da ditadura militar e talvez a face mais visível da corrupta oligarquia política do Brasil. (FORTINI; SHERMAN, 2018)

Após a queda da ditadura, o PMDB solidificou sua posição de partido de centro, rejeitando tanto a oportunidade de incorporar as reivindicações da esquerda ao seu programa, quanto os apelos dos movimentos sociais para o exercício de uma nova forma de política, por medo de alienar seus constituintes patrimoniais. (FORTINI; SHERMAN, 2018)

Feita tal explanação e contextualizando com situações mais recentes, em 2013, o governo brasileiro enfrentou uma ampla insatisfação nacional, expressa nos maiores protestos do país em 20 anos sobre uma série de questões. Isso incluiu acusações de corrupção, os custos associados à hospedagem da Copa do Mundo FIFA de 2014 e o alto custo de vida em geral. (FORTINI, 2017).

A presidente Dilma Rousseff buscou superar essa situação, propondo-se a votar uma emenda à constituição brasileira convocando uma assembleia constitucional para reformar o sistema político. (FORTINI; SHERMAN, 2018)

A maior investigação de corrupção de todos os tempos no Brasil, conhecida como investigação Lava Jato, expôs uma teia de corrupção na América Latina e além, abalando o establishment político e econômico em mais de uma dúzia de países. (FORTINI; SHERMAN, 2018)

O que começou em 2014 como uma investigação de lavagem de dinheiro logo revelou corrupção nos mais altos escalões do governo brasileiro e em empresas como a estatal Petróleo Brasileiro (Petrobras) e a gigante da construção Odebrecht, agora chamada Novonorm, que ofereceu suborno em troca de contratos no Brasil e no exterior. A Lava Jato resultou em quase 280 condenações, devolveu cerca de US \$ 800 milhões aos cofres do Estado brasileiro e gerou investigações em todo o mundo. Quarenta e um países solicitaram formalmente às autoridades brasileiras cooperação jurídica e vários ex- e atuais chefes de estado, principalmente no Brasil e no Peru, foram implicados. (FORTINI, 2017).

Países latino-americanos selecionados foram onde a Lava Jato teve a maior precipitação em que figuras políticas e empresariais estiveram implicadas em Lava Jato e investigações relacionadas, com alguns casos importantes destacados.

No Panamá, dois presidentes e vários ministros foram acusados. Enquanto isso, os dois filhos do presidente Ricardo Martinelli enfrentam a extradição da Guatemala para os Estados Unidos. (FORTINI; SHERMAN, 2018)

No México, Emilio Lozoya, CEO da petroleira estatal Pemex, foi extraditado no ano passado da Espanha. Ele implicou três presidentes em um caso em andamento. (FORTINI, 2017).

Por outro lado, no Equador, o vice-presidente Jorge Glas foi preso e o presidente Rafael Correa - que foi condenado à revelia - enfrenta a extradição da Bélgica. (FORTINI, 2017).

Já no Peru, cinco presidentes foram investigados ou detidos. Um morreu por suicídio quando as autoridades tentaram prendê-lo. (FORTINI, 2017).

No Brasil, presidentes, com destaque para Luiz Inácio Lula da Silva, além de altos funcionários e executivos de empresas como Odebrecht e Petrobras enfrentaram repercussões. (FORTINI, 2017).

Mesmo assim, o Brasil fechou a força-tarefa atrás da Lava Jato em fevereiro de 2021, com o presidente Jair Bolsonaro argumentando que a corrupção dentro do governo havia sido erradicada. (Alguns analistas afirmam que o verdadeiro motivo é que o presidente brasileiro temia que ele ou seus familiares pudessem ser presos.)

Bolsonaro não é o único a criticar a investigação, que foi minada por alegações de motivação política. Em 2019, mensagens vazadas indicavam que Sergio Moro - o juiz principal dos casos Lava Jato e que mais tarde se tornou ministro da Justiça do Brasil - conluio com os promotores. (FORTINI; SHERMAN, 2018)

O Supremo Tribunal Federal recentemente anulou as condenações do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva e decidiu que Moro exibiu parcialidade no caso de Lula. As anulações dispensam o popular Lula de buscar outro mandato presidencial; no entanto, eles não afirmam sua inocência e ele pode ser julgado em outros tribunais. Especialistas dizem que a queda da Lava Jato é um golpe para os esforços anticorrupção em toda a América Latina. (FORTINI; SHERMAN, 2018)

4.2 PRINCÍPIOS INTRÍNSECOS A CONTRATAÇÃO DIRETA

Embora se pareça que a contratação direta esteja ferindo algum princípio constitucional, como o da isonomia, ela só é possível em casos excepcionais, como é o caso de inexistência de concorrência (portanto não beneficia outrem em detrimento de outro), ou por inexpressividade do valor de tal forma que o bem jurídico tutelado se mostra intacto, já que deve haver prova dos valores praticados no mercado.

Sendo assim, como regra, não se pode cogitar que uma contratação direta, por si só, se constitua em violação aos princípios licitatórios, devendo, em cada caso concreto, verificar se houve excesso, bula das regras ou alguma outra espécie de desrespeito ao ordenamento jurídico.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo administrativo exigido hoje, requer dos seus gestores gerenciamento eficiente dos recursos públicos além de transparência na aplicação destes. Ademais, conforme vislumbrado, o não cumprimento das regras de probidade podem ensejar penalidades cíveis, penais e administrativas.

Ademais, constatou-se que a lei de licitações, em especial a previsão de compra direta não fere, em primeira face, a isonomia, dada as peculiaridades de cada um dos institutos que possibilitam tal compra direta.

Constatou-se que a corrupção é um antigo fenômeno social intrínseco a governos, indivíduos, organizações e países, tanto desenvolvidos quanto em desenvolvimento e que, apesar dos esforços contínuos de muitos estados e organizações internacionais para contê-la, a corrupção como um problema ético e legal ainda existe.

Ao abordar os fenômenos de corrupção e responsabilidade não apenas em um nível teórico, mas também com tentativas de modelar possibilidades de combate à corrupção e aumento da responsabilidade dos servidores públicos.

Restou consignado análises detalhadas de vários conceitos de corrupção são fornecidas juntamente com a conclusão sobre tendências em desenvolvimento tentando definir este fenômeno social.

Leis anticorrupção, como é o caso da lei de licitações se mostram de grande valia no combate a corrupção e demonstram interesse do próprio governo em reduzir esse mal que assola inúmeros governos, searas e pessoas, tratando as compras e aquisições gerais governamentais autônomas e passíveis de trazerem mais benefícios ao Estado em termos econômicos.

A transparência garante uma maior fiscalização e com isso, melhor contentamento público. Desta forma, para alcançar os resultados almejados pela administração pública, que se resume em promover o bem-estar social e a própria sociedade no objetivo proposto, todos que lidam com bens e valores públicos devem pautar suas ações nos princípios da administração pública.

Como sugestão de pesquisas futuras, é possível indicar com a análise das diferentes teorias que tentam explicar a corrupção, tais como as perspectivas histórico-culturais, no estilo político e na urbanização. Pode-se vislumbrar ainda sob ótica dos economistas (desequilíbrio entre a demanda e a oferta, estimando o nível de risco e o possível benefício).

6.REFERÊNCIAS

BLANCHET, Luiz Alberto; MARIN, Tâmera Padoin Marques. A corrupção como violação de direitos humanos e a necessária efetividade da Lei nº 12.846/13. A&C - **Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte**, ano 18, n. 71, p. 267-294, jan./mar. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i71.930.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/ConstituicoesBrasileiras/constituicao1988.html/ConstituicaoTextoAutorizadoEC71.pdf>>. acessado em 09 de nov. 2022.

BRASIL. **LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm> acessado em: 09 de nov. 2022.

BRASIL. a Lei 13.303/2016. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> acessado em: 09 de nov. 2022.

BRASIL. Lei Nº 11.079/2004. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> acessado em: 09
de nov. 2022.

BRASIL. Lei 10.520/02. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> acessado em: 09
de nov. 2022.

BRASIL. Decreto nº 5.450/2005;. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> acessado em: 09
de nov. 2022.

BRASIL. Decreto 7.892/2013;. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> acessado em: 09
de nov. 2022.

BRASIL. Decreto 7.581/2011;. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> acessado em: 09
de nov. 2022.

BRASIL. e leiº 9.472/97. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> acessado em: 09
de nov. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019

FORTINI, C.; SHERMAN, A. Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do “bis in idem.” **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 5, n. 2, p. 91, 1 maio 2018.

FORTINI, Cristiana. **Excesso de punição a atos de corrupção não favorece o interesse público.** Conjur, 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-ago-10/interesse-publico-excesso-punicao-atos-corrupcao-nao-favorece-interesse-publico>. Acesso em: 20/09/2022

GARCIA. Flavio Amaral. Licitações e contratos administrativos. Casos e polêmicas. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 12.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO JURÍDICA. São Paulo: Saraiva, 2010

A DISCRIMINAÇÃO RACIAL NO FUTEBOL BRASILEIRO: UM ESTUDO SOBRE O RACISMO, A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E O NÚMERO DE ATOS PRECONCEITUOSOS RELACIONADOS À ORIGEM, RAÇA, SEXO, COR E QUAISQUER OUTRAS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO

HUGO COELHO BEZERRA:
Graduando em Direito pelo Centro
Universitário Fametro

RESUMO: Este artigo tem o desígnio de apresentar ao leitor os crimes de Racismo e Injúria Racial cometidos em solo brasileiro. O tema tão abordado, é algo que sempre esteve e ainda está presente no cotidiano atual, sendo que, há casos de discriminação racial no mundo, principalmente no Brasil, um país onde mesmo havendo uma forte miscigenação de etnias, registra altos índices de intolerância, agressão e diferença social causado pelo preconceito. A hipótese que se cria com isso é de que não existe uma forma de erradicar o racismo somente do futebol, pois como em muitos lares o tema ainda não é abrangido em âmbito familiar, no qual alguns integrantes venham a se tornar jogadores ou torcedores, levam o que aprenderam em casa para os estádios. No futebol como o esporte número um do Brasil, reflete o racismo presente no aprendizado que vem de berço, sendo assim a única forma de acabar com o preconceito, é na base de uma reeducação do assunto, tanto por parte do governo criando campanhas antirracistas e obrigando as escolas a apresentarem o tema, assim como as próprias famílias educarem seus filhos. Além disso existe o fato de que muitas vezes, o infrator termina não recebendo as devidas punições quando comete tal ato preconceituoso, gerando assim, uma continuidade de reincidências em decorrência desta realidade.

PALAVRAS-CHAVE: Racismo. Injúria Racial. Negros no futebol. Futebol Brasileiro. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT: This article aims to introduce the reader to the crimes of Racism and Racial Injury committed on Brazilian soil. The topic so discussed is something that has always been and still is present in everydaylife, and there are cases of racial discrimination in the world, especially in Brazil, a country where even with a strong miscegenation of ethnicities, it registers high rates of intolerance, aggression and social difference caused by prejudice. The hypothesis that is created with this is that there is no way to eradicate racism only from football, because as in many homes the theme is not yet covered in the family sphere, in which some members become players or fans, they lead what they learned at home for the stadiums. In football, as the number one sport in Brazil, it reflects the racism present in the learning that comes from the cradle, thus being the only way to end prejudice, it is on the basis of a re- education of the subject, both by the government creating anti-racist campaigns and forcing schools to present the theme, as well as families themselves to educate their children. In addition, there is the factthat the offender often ends up not receiving the due punishment when he commits such a prejudiced act, thus generating a continuity of recidivism as a result of this reality.

KEYWORDS: Racism. Racial Injury. Blacks in football. Brazilian football. Dignity of human person.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. A dignidade da pessoa humana e o crime de racismo 3. A dignidade da pessoa humana como um direito fundamental 3.1 O crime de racismo 3.2 Diferença de crime

de racismo para o crime de Injúria Racial 4. Análise dos incidentes raciais no futebol brasileiro 4.1 A chegada do negro no futebol brasileiro 4.2 Casos de injúria racial entre 2014 e 2022 no futebol brasileiro 4.3 Punições aos clubes envolvidos em casos de racismo 5. Conclusão - 6. Referências.

1.INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a melhor solução para esses casos de racismo e injúria racial, praticado por torcedores e jogadores no futebol brasileiro, como fazer campanhas nos estádios e fora dos estádios para mostrar que todas as pessoas, sejam elas brancas ou negras, estão em um mesmo nível de classe social e igualdade social, sendo que um negro não pode ser encarado como inferior ao branco justamente por conta da sua cor.

Hoje em dia, nos estádios existem vários outdoors ou outros meios para mostrar que todos somos iguais, inclusive ao iniciar as partidas, frases de apoio, mensagens mostradas em camisas de jogadores, dizendo “diga não ao racismo”, é uma forma também de comentar e ajustar este tema tão repercutido.

Os adultos, vendo essas frases, possam ser que mudem também um pouco de atitude e personalidade, e principalmente para as crianças, que desde cedo costumam ver jogos, poderem ir se ambientando e se adaptando a não ter este tipo de atitude na continuidade de sua vida, fazendo com que no futuro essa taxa de injúrias e racismos possam ir diminuindo.

2.A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O CRIME DE RACISMO

Os direitos de cada cidadão são um ideal comum a ser alcançado por todos os homens e mulheres, todas as nações e povos. Os direitos humanos fundamentais são direitos humanos básicos ou direitos fundamentais. É precisamente com este sentido que a expressão direitos fundamentais conduz à segunda parte da Constituição, que se completa explicitamente como direitos fundamentais no artigo § 17.

Entrando nesta idéia, José Afonso da Silva aborda o seguinte princípio: “dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem desde o direito à vida”. (SILVA, 1998, p.92).

Ou seja, degrine à dignidade da pessoa humana aquelas pessoas que usam de racismos ou injúrias raciais ou até mesmo outros crimes, para de certa forma, diminuir à dignidade de outrem. E isto é algo muito difícil de lhe dar, pois afeta o psicológico, abala o emocional e há casos de pessoas que precisam de acompanhamentos psicológicos em seu cotidiano com uma maior frequência, outras até cometem suicídio, tudo por conta da gravidade de seu ferimento moral.

Cada pessoa tem que ser respeitada pelo como ela é, não importa sua raça, cor ou etnia. Devemos sempre usar o princípio da isonomia, no qual todos nós somos iguais e temos os mesmos direitos, e não é uma cor que vai fazer um indivíduo ser inferior ou superior aos demais perante a sociedade.

3. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Como afirma o artigo I da Declaração Universal dos Direitos Humanos: "Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência, e agem uns para com os outros com espírito de fraternidade".

Segundo o princípio desta afirmação, o homem é um ser racional em geral, que existe como fim em si mesmo, e não apenas como instrumento da vontade, que lhe pode servir como lhe apraz. Com esses princípios, podemos ver que a dignidade humana só é possível através da liberdade, porque só uma pessoa livre tem esse valor, desde que sua humanidade e situação humana sejam reconhecidas.

Os seres humanos são fundamentalmente revestidos de humanidade, dignidade e condição humana. É por isso que os seres humanos, sendo a fonte dos valores dos direitos humanos, devem, antes de tudo, estar nesse lugar de destaque.

Como aborda Comparato:

A dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, com um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, se a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. Pela sua vontade racional, a pessoa, ao mesmo tempo que se submete às leis da razão prática, é a fonte dessas mesmas leis, de âmbito universal, sendo o imperativo categórico – 'age unicamente segundo a máxima, pela qual tu possas querer, ao mesmo tempo, que ela se transforme em lei geral [...]

[...] O homem é o único ser vivo que dirige a sua vida em função de preferências valorativas. Ou seja, a pessoa humana e, ao mesmo tempo, o legislador universal, em função dos valores éticos que aprecia, e o sujeito que se submete voluntariamente a essas normas valorativas. (COMPARATO, 2015, pg. 256)

Esses princípios nos dizem que a dignidade só é possível através da liberdade. Pois somente um homem livre tem essa dignidade enquanto sua humanidade e humanidade são reconhecidas. No entanto, para alcançar a humanização holística e global, todos os seres humanos, todos os grupos étnicos, todas as organizações sociais humanas devem ser fortalecidas por suas naturezas espirituais não por qualidades materiais externas, como riqueza, matéria e espírito.

Devemos reconhecer essa primazia da dignidade humana para os nossos membros. Aqueles que se julgam superiores aos outros por terem mais supréncios, ricos ou não, têm uma influência infinita sobre aqueles que levam uma vida mais simples. Uma sociedade justa baseada

na solidariedade só pode existir plenamente se a dignidade humana e os valores humanos forem respeitados.

3.1 O crime de racismo

O crime de racismo é um conjunto de discriminações sociais preconcebidas que julgam as pessoas com base em suas características físicas, principalmente a cor da pele. Baseado em preconceitos contra a superioridade de determinados grupos étnicos, tal racismo está profundamente enraizado na sociedade brasileira e ocorre em uma ampla variedade de contextos.

O racismo é considerado crime pela Constituição Federal, que prevê diversas formas de punição para esses casos. Como resultado, o crime expressa ódio ou ressentimento em relação ao grupo como um todo, e o racismo é um crime coletivo que ataca não apenas a vítima, mas todo o ideal de dignidade humana. A Constituição da República assim dispõe:

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: (Brasil, 2019)

[...] XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Como um exemplo de caso de racismo, a 1ª turma criminal do TJDF manteve uma condenação por crime de racismo de um homem que se autochamava de "skinhead" no qual fez apologia ao racismo contra judeus, negros e nordestinos em página da internet. De acordo com os desembargadores, que mantiveram a condenação com unanimidade, "o crime de racismo é mais amplo do que a injúria qualificada", pois busca atingir uma coletividade indeterminada de indivíduos discriminando toda a integralidade de uma raça.

Ao contrário da injúria racial, cuja prescrição é de 8 anos antes de transitar em julgado a sentença final, o crime de racismo é inafiançável e imprescritível, conforme determina o artigo 5º da Constituição Federal. As evidências de racismo e de injúria racial praticadas no Brasil são observadas no cotidiano. Paulo Roberto explica que o racismo é uma doutrina que se fundamenta numa construção social de que existe uma hierarquização de "raças" a partir de uma "raça" dominante sobre uma dominável.

Essa ideologia ainda gera preconceito até os dias atuais. Faz com que pessoas tenham uma ideia pré-concebida de que todo negro é criminoso, todo negro não gosta de estudar, todo negro é preguiçoso. Ou seja, perpetua-se um juízo de valor, mesmo antes de conhecer o caráter daquele indivíduo. É necessário saber identificá-lo a fim de que a sociedade possa trilhar um caminho livre de preconceitos, lamentou. (ROBERTO, Paulo, 2022).

O que podemos perceber, é que só pela cor da pele, já se gera um preconceito por parte da sociedade, no qual um negro não pode ter as mesmas habilidades de um branco, na qual ambos não se podem estar na mesma escala de inteligência intelectual, há casos ainda mais absurdos nos quais, a sociedade acha que todo negro que tem uma certa riqueza, foi como fruto de roubos, de formas e meios ilegais e não é assim que grande parte da sociedade deve pensar.

Antes mesmo de ao menos tentar conhecer, de compactuar com suas ideias, de ter uma simples conversa, a sociedade prefere julgar, fazer um pré-julgamento de que por ser negro, já não é uma boa pessoa, de que trabalha e faz coisas ilícitas, ou seja, há um crime de racismo perante a isso, pois não se é avaliado o caráter em si do outro, e sim, apenas a sua cor.

A sociedade não pode agir desta forma, visto que devemos adotar ao princípio da isonomia, na qual devemos agir com todos independentemente de sua cor, raça ou etnia, de forma igualitária, seguindo os bons princípios que devemos ter perante toda a humanidade.

3.2 Diferença de crime de racismo para o crime de injúria racial

O crime de injúria racial está descrito no artigo 140, no capítulo V, do código penal dos crimes contra a honra, que consiste em ofender a honra de alguém nos elementos referentes à raça, cor, religião, etnia ou origem. De acordo com a lei número 7.716/1989, o crime de racismo tem como significado a conduta discriminatória dirigida a um determinado grupo ou coletividade e geralmente é referido a crimes mais amplos.

Na situação em si, os casos colocados nesta categoria são julgados pelo Ministério Público, que tem a legitimidade para processar o acusado. Segundo a lei, recusar ou impedir acesso a um estabelecimento comercial, impedir o acesso às entradas sociais em edifícios públicos ou de residenciais ou a escadas ou elevadores de acesso, negar emprego em empresa privada e outros, no qual se encaixa como uma descrição deste crime de racismo. Lembra-se que o racismo é um crime que é imprescritível e inafiançável.

A lei 7716 de 1989 é um marco no Brasil na busca da igualdade, estabelecendo os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Essa legislação legal confirmou as posições assinadas pelo Brasil em 1968 na "Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial", com texto de 1965. Essa convenção estipulava em seu artigo IV, a necessidade dos países membros declararem como crime o racismo.

Esta mesma lei teve alguns artigos modificados pela lei 9.459 de 1997. Por essa lei o artigo 20 teve a redação do crime de prática de racismo alterada e foi incluída no Código Penal de 1940 uma qualificadora do crime de injúria:

Art. 20. da lei 7716 - Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa.

Os crimes são enquadrados neste caso quando acontece uma conduta discriminatória a qualquer pessoa, e a pena é muito mais leve. O réu pode responder em liberdade, desde que

pague fiança. De maneira geral, o crime de injúria racial é associado a um uso de palavras depreciativas referentes à cor ou na intenção de ofender a honra da vítima.

O respeito a diversidade racial é um tema importante e que vem sendo cada vez mais discutido em diversas esferas sociais no mundo todo. Aqui, será exposto toda a diferença dos crimes de racismo para o crime de injúria racial, para um melhor entendimento acerca deste tema:

O crime de injúria racial está previsto no Código Penal brasileiro, no artigo 140, § 3º, veja:

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 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:

Pena - reclusão de um a três anos e multa.

A injúria racial está prevista na legislação brasileira como uma forma qualificada do crime de injúria. Nesses casos, portanto, a pena é maior e não se confunde com o crime de racismo, previsto na lei 7.716/89, a qual define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. A tipificação do crime de injúria racial acontece quando há ofensa à dignidade de alguém, com base em características referentes à raça, cor, etnia, religião, idade ou deficiência. A pena nesse caso é de 1 a 3 anos de reclusão.

Já o crime de racismo, por sua vez, está previsto na lei 7.716/89, conhecida como Lei do Racismo. Essa lei prevê diversas condutas tipificadas como racismo, para citar um exemplo, veja o disposto no 5º da lei:

Art. 5º Recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador. Pena: reclusão de um a três anos.

Vale ressaltar que, a lei 9.459/97 acrescentou os termos etnia, religião e procedência nacional, de forma a aumentar a proteção jurídica para outras formas de intolerância. A primeira diferença são as penas que são bem mais severas do que as aplicáveis ao crime de injúria racial. O objetivo da lei é preservar os Direitos Fundamentais constitucionalmente previstos, como a promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas

de discriminação. Neste cenário, a principal diferença entre os dois crimes é a conduta do agente, que na injúria racial ofende alguém por motivos de raça, cor etc, e no racismo a ofensa tem caráter coletivo, não sendo possível determinar o número de pessoas atingidas.

4. ANÁLISE DOS INCIDENTES RACIAIS NO FUTEBOL BRASILEIRO

Em um relatório feito no ano de 2021 no futebol brasileiro e outros esportes, foram relacionados 41 casos discriminatórios no território nacional, no qual 37 casos ocorreram relacionados ao futebol e 4 relacionados a outros esportes.

Desses 37 casos relacionados com futebol, 35 estão relacionados à discriminação racial e 1 (um) com a homofobia e outro (um) com a xenofobia.

LOCAIS DOS INCIDENTES: Das trinta e cinco (35) ocorrências relacionadas como “supostos casos de racismo”, vinte e quatro (24) ocorreram dentro dos estádios e onze (11) casos ocorreram pela Internet.

ESTADOS: Pelo segundo ano consecutivo, o Estado do Rio Grande do Sul (RS) foi o que apresentou o maior número de incidentes, com nove (09) casos, aumento de 80% em relação a 2014. Ao todo nove (09) estados nacionais tiveram registros de algum incidente racial, redução de dois (02) estados em relação ao ano anterior. Comparando com os estados apresentados no levantamento de 2014, além do RS, apenas outros cinco (05) foram reincidentes, sendo eles: São Paulo (SP), Santa Catarina (SC), Paraná (PR), Paraíba (PB) e Minas Gerais (MG).

A situação destes 35 casos mencionados, foram apurados da seguinte forma:

- Dois (02) casos foram julgados pelo STJD*;
- Seis (06) casos foram julgados pelo TJD*;
- Dezesete (17) casos não originaram registros de ocorrência do fato na polícia;
- Dez (10) casos tiveram registro de Boletim de Ocorrência (B.O.)*;
- Um (01) sem informação encontrada;
- Um (01) caso com punição preventiva.

Nestes casos, o registro de Boletim de Ocorrência (B.O), em apenas 2 (dois) o agressor foi preso, identificado e foi liberado após o pagamento da fiança lhe posta. As punições aplicadas nos 35 casos de supostos casos de racismo, em apenas 1 (um) houve punição pelo TJD (Tribunal de Justiça Desportiva) por ato discriminatório, e em outros 2 (dois) casos o agressor foi preso. Já em outro caso a federação local suspendeu preventivamente o acusado. Nos outros

casos destes supostos racismos, não houve punição ao agressor em nenhuma esfera esportiva e criminal.

4.1 A chegada do negro no futebol brasileiro

A história mais popular aqui no Brasil sobre a chegada de um negro no futebol foi a de Charles Miller, mas existem diferentes versões e outros personagens que também podem ser responsáveis pela introdução da chegada de um negro no futebol nacional.

Segundo Santos Neto (2002), em 5 de abril de 1894, Thomas Danoe da Escócia partiu para o Brasil em busca de novas oportunidades em sua carreira. Meses depois, em agosto, a família de Thomas seguiu o mesmo caminho do jogador, saindo de Glasgow, sua cidade-estado natal, trazendobolas de futebol para o afilhado conforme solicitado. Danoe teria organizado várias partidas informais antes de Miller, que chegou ao Brasil apenas em meados de outubro de 1894, para o autor, Danoe não se preocupava em registrar a prática, enquanto Miller documentava todas as notícias citadas no país.

Inicialmente, o futebol era organizado de uma forma muito voltada para as camadas superiores de uma sociedade pois tinha um caráter ainda mais social e elitista, sendo jogado principalmente por uma elite inglesa e brasileira, e ir a uma partida de futebol era um evento social, uma prática que exigia muita disciplina. Segundo o historiador Mário Filho, o domínio da elite do futebol estaria chegando ao fim:

Não se ganhava campeonato só com o time de brancos. Um time de brancos, mulatos e pretos era o campeão da cidade, Contra esse time, os times de brancos não tinham podido fazer nada. Desaparecera a vantagem de ser de boa família, de ser estudante, de ser branco. O rapaz de boa família, o estudante, o branco tinha de competir, em igualdade de condições, com o pé- rapado, quase analfabeto, o mulato e o preto, para ver quem jogava melhor (FILHO, 2003, p,11).

A Copa do Mundo de 1938, realizada na França, atestou o fortalecimento das ideias na cultura nacional. Pela primeira vez, com força total, com um time misto de pretos e brancos, esperava-se que o time mostrasse um futebol de destaque para o mundo exterior e conquistasse títulos. Após vencer Polônia e Tchecoslováquia, o Brasil foi eliminado nas semifinais ao perder para Itália, campeã do ano anterior em 1934.

Na final, os italianos derrotaram a Hungria e venceram o campeonato mundial pela segunda vez em sua história até então. Já o Brasil acabou se recuperando após a derrota na semifinal, ganhando o terceiro lugar, depois de disputar o confronto contra a Suécia.

Apesar da tristeza inicial, a seleção brasileira recebeu aplausos dos torcedores ao voltar para casa. O artilheiro da competição, Leônidas, que estava na seleção brasileira e era um dos negros presentes, tornou-se uma figura tão popular que se tornou o garoto-propaganda de um

novo chocolate, e apelidado de "Diamante Negro", na época recebeu o nome do novo produto da Lacta, conhecido mundialmente hoje, lançado em 1939.

Sobre o assunto, o jornalista Mário Leite Rodrigues Filho, também conhecido como o criador das multidões, que foi o grande idealizador do futebol carioca no começo do século XX, encerrou uma edição sobre "o negro do futebol brasileiro", em 1947, em um tom otimista, citando a mobilização social do negro e a democratização racial.

(...) em foot-ball não havia o mais leve vislumbre de racismo. Todos os clubes com seus mulatos e pretos. Um preto marca um goal, lá vêm os brancos abraçá-lo, beijá-lo. O goal é de um branco, os mulatos, os pretos, abraçam, beijam o branco. (RODRIGUES FILHO apud SOARES, 2001, p.18)

4.2 Casos de injúria racial entre 2014 e 2022 no futebol brasileiro

Os casos de racismo cometidos por jogadores e torcedores brasileiros têm aumentado gradativamente. Vários estudos indicam que, entre 2014 e 2020, os casos de discriminação racial aumentaram significativamente. No ano de 2014, foram registrados 20 casos de racismo no futebol brasileiro e 6 anos depois, 67 casos aumentaram. Ou seja, houve um aumento de 235% desse tipo de preconceito no esporte. Este é o último relatório do Observatório sobre o racismo nos jogos de futebol.

Deve-se notar que os desenvolvimentos ao longo dos anos são alarmantes, mostrando que os autores desses crimes não se envergonham de cometer esses atos e até criam inspiração negativa para outros jogadores e até mesmo torcedores copiarem essa natureza absurda.

Em 28 de agosto de 2014, Santos e Grêmio disputaram uma vaga na Copa do Brasil, nas quartas de finais. O palco era na Arena do Grêmio. Após grande atuação do goleiro Aranha, que era goleiro do Santos na época, os torcedores do Grêmio nas arquibancadas atrás do gol em que o mesmo estava, vaiaram e xingaram o jogador. Um deles foi visto claramente durante a transmissão televisiva, mostrando o momento em que um torcedor insultou o goleiro o chamando de "macaco".

Na ocasião, o clube gaúcho foi desclassificado da competição por decisão do Superior Tribunal de Justiça Desportiva (STJD). Esta seria a primeira vez que um tribunal ordenou uma sanção por desqualificar um clube de um campeonato nacional por discriminar jogadores adversários dentro de seu mando de campo.

Em 2020, outro caso semelhante ocorreu durante o jogo de volta da final da Copa do Brasil, que aconteceu na Arena da Baixada, casa do Athletico Paranaense, contra o Atlético Mineiro, em que o time mineiro saiu vitorioso. Crimes racistas foram cometidos por pelo menos dois homens e uma mulher da torcida local, que imitavam os gestos de macaco, mencionando a cor de pele para ofender seus oponentes. Porém, neste caso, o vídeo foi gravado e mostrou claramente os responsáveis pela atitude, facilitando teoricamente a investigação.

Nem mesmo uma pandemia pôde diminuir e acabar com esse preconceito racista, praticado por torcedores e até mesmo por jogadores contra seus colegas de trabalho em campo. Além disto, até dirigentes e membros da comissão técnica, foram flagrados com atos racistas, o que é considerado um absurdo, já que deveriam servir de exemplo. É o que aborda Carvalho:

Houve registros mesmo assim, foram 31 denúncias monitoradas, e muitos dos casos mostram que não são só torcedores. Muitas vezes foram dirigentes e membros da comissão técnica. Então, aquela velha máxima que os clubes reproduzem de ser algo apenas vindo do torcedor e, por isso, ser incontrolável, cai por terra. O racismo também está dentro dos clubes, salienta Carvalho. (GE GLOBO, 2014).

O caso de racismo praticado em um jogo de clubes brasileiros, aconteceu na copa libertadores neste ano de 2022, no jogo entre Corinthians x Boca Juniors da Argentina, na Neo Química Arena, estádio do clube brasileiro. Um torcedor do time argentino, fez gestos imitando um macaco, em menção aos jogadores corintianos. O mesmo acabou sendo identificado e punido, assim como o clube também sofreu punições.

A Conmebol acabou punindo o Boca Juniors em R\$ 30 mil dólares, cerca de R\$ 143 mil reais na cotação atual. O clube argentino foi punido por violar os artigos 9 (responsabilidade objetiva) e 17 (discriminação) do Código Disciplinar da Entidade. Neste caso, Leonardo Ponzo foi detido pela polícia militar ainda dentro da arena corintiana, e o consulado argentino pagou uma fiança de R\$ 3 mil reais para que o autor do ato racista fosse liberado de solos brasileiros.

Outro caso ocorrido em 2022, foi com o jogador brasileiro Vinicius Júnior, atleta do Real Madrid da Espanha. Em um clássico válido pelo campeonato espanhol, disputado contra o Atlético de Madrid, a torcida "colchonera" como é chamada em solos espanhóis, começou a fazer cânticos imitando a um macaco, e as imagens de televisão também flagraram vários torcedos proferindo a palavra macaco para o mesmo. A partida foi paralisada, e Vinicius Júnior lamentou o racismo sofrido durante a partida, pois o futebol é um espetáculo, e não um esporte que tenha que gerar a violência.

Diante dessa gravidade, o MP Madrileno (local), pediu que a polícia apurasse todos os vídeos e pudesse identificar todos os que estiveram envolvidos ou possuam grupos violentos ou movimentos de ideologia extremista. Também foi pedido para que os autores deste crime, possam ser investigados em suas fixas criminais, ocasiões parecidas com essas condutas anti-desportivas.

Um caso mais recente ainda, houve na partida entre Sport Recife x Vasco da Gama, no qual aos 45 minutos do segundo tempo, o atleta do Vasco, Raniel, converteu um pênalti em prol de seu time, e foi comemorar em frente a torcida do Sport. A torcida local, irritada, conseguiu invadir o campo no intuito de proferir golpes contra o atleta, porém, com a ajuda do policiamento pernambucano, não obtiveram sucesso. Após o jogo ter sido por encerrado pelo árbitro por

alegações de falta de segurança para dar continuidade a partida, todos os jogadores do time visitante (Vasco Da Gama) conseguiram ir para o hotel.

E foi neste momento, ao pegar seu celular e olhar suas redes sociais, Raniel, viu em redes sociais, inúmeros casos de racismo, de ameaças e inúmeras palavras ofensivas, muitos o chamando de “preto favelado”, “preto drogrado”, que havia sido expulso de sua família adotiva por ser “preto” e entre outras palavras ofensivas e racistas ao atleta vascaíno.

4.3 Punições aos clubes envolvidos em casos de racismo

O Juventude foi o primeiro clube brasileiro a ser multado por racismo. O Supremo Tribunal de Justiça do Esporte (STJD) os multou por unanimidade em R\$ 200 mil e retirou o comando de campo do time de Caxias do Sul por 2 (duas) partidas. O árbitro mineiro Alisio Peña Junior, que apitava a partida contra o Internacional no Alfredo Giaconi, estádio da equipe do Juventude, em 22 de outubro de 2005, informou que o Juventude havia sido punido pelo comportamento dos torcedores. O meio campo do Internacional Tinga, como foi relatado pelo árbitro no momento do gol, que o jogador estava sendo imitado com gestos de macaco pela torcida.

Procuradores do STJD certificaram o Juventude nos termos do artigo 213 do Código Brasileiro de Justiça Desportiva (CBJD). A defesa do Clube Gaúcho buscou flexibilizar o julgamento sobre duas principais alegações. Defensores dizem que os torcedores do Inter estão sendo provocados porque a maioria usa máscaras de macaco. Além disso, a diretoria do Juventude, tentou coibir a criminalidade usando os alto-falantes do estádio para incitar a multidão a evitar provocações racistas. No entanto, esse fato não foi mencionado pelo árbitro do jogo na súmula do mesmo.

Após a defesa, o relator do processo, Marcos Henrique Pinto Basílio, pediu dois jogos e a multa de R\$ 200 mil, citando outra acusação de racismo, ocorrida na partida entre Palmeiras e Flamengo, em São Paulo. O meia Renato, do time rubro-negro, acusou torcedores palmeirenses de comportamento semelhante aos do Juventude.

Para azar do Juventude, o que aconteceu ontem mostrou que está evoluindo esse problema. Temos que ter uma punição exemplar. Senão, isso ficará incontrolável nos estádios. Tenho certeza que no próximo jogo, o primeiro que imitar macaco será denunciado pelos torcedores e será preso, afirmou. (Uol Esportes, 2005)

Outro caso ocorrido no mesmo ano, foi com o árbitro Márcio Chagas, numa partida válida pelo campeonato gaúcho daquele ano. O técnico Danilo Mior da equipe do Encantado, acabou proferindo as seguintes palavras ao árbitro “negro coitado”, fazendo uma alusão de que pela sua cor negra, o árbitro seria inferior a ele.

Ao final da partida, as palavras proferidas pelo técnico foram relatadas na súmula do jogo, e o infrator acabou sendo punido por 60 dias, ou seja, 2 meses, pelo TJD-RS, não podendo de forma alguma, adentrar aos estádios e até mesmo ao seu clube durante o tempo da punição dada ao envolvido.

Outro caso ocorreu em 15/04/2010 com o atleta Manoel do Club Atlético Paranaense. Na ocasião, após uma briga com o jogador adversário Danilo, que pertencia ao Palmeiras na época, foi alegado que o infrator o diminuiu se referindo a sua cor de pele durante uma confusão dentro de campo entre ambos. Este jogo foi válido pela Copa do Brasil, no ano citado.

Após o término do jogo, o jogador Manoel foi fazer um boletim de ocorrência contra o jogador do Palmeiras, por atitude discriminatória contra si. Após uma avaliação do STJD, obtendo as informações necessárias, o atleta palmeirense foi enquadrado no artigo 234-G, e suspenso por 5 jogos devido ao ocorrido.

Em 2014, em uma partida válida pelo Campeonato Paulista, após o apito final, o Santos havia goleado o time mandante, na ocasião o Mogim Mirim. Ao sair para os vestiários, um grupo de torcedores do time local, fizeram gestos e proferiram palavras racistas em direção ao volante santista. Palavras como “macaco” foram ouvidas por diversas pessoas que estavam ali presentes.

Em julgamento no Tribunal de Justiça Desportiva de São Paulo, o Mogi Mirim foi punido a pagar R\$ 50 mil de multa, em decorrência do episódio de racismo protagonizado por grupo de torcedores contra o meia Arouca, do Santos. O clube recorreu ao pleno e teve o valor cortado pela metade R\$ 25 mil, com metade da multa (R\$ 12.500,00) convertida em medida de interesse social. Neste caso, pelo fato da torcida ter proferido os atos racistas, o clube foi punido.

Neste mesmo ano, o atleta Paulão do Internacional, também sofreu com o caso de racismo. Em partida válida pelo campeonato gaúcho, o mesmo verificou que a torcida do Grêmio estava imitando sons de macaco em sua direção, quando a partida já havia sido finalizada.

Punição: O Superior Tribunal de Justiça Desportiva (STJD) condenou o Grêmio ao pagamento de uma multa de 30.000 por injúria racial de um de seus torcedores. O autor das injúrias não foi identificado, e o Grêmio foi punido em R\$ 80 mil pelo Tribunal de Justiça Desportiva do Rio Grande do Sul. O clube não nega o fato, mas recorreu e a multa acabou reduzida a R\$ 10 mil. A procuradoria do Tribunal, então, levou o caso ao Pleno do STJD pedindo a manutenção da punição inicial. O Pleno do Superior Tribunal de Justiça Desportiva (STJD) condenou ao clube gaúcho Grêmio ao pagamento de R\$ 30 mil de multa.

O Grêmio, ainda neste mesmo ano sofreu uma punição ainda mais severa devido a recorrência dos atos de sua torcida, que mesmo após a punição que já havia acontecido anteriormente, não se contentou e cometeu novamente atos racistas.

Durante uma partida entre Grêmio e Santos, o goleiro Aranha da equipe santista ouviu de muitos torcedores os xingamentos de macaco, sendo visto até mesmo pela televisão ao vivo os atos de racismo praticado pelos torcedores gremistas.

Nesta ocasião, o Grêmio foi julgado pelo STJD e foi excluído da Copa do Brasil. Os dirigentes do clube gaúcho tentaram recorrer mas não obtiveram sucesso e ainda foram penalizados com a perda de 3 pontos no campeonato brasileiro e multado na quantia de R\$ 54

mil. Por conta da recorrência, esta foi a punição mais severa até o ano mencionado, sendo o clube desclassificado da competição pelos atos racistas de seus seus torcedores.

Em 2016, na competição válida pelo Campeonato Brasileiro daquele ano, o atleta Tchê Tchê do Palmeiras foi ofendido por atos racistas pela torcida do Atlético Paranaense. Ao entrar na Arena da Baixada, estádio do clube local, alguns torcedores estavam proferindo palavras de cunho racista para o jogador palmeirense, e foi vista pela TV Palmeiras, sendo levado ao ar, ao vivo, a palavra “macaco” sendo proferida de forma contundente.

Punição: Julgado no dia 31 de agosto, o clube paranaense recebeu multa de R\$ 10 mil e o torcedor impedido de frequentar a Arena da Baixada por 720 dias. Por discordar da decisão, clube e Procuradoria recorreram. O Atlético/PR teve a multa dobrada e o valor destinado para campanha contra injúria racial. A decisão foi proferida pelos Auditores do Pleno do STJD do Futebol. A multa destinada para ações de marketing em campanha contra a injúria racial e que a mesma deverá ser realizada em jogos em que o Atlético/PR for mandante.

Um caso acontecido aqui no estado do Amazonas, mais precisamente em Manaus, aconteceu com o árbitro assistente Ueslei dos Santos. Na ocasião, numa partida disputada durante o campeonato amazonense de 2018 entre Fast Clube x Penarol-AM, foi relatado em súmula pelo árbitro assistente, o cunho racista “Macaco tinha que estar na senzala”.

O Fast Clube foi condenado com perda de 3 pontos na competição, pagamento de multa de R\$1.000 mil e perda de 2 mandos de campo. Por entrar com recurso, ainda teve mais uma punição no valor de R\$ 3 mil, pelo TJD-AM.

Vale ressaltar que, sobre atos de racismo o Código Brasileiro de Justiça Desportiva determina:

Art. 243-G. Praticar ato discriminatório, desdenhoso ou ultrajante, relacionado a preconceito em razão de origem étnica, raça, sexo, cor, idade, condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

PENA: suspensão de cinco a dez partidas, se praticada por atleta, mesmo se suplente, treinador, medico ou membro da comissão técnica, e suspensão pelo prazo de cento e vinte a trezentos e sessenta dias, se praticada por qualquer outra pessoa natural submetida a este Código, além de multa, de R\$ 100,00 (cem reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Um grande exemplo que podemos trazer para o futebol brasileiro, que serve de exemplo para o mundo inteiro, são as penalizações firmes e severas que ocorrem em solos ingleses, nos quais as suas penalizações acabaram por ser copiadas em diversos países europeus, devido ao menor índice de reincidências após as penalizações sofridas pelos clubes e torcedores infratores.

Na Inglaterra, um torcedor que invade um estádio para tirar fotos ou abraçar os jogadores de forma ilícita, fica sem frequentar os estádios por um tempo indeterminado ou até mesmo perpetuamente. Dependendo da gravidade de seus atos, a justiça determina um desses dois

quesitos. E em relação a isso, poderíamos pegar como base aos torcedores que, ao invés de ir aos estádios para torcerem por seus times em prol de sua evolução, vão de má fé fazer injúrias e racismo a jogadores ou a torcedores dentro dos estádios.

Poderíamos, ter uma lei de que, caso algum torcedor fizesse esse tipo de atitude aqui no Brasil, não poderia frequentar os estádios por tempo indeterminado ou até mesmo para sempre, dependendo da gravidade dos seus atos, dando exemplo ao demais que ousarem a pensar em fazer este crime tão bárbaro no futuro, fazendo com que o mesmo se iniba de cometer tal ação, por medo de punições severas tanto à ele, quanto ao seu clube de coração.

5. CONCLUSÃO

As reflexões feitas durante a elaboração deste artigo e os dados apresentados mostram que o racismo e insultos racistas no futebol brasileiro não acabaram. Em momentos de confronto e descontrole, os meios utilizados pelos infratores são as cores da pessoa, seja como uma forma de desestabilizar o adversário ou deixando o jogador irritado. Injúrias racistas, gritos e xingamentos de torcedores e jogadores ainda são vistos como endêmicos ao longo do jogo de futebol e são tratados pela mídia como um meio pusilânime pelos delinquentes que tomam estas posturas abusivas.

A falta de penalidades mais severas abafa a insatisfação dos jogadores e acaba incentivando e reforçando o comportamento racista. É de suma importância uma necessária mudança de paradigma, e uma disseminação mais coerente e contínua dos conceitos e consequências do racismo e das injúrias raciais. A luta contra o racismo não é dirigida contra apenas um jogador, mais contra todos os negros que compõem o mundo do futebol brasileiro. Não basta combater o racismo em ambientes acadêmicos, sociais e educacionais. Deve atuar no ambiente prático e técnico do esporte. Dessa forma, você pode eliminar ou reprimir os gritos de "macacos pretos", "todo negro é ladrão", imitações egestos relacionados aos primatas e até bananas jogadas no campo esportivo.

Por fim, punições mais severas devem ser adotadas ao longo dessa continuidade de fatos ocorridos em ambientes desportivos. Somente assim poderemos ter uma diminuição de casos de racismo e injúria racial em nosso futebol, praticadas de forma covarde e bárbara por esses torcedores, jogadores, dirigentes, entre outros inconsequentes.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Código Penal.** Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Acesso em: 30 de outubro de 2022.

BRASIL. OBSERVATÓRIO DA DISCRIMINAÇÃO RACIAL NO FUTEBOL BRASILEIRO. Disponível em: <<https://observatorioracialfutebol.com.br/legislacao/>>. Acesso em: 21 de outubro de 2022.

BRASIL. OBSERVATÓRIO DA DISCRIMINAÇÃO RACIAL NO FUTEBOL BRASILEIRO. Disponível em: <<https://observatorioracialfutebol.com.br/casos-de-injuria-racial-no-futebol-aumentaram-235-entre-2014-e-2019/>>. Acesso em: 21 de outubro de 2022.

BRASIL. OBSERVATÓRIO DA DISCRIMINAÇÃO RACIAL NO FUTEBOL BRASILEIRO. Disponível em: <<https://observatorioracialfutebol.com.br/historias/o-primeiro-clube-brasileiro-punido-por-racismo/>>. Acesso em: 01 de novembro de 2022.

BRASIL. **PLACAR**. Disponível em: <<https://placar.abril.com.br/placar/casos-de-racismo-disparam-em-2021-no-futebol-brasileiro/>>. Acesso em: 02 de junho de 2022.

BRASIL. **PORTAL GELEDÉS**. Disponível em: <<https://www.geledes.org.br/os-piores-casos-de-racismo-no-futebol/>>. Acesso em: 01 de junho de 2022.

BRASIL. **GAZETA ESPORTIVA**. Disponível em: <<https://www.gazetaesportiva.com/times/corinthians/conmebol-multa-boca-juniors-por-episodio-de-racismo-contr-o-corinthians-confira-valor/>>. Acesso em: 06 de junho de 2022.

COMPARATO. Fábio. **A afirmação história dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FILHO, Mario. **O negro no futebol brasileiro**. 5a edição. Rio de Janeiro: Mauad Editora Ltda, 2010.

GE. GLOBO. **Divergências marcam "herança" do caso Aranha no campo e no tribunal**. Disponível em: <<https://ge.globo.com/rs/futebol/noticia/2015/08/divergencias-marcam-heranca-do-caso-aranha-no-campo-e-no-tribunal.html>> Acesso em: 30 de outubro de 2022.

GE GLOBO. Grêmio é excluído da Copa do Brasil após julgamento por injúrias raciais. Disponível em: <<https://ge.globo.com/rs/futebol/times/gremio/noticia/2014/09/pleno-do-stjd-retira-tres-pontos-e-elimina-o-gremio-da-copa-do-brasil.html>> Acesso em: 30 de outubro de 2022.

GOV.BR. **Cartilha reforça que o racismo é crime inafiançável no Brasil**. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2022/eleicoes-2022-periodo-eleitoral/cartilha-reforca-que-o-racismo-e-crime-inafiancavel-no-brasil>> Acesso em: 30 de outubro de 2022.

RODRIGUES FILHO, Mário. **O Negro no Futebol Brasileiro**. Rio de Janeiro.Civilização Brasileira S.A., 1964.

TERRA. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/nos/relatorio-aponta-158-casos-de-discriminacao-no-esporte-brasileiro-em-2021%2C054933a6e897db7aa972b7c0186e06797n28pke4.html>> Acesso em: 25 de outubro de 2022.

ASPECTOS JURÍDICOS DA FALSA “DENÚNCIA” DE ALIENAÇÃO PARENTAL NO CONVÍVIO FAMILIAR

LUISA MARTINS MIRANDA COSTA:
Bacharelanda em Direito pela
Universidade de Gurupi – UnirG.

GILSON RIBEIRO CARVALHO FILHO³⁷

(orientador)

RESUMO: A alienação parental se caracteriza basicamente como um ato onde um pai ou uma mãe de um filho o instrui contra o outro genitor com o intuito de provocar o rompimento dos laços de afeto existentes entre eles, ou simplesmente impedindo que se forme afeição entre a criança e um dos seus genitores. Para além dos prejuízos sociais e psicológicos que a criança sofre em razão desta prática, há ainda em alguns casos a existência de falsa denúncia de alienação parental por parte do outro genitor. Frente a esse contexto, o presente estudo teve o objetivo de analisar as consequências jurídicas e sociais da falsa denúncia de alienação parental no Direito brasileiro. A metodologia utilizada foi a de revisão da literatura, com base em livros, artigos científicos, texto da lei e jurisprudência. O banco de dados foi a Scielo e Google Acadêmico, além de sites dos Tribunais Superiores. Nos resultados, encontrou-se posicionamentos doutrinários favoráveis a condenação daqueles que realizam uma falsa denúncia de alienação parental. Os tribunais e a doutrina acentuam que o genitor responde pelo crime de falsa denúncia quando se utiliza de falsas memórias para imputar ao outro genitor o cometimento de algum crime sexual contra o menor, ou até mesmo pelos crimes de calúnia, obstrução de visitas, desobediência judicial e abandono de incapaz.

Palavras-chave: Alienação. Denúncia. Falsa. Responsabilidade Jurídica.

ABSTRACT: Parental alienation is basically characterized as an act where a father or mother of a child instructs him against the other parent with the aim of causing the rupture of the existing bonds of affection between them, or simply preventing the formation of affection between the child and the child. one of your parents. In addition to the social and psychological damage that the child suffers as a result of this practice, there is still in some cases the existence of a false report of parental alienation by the other parent. In view of this context, the present study aimed to analyze the legal and social consequences of the false denunciation of parental alienation in Brazilian law. The methodology used was the literature review, based on books, scientific articles, text of the law and jurisprudence. The database was Scielo and Google Scholar, as well as websites of the Superior Courts. In the results, doctrinal positions favorable to the condemnation of those who make a false complaint of parental alienation were found. Courts and doctrine emphasize that the parent is liable for the crime of false reporting when using false memories to impute to the other parent the

37 Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG.

commission of some sexual crime against the minor, or even for the crimes of slander, obstruction of visits, judicial disobedience and abandonment of the incapable.

Keywords: Alienation. Complaint. false. Legal Responsibility.

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Síntese geral sobre a Alienação Parental. 4. A falsa denúncia no Direito Brasileiro. 5. A falsa denúncia na Alienação Parental: efeitos jurídicos. 6. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A família representa o significado principal da sociedade, uma vez que é por meio da sua formação e expansão que se forma a comunidade. É tão importante e necessária a ponto de ser fundamental para a formação da personalidade, da sociabilidade e do intelecto do indivíduo. Dessa forma, sendo tão necessário, o Direito, enquanto ciência social abarca especificamente um sistema de normas jurídicas especial para a família, denominado de Direito de Família.

Como bem acentua o art. 226 da Constituição Federal de 1988, a família é considerada como a base da sociedade e do indivíduo. É na sua união que permeia todo o foco das normas. No entanto, numa sociedade que evolui e se modifica com bastante rapidez, existem situações onde há uma ruptura do núcleo familiar, e conseqüentemente uma série de efeitos surgem. Nesse ponto, cabe ao Direito dar o norteamento legal para cada situação apresentada (DIAS, 2017).

No presente trabalho, discute-se, dentre vários outros assuntos relacionados ao Direito de Família, um tema de extrema urgência: a alienação parental. A alienação consiste na circunstância em que a mãe ou o pai de uma criança a instrui contra o outro genitor com o intuito de provocar o rompimento dos laços de afeto existentes entre eles, ou simplesmente impedindo que se forme afeição entre a criança e um dos seus genitores (SOUZA, 2017).

Ocorre que em determinados casos, não se encontra a configuração da alienação parental. E mesmo não havendo qualquer indício dessa prática, o outro genitor realiza uma falsa denúncia. Com isso, nota-se uma situação complexa, uma vez que para se estabelecer que a denúncia de alienação parental seja falsa é preciso verificar a situação *in loco*.

Desse modo, procura-se no decorrer do trabalho responder: qual as conseqüências jurídicas da falsa denúncia de alienação parental?

Diante desse contexto, esse estudo se objetivou em apresentar os efeitos que a falsa denúncia de prática de Alienação Parental possui no âmbito jurídico brasileiro. Também se apresenta os seus efeitos para a criança, vítima desse ato.

2. METODOLOGIA

Na metodologia empregada, foi realizada uma revisão da literatura, onde baseou na atual Constituição Federal, em revistas jurídicas, em livros e artigos, dentre outros. A coleta das informações foi feita em sites de busca de dados, tais como: Scielo; Google, dentre outros, entre

os meses de outubro e novembro. Os descritores foram: Alienação Parental. Falsa denúncia. Legislação Brasileira. Jurisprudência.

3. SÍNTESE GERAL SOBRE A ALIENAÇÃO PARENTAL

Antes de discorrer sobre o tema específico desse tópico é preciso pincelar de modo geral o que seja família, uma vez que tal instituto está inserido nesse grupo. No entanto, conceituar família, apesar de nos remeter a uma simples definição, não é de todo modo um conceito único. Isso porque o conceito de família foi se aperfeiçoando e mudando ao longo da evolução humana.

Se nos primórdios da sociedade, a família era caracterizada pelo pátrio poder (onde o homem detinha todo e qualquer poder e direito sobre os demais membros familiares), nos dias atuais ela é caracterizada além da vertente biológica, agrupando também a afetividade entre os entes (LOPES, 2018).

Nesse sentido, em contraponto ao pátrio poder, a família representa o conjunto de direitos e obrigações dos pais em relação aos filhos menores, ou seja, o pólo ativo do poder familiar seria representado por ambos os pais (IBIAPINA, 2015).

Do mesmo modo, entende-se que a família seja um conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Na visão de Ribeiro (2018, p. 30), “designa-se por família o conjunto de pessoas que possuem grau de parentesco entre si e vivem na mesma casa formando um lar”.

Conforme já mencionado, o entendimento acerca do que seja uma família vai se moldando de acordo com os avanços sociais. Na atualidade a família é um complexo emaranhado de relações sociais e principalmente afetivas entre as pessoas. O afeto, nesse sentido possui tanta importância quanto os laços consanguíneos.

Frente a estrutura familiar, em muitos casos, o matrimônio representa o modelo ‘ideal’ do que seja uma família. Ainda que existam hoje muitos arranjos familiares, conhecida como pluralidade familiar, é no matrimônio que está a principal base para a formação de uma família.

Ocorre que quando há uma ruptura desse vínculo matrimonial, os menores, além dos dissabores inerentes a essa situação, são vítimas de Alienação Parental. Originado do latim “*alienato*” que significa alienação, venda, loucura, o termo alienação está ligado diretamente a ideia de ‘outro’. Já o termo parental, também provém do latim “*parentalis*” e representa tanto o pai quanto a mãe, como relativo a parente. Em outras palavras: pessoa que pertence a mesma família (ROCHA, 2019).

Assim, entende-se que a junção dos dois termos acima descritos está ligado à alienação de um parente/familiar. Conceitualmente, a alienação parental pode ser entendida como a destruição da figura de um dos pais com o propósito deliberado de obter a guarda dos filhos. No entendimento de Perelli (2020, p. 02) “ocorre quando o pai ou a mãe tenta afastar o filho do outro genitor, gerando, em relação a ele, desafeição no consciente da criança por meio de pequenas sutilezas ou também por atos expressos”.

Warshak (2001 apud SILVA, 2019, p. 30) explica que o termo alienação é como “um distúrbio no qual as crianças sofrem uma aversão irracional a um genitor, com quem eles anteriormente desfrutavam de relações normais ou com quem normalmente desenvolviam afeições”.

O foco da Alienação Parental é sempre denegrir, prejudicar o outro, tendo resultado a total perda de contato com o genitor-vítima. Não importa a forma e a maneira como essa alienação é feita, o resultado é sempre o afastamento e em alguns casos a anulação total de convívio com o outro.

No Brasil, a legislação pátria tem promulgado leis que regem sobre essa matéria, sendo a mais notável a Lei nº. 12.318/2010, que em seu art. 2º, caput, traz de forma sucinta a definição de Alienação Parental:

Art. 2º. Considera-se ato de alienação parental interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avôs ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie o genitor ou cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (BRASIL, 2010)

Essa lei foi importante porque “tampou” um buraco existente nas relações familiares em relação à segurança psicológica do filho, a ponto de trazer o garantismo por meio dessa norma de que essa ação lesiva não comprometa a formação da criança e do adolescente (LOPES, 2018).

Machado (2017, p. 01) acentua que “a conduta adotada pelo alienador atinge diretamente o comportamento da criança e na sua formação psíquica, muitas vezes sem fundamento algum, implanta na criança dúvidas sobre o caráter e conduta do alienado, trazendo para si a criança e, em conjunto, agem para prejudicar de forma direta o outro genitor”.

A criança nem sempre consegue discernir o que é o certo do errado, e é nessa fraqueza que o alienador consegue impor suas verdades de forma incessante à prole, tomando tudo o que lhe é dito como verdadeiro (MACHADO, 2017).

Ao referir-se a tal assunto, Correia (2019, p. 02) diz que “os atos alienatórios provocam em crianças e adolescentes uma exposição negativa da ambiência familiar, tornando-os adultos inseguros e hostis quanto ao afeto”. Pode ocorrer inclusive como consequência, uma desvalorização dos valores familiares.

Tendo com figura central o filho, na alienação parental os danos às vítimas podem recair na saúde, tanto na esfera mental quanto física. A falta de afeto produzida em decorrência da sua alienação acarreta efeitos nas pessoas alienadas, todos eles prejudiciais.

O Direito buscou medidas que pudessem prevenir e/ou punir a prática da Alienação Parental. Tem-se como exemplo dessas medidas a busca e apreensão da criança; regulamentação de visitas e maior rigor da lei em relação à alienação.

A busca e apreensão da criança “pode ser requerida quando um genitor não devolve os filhos no dia fixado judicialmente ou impede o convívio dos filhos com o outro genitor” (FIGUEIREDO, 2016, p. 176). Essa é uma medida traumática, pois exige em muitos casos a intervenção de força policial, o que gera constrangimento às partes e estresse à criança, devendo ser utilizada como último recurso.

Da mesma forma a regulamentação de visitas também é uma medida protetiva contra a Alienação Parental, já que se tem um controle maior sobre a convivência dos pais em relação aos filhos, evitando qualquer situação constrangedora (MONTEZUMA; PEREIRA; MELO, 2017).

4 A FALSA DENÚNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

Um crime bastante recorrente na era moderna, ainda que já normatizado há décadas, é a falsa denúncia. Como explicita Souza (2017) a pessoa que faz a comunicação de um crime que de fato não ocorreu, tendo como consequência a ação de uma autoridade no objetivo de investigar o falso crime, pode ser responsabilizada pelo crime de comunicação falsa de crime, previsto no artigo 340 do Código Penal, e está sujeita a uma pena de até 6 meses de detenção e multa.

Art. 340 - Provocar a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou de contravenção que sabe não se ter verificado:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.(BRASIL, 1940)

O criminoso, por meio de uma mentira, movimenta vários órgãos do Estado, para investigar um crime que não existiu, como: delegacia, fórum, Ministério Público, entre outros (SOUZA, 2017).

Cabe destacar que tal crime se difere do crime de denúncia caluniosa. Como explica Batista (2020) para sua configuração, a denúncia caluniosa exige que seja atribuído crime a uma pessoa inocente, e que seja instaurado um processo ou investigação contra essa pessoa. No caso da comunicação falsa, basta que seja comunicado à autoridade um crime fictício, sem indicar o suposto criminoso ou indicando pessoa que não existe.

Mas há na doutrina o alinhamento de tais crimes. Batista (2020) também acentua que a acusação falsa na denúncia caluniosa deve ser objetiva e subjetivamente falsa. Em outras palavras, diversa aos fatos reais e com a objetividade clara, por parte do acusador, sobre a inocência da pessoa à qual se atribui o crime. O dolo, nesse caso, é representado pelo objetivo de começar uma investigação policial ou um processo em desfavor da vítima.

Bottini (2019) deixa claro que a caracterização do crime depende de prévio conhecimento da inocência do acusado. Para esse autor, esse crime deve ser amplamente combatido, uma vez que não se pode buscar o acionamento da máquina judiciária para compartilhar injustiças e criar discórdias, uma vez que o agente passivo da ação penal é inocente.

A denúncia é um crime diferente da simples calúnia. Nesse caso, tem-se que observar três elementos para a sua efetivação: i) individualização da pessoa acusada, ii) definição dos delitos

falsamente imputados e o denunciante tenha a ciência prévia da inocência do denunciado (BATISTA, 2020).

A jurisprudência brasileira tem ao longo das últimas décadas julgando casos de falsa denúncia e punindo os sujeitos ativos. Tem-se como exemplo o seguinte julgado:

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. DIREITO PENAL. **CRIME DE COMUNICAÇÃO FALSA DE CRIME OU DE CONTRAÇÃO.** ATIPICIDADE DA CONDUTA. ERRO DE TIPO. INOCORRÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. IMPOSIÇÃO E DOSIMETRIA DA PENA ADEQUADAS. REGIME INICIAL MANTIDO. SUSSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS NEGADA. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Presentes os pressupostos específicos, conhecido o recurso. 2. Trata-se de recurso interposto pelo acusado contra a sentença que julgou procedente a pretensão punitiva estatal constante na denúncia, atinente ao crime de comunicação falsa de crime ou contração, **tipificado no artigo 340 do Código Penal, para condenar o denunciado à pena de 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de detenção, com regime inicial semiaberto**, não tendo havido a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. [...] 5. **O agente que provoca a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de roubo, que sabe não ter ocorrido, de forma livre e conscientemente, comete o crime tipificado no art. 340 do Código Penal. Tutela-se o regular funcionamento da Administração Pública, atingido pela movimentação indevida dos órgãos de persecução penal.** [...] 11. Assim, as provas produzidas na instrução criminal são aptas a fundamentar a certeza da autoria e da materialidade do crime imputado ao réu/recorrente na denúncia, eis que os depoimentos se mostraram harmônicos e coerentes com os demais elementos constantes dos autos, descrevendo adequadamente a dinâmica dos fatos, inexistindo dúvida quanto ao elemento objetivo e subjetivo do tipo, este último consistente na consciência de informar à autoridade policial a ocorrência de crime que não havia sido praticado. 12. **O fato é típico, ilícito e culpável, não havendo causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade.** O acusado é imputável, uma vez que não provou sua inconsciência na ilicitude dos fatos, de forma que deve ser mantida a sentença. [...]. (07124666920218070004 - (0712466-69.2021.8.07.0004 - Res. 65 CNJ). TJDF. Segunda Turma Recursal. Relatora: SILVANA DA SILVA CHAVES. Data de Julgamento: 25/07/2022. Publicado no PJe: 11/08/2022). (grifo meu)

Conforme aludido na jurisprudência acima, o agente que provoca a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de algum crime, que sabe não ter ocorrido, de forma livre e conscientemente, comete o crime tipificado no art. 340 do Código Penal. Tutela-se o regular

funcionamento da Administração Pública, atingido pela movimentação indevida dos órgãos de persecução penal.

Mais recentemente foi promulgada a Lei nº 14.110/2020 que modificou a definição encontrada no Código Penal sobre o crime cometido por quem faz denúncias falsas contra pessoas sabidamente inocentes, a denominada denúncia caluniosa (BRASIL, 2020).

Tendo como origem o Projeto de Lei nº 2.810/2020, a nova lei traz a possibilidade de punição para acusações falsas de infrações disciplinares e atos ímprobos e torna a definição do crime mais objetiva. Como acentua Coronel (2020) a denúncia caluniosa é um delito em desfavor da administração da Justiça. Com o novo texto legal, retirou-se a expressão “investigação administrativa”.

In casu, o crime será configurado, de acordo com a nova lei, quando denúncias falsas levem efetivamente à instauração de processos, ações ou investigações policiais contra quem foi injustamente denunciado (BRASIL, 2020).

Com isso, esta norma passou a estabelecer que denúncias falsas de infrações éticas e disciplinares também possam ser consideradas crime de denúncia caluniosa se resultarem em processos (BRASIL, 2020).

De acordo com Coronel (2020, p. 01):

Não é mais todo e qualquer expediente administrativo, como uma notícia de fato ou sindicância, que pode ser enquadrado como ‘investigação’ para fins de caracterização da denúncia caluniosa. Agora será necessário que o procedimento, o processo, a ação instaurada em decorrência da denúncia falsa tenha caráter sancionador e acusatório, e não meramente investigativo.

Ao tentar entender as motivações que esse tipo de crime é praticado, Batista (2020) entende que a vingança é a motivação primordial para a maioria dos casos de falsa denúncia. As situações que mais geram esse tipo de denúncia são as acusações falsas de empregador contra empregado para evitar ações trabalhistas e credores que acusam seus devedores inadimplentes de estelionato.

Além destas, encontra-se as falsas denúncias encontradas em sede familiar, como por exemplo, nas relações matrimoniais e que tenham relações com os filhos. Sobre esse último, discute-se os seus efeitos no tópico seguinte.

5. A FALSA DENÚNCIA NA ALIENAÇÃO PARENTAL: EFEITOS JURÍDICOS

Uma das ações mais impactantes no que concerne ao tema aqui analisado, diz respeito à falsa denúncia com base no crime de Alienação Parental. Mônica Guazzelli (2018) ao discorrer sobre essa questão afirma que a falsa denúncia de abuso retrata o lado mais sórdido de uma vingança, pois vai sacrificar a própria prole.

A supracitada autora ainda afirma que esse tipo de conduta delituosa é mais comum do que se imagina em sede familiar. Isso se deve sobretudo, em casos de separação mal resolvida, onde se constata o fato de que muitas vezes a ruptura da vida conjugal gera na mãe sentimentos de abandono, de rejeição de traição, surgindo uma tendência vingativa muito grande (GUAZZELLI, 2018, p. 43).

A falsa denúncia em casos de Alienação Parental se encontra normatizada na Lei nº 12.318 de 2010 ao qual traz em seu inciso VI, a sua previsão objetiva. Pelo texto deste artigo, apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente (BRASIL, 2010).

Silva (2015, p. 40) afirma que:

Denegrir a imagem moral de genitor alienado perante os filhos é uma forma de abuso psicológico – sutil subjetivo e difícil de mensurar objetivamente –, mas que poderá trazer sérias consequências psicológicas e provocar problemas psiquiátricos pelo resto da vida.

Trindade (2019) aduz que a dita denúncia pode ser decorrente da Síndrome de Alienação Parental e ter gerado uma falsa acusação de abuso. Nesses casos, quando acontece a falsa denúncia, teremos várias sequelas e danos tanto para a criança como para o acusado.

A jurisprudência tem se posicionado no sentido de punir aqueles que realizam a falsa denúncia de alienação parental. Nesse sentido, cita-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. GENITOR PROIBIDO DE MANTER CONTATO COM A FILHA. SUPOSTA PRÁTICA DE VIOLÊNCIA SEXUAL PERPETRADA CONTRA A INFANTE. DECISÃO AGRAVADA QUE AUTORIZA A VISITAÇÃO DAS TIAS E AVÓ PATERNAS À MENINA. MANUTENÇÃO. **CASO CONCRETO ONDE FORAM EVIDENCIADAS A IMPLANTAÇÃO DE FALSAS MEMÓRIAS NA CRIANÇA E VIOLÊNCIA PSÍQUICA PRATICADA PELAS FAMÍLIAS MATERNA E PATERNA**, EVOLVIDAS EM INTENSA HOSTILIDADE. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE QUE A FAMÍLIA PATERNA ESTEJA FACILITANDO O CONTATO ENTRE O GENITOR E A MENINA OU QUE AS VISITAS REALIZADAS TENHAM SIDO PREJUDICIAIS À MENOR. LAUDO PERICIAL QUE SUGERE SEJA ESTIMULADO O CONVÍVIO DA INFANTE COM A FAMÍLIA PATERNA E QUE AS VISITAS ÀS TIAS E AVÓ SEJAM RETOMADAS. **DECISÃO AGRAVADA MANTIDA**. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (TJ-RS - AI: 70068273382 RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Data de Julgamento: 29/06/2016, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/07/2016). (grifo meu)

Os efeitos de uma falsa denúncia por Alienação Parental trazem efeitos negativos principalmente nas crianças. Guazzelli (2018) descreve que os filhos apresentam quadros de agressividade (verbal ou física, justificada pelo filho por motivos fúteis ou absurdos; sentimento de

ódio, expresso sem ambivalência sem demonstrar culpa pode denegrir o genitor alienado e parentes; afirma que chegou sozinha às suas conclusões e adota a defesa do genitor alienador de forma racional; conta casos que não viveu e guarda na memória fatos considerados “negativos” sobre o genitor alienado, de que ela não se lembraria sem a ajuda de outra pessoa; e não quer se encontrar com o genitor alienado.

Na investigação de uma falsa denúncia envolvendo Alienação Parental, se mostra muito complexo, principalmente porque envolve crianças e sua subjetividade. Por conta disso, é preciso se dispor de vários mecanismos e meios de prova para de fato estabelecer uma falsa denúncia.

Brandt (2019) afirma que o laudo pericial deve ser considerado mais um elemento de prova dentro dos autos e não se constitui no julgamento final do caso. Esse relatório, como todas as outras provas, está sujeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Portanto, pode e deve ser questionado sempre que necessário, para garantir em última instância da justiça.

Neste liame, Azambuja (2017, p. 174), destaca que diante da dificuldade na produção de provas, visto que muitos casos inexistem vestígios físicos, o “depoimento da vítima é de suma importância para elucidação do caso, sendo tal depoimento revestido de credibilidade quase absoluta para o julgador”.

Destaca-se que, visando coibir a prática da alienação parental o artigo 6º, da Lei 12.318/2018 prevê sanções para aqueles genitores e também para os familiares que cometerem a alienação parental. Cumpre referir que tais sanções podem ser impostas cumulativamente ou não, cabendo também responsabilização na esfera civil e/ou criminal a depender da situação ocasionada (BRASIL, 2018).

Conforme disposto pela presente norma as medidas punitivas estão previstas nos incisos I, III, IV e VII do artigo acima mencionado. Estas devem ser impostas somente ao genitor alienador e consistem em advertência, multa, obrigatoriedade de acompanhamento psicológico ou biopsicossocial e suspensão da autoridade parental (BRASIL, 2018).

Já os casos dos incisos II, V e VI podem ser consideradas medidas protéticas a criança ou adolescente vítima da alienação, sendo elas: ampliação do regime de convivência familiar em favor do genitor alienado, fixação de guarda compartilhada ou inversão de guarda, fixação cautelar do domicílio da criança e do adolescente (BRASIL, 2018).

De todo modo, o genitor responde pelo crime de falsa denúncia quando se utiliza de falsas memórias para imputar ao outro genitor o cometimento de algum crime sexual contra o menor, ou até mesmo pelos crimes de calúnia, obstrução de visitas, desobediência judicial e abandono de incapaz (DIAS, 2017).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As separações, que dificilmente ocorrem de forma consensual, trazem turbulência e conflitos para a relação familiar. Agressões verbais ou até mesmo físicas entre os ex-cônjuges,

disputa por dinheiro e principalmente a muitos são os genitores que, no intuito de prejudicar o outro genitor, presta uma falsa denúncia de Alienação Parental.

Cabe destacar que, independentemente de qual efeito a alienação parental possa trazer, o importante é a análise *in loco* de cada situação familiar. Somente com uma observação mais aprofundada e com base em relatórios técnicos é que se pode chegar a uma decisão justa e que respeite o melhor interesse do filho.

O poder judiciário conta com o apoio de uma equipe multidisciplinar própria (psicólogos, assistente sociais, juízes), para realizar o diagnóstico da existência da alienação parental, ao que se refere a este fato está cada vez mais difícil fazer uma análise da sua existência em virtude dos acontecimentos e situações em que são implantadas as memórias falsas e logo se tem a manifestação da síndrome de alienação.

Assim, o processo de apurar o que realmente foi vivenciado pelo menor se torna bastante complexo. Nessa perspectiva, observa-se que o juiz, em diversos casos, deve se manifestar com prudência.

Por fim, pode-se dizer que mesmo após as averiguações do relato onde houve a alienação parental, e dessa decorreu a falsa denúncia, infelizmente as partes envolvidas já terão sofrido o dano causado pelo afastamento, principalmente a criança onde está tem o seu psicológico atingido, pois diversas vezes escutou o seu genitor/genitora sendo humilhado.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **O olhar da justiça nos casos de violência sexual praticada contra a criança**. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). Incesto e Alienação Parental. 4. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais. 2017.

BATISTA, Nilo. **Denúncia Caluniosa**. 1º ed. Editora: REVAN, 2020.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes De Perigo Abstrato - Uma Análise Das Novas Técnicas De Tipificação No Contexto Da Sociedade De Risco**. 4º ed. Revista dos Tribunais, 2019.

BRANDT, Taiane Acosta. **Alienação parental e falsas denúncias de abuso: uma análise a partir das falsas memórias**. Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC. Santa Cruz do Sul, 2019.

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/Del2848.htm. Acesso em: 18 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.110 de 18 de dezembro de 2020**. Altera o art. 339 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para dar nova redação ao crime de denúncia caluniosa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2019-2022/2020/Lei/L14110.htm. Acesso em: 18 nov. 2022.

CORONEL, Angelo. **Sancionada lei que altera definição do crime de denúncia caluniosa.** 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/12/21/sancionada-lei-que-altera-definicao-do-crime-de-denunciacao-caluniosa>. Acesso em: 01 nov. 2022.

CORREIA, Eveline de Castro. **A Alienação Parental e o Dano Moral nas relações de família.** Artigo apresentado à Universidade Fortaleza. Fortaleza-CE, 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FIGUEIREDO, M. R. S. **A intervenção estatal na convivência paterno/materno-filial:** tensões entre o Poder Estatal e o Poder Familiar. Jurisprudência Revista OABRJ, Rio de Janeiro, v. 27, n. 2, p. 175-198, 2016.

GUAZZELLI, Mônica. **Incesto e Alienação Parental: A Falsa Denúncia de Abuso Sexual.** 2ª ed. rev. ampliada São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

IBIAPINA, Bruna. **Pátrio poder x poder familiar.** 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35295/patrio-poder-x-poder-familiar>. Acesso em: 12 nov. 2022.

LOPES, Isabella Dara. **Alienação Parental.** Conteúdo Jurídico, Brasília - DF: 08 jun. 2018. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590875&seo=1>. Acesso em: 10 nov. 2022.

MACHADO, Arieli Monique. **Alienação Parental: Direito à convivência familiar.** Conteúdo Jurídico, Brasília - DF: 24 nov. 2017. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590058&seo=1>. Acesso em: 17 nov. 2022.

MONTEZUMA, Márcia Amaral; PEREIRA, Rodrigo da Cunha; MELO, Elza Machado de. **Abordagens da alienação parental: proteção e/ou violência?** Physis, Rio de Janeiro, v.27, n.4, p.1205-1224, Dec. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010373312017000401205&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 28 out. 2022.

PERELLI, Bruno Angeli. **Você sabe o que é Alienação Parental?** 2020. Disponível em: <https://rpsa.com.br/alienacao-parental/>. Acesso em: 25 out. 2022.

RIBEIRO, G. F. A. **A quantificação do dano.** Boletim Jurídico. 2018. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=950>. Acesso em: 14 nov. 2022.

ROCHA, Maria Regina. **Poder Parental.** 2019. Disponível em: <http://ciberduvidas.sapo.pt/pergunta.php?id=26072>. Acesso em: 15 nov. 2022.

SILVA, D. M. P. da. **Filhos em primeiro lugar: alienação parental no DSM-V.** Psique Ciência & Vida, São Paulo, v. 9, n. 110, 2015.

SILVA, D.M.P. **Psicologia Jurídica no Processo Civil Brasileiro**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

SOUZA, Juliana Rodrigues de. **Alienação parental sob a perspectiva do direito à convivência familiar**. 2ª edição/ Juliana Rodrigues de Souza – Leme/SP: Mundo Jurídico, 2017.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do Direito**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

O CONSUMO VIRTUAL E A PROTEÇÃO DE DADOS: ANÁLISE DA INCIDÊNCIA DA LGPD NAS TRANSAÇÕES CONSUMERISTAS DIGITAIS

MARCOS PAULO DE ARAÚJO:
Acadêmico de Direito – Fasec.

EDY CÉSAR DOS PASSOS

(orientador)³⁸

RESUMO: O trabalho tem por objetivo determinar a aplicação da lei geral de proteção de dados dentro das relações consumeristas virtuais. Objetiva ainda elencar os conceitos de proteção ao consumidor e ao indivíduo com seus dados sendo tratados pelas empresas e pelos órgãos públicos, ensejando a proteção integral daquele com os dados tratados dentro de uma relação consumerista. O presente estudo trata-se de uma revisão bibliográfica de teor qualitativo e descritivo, que visou a revisão integrativa para se chegar aos objetivos propostos. As relações de consumo, pautadas na proteção do consumidor, objetivando a harmonia social e a equiparação das relações consumeristas, possuem um caráter de atuação do poder público que busca criar e aplicar leis com base na vulnerabilidade do consumidor dentro da relação consumerista. Deste modo, temos que a atuação do poder público tem por base a proteção do consumidor e a sua prevalência em relação à empresa, objetivando a compensação da vulnerabilidade vivida pelo consumidor dentro das relações de consumo e ensejando a harmonização da sociedade.

Palavras-chave: Dados. Internet. Proteção.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho vem estabelecer uma conexão entre os elementos constantes na lei geral de proteção de dados e o código de defesa do consumidor quando aplicado dentro das relações comerciais virtuais. O tratamento de dados pela nova lei geral de proteção de dados pode ainda ser inserida dentro do contexto de relações virtuais, não possuindo sua incidência somente no âmbito das relações públicas, mas também nas consumeristas. As relações consumeristas virtuais estabelecem a necessidade de tratamento de dados dos consumidores em todas as suas instâncias, sendo necessária a aplicação da lei geral de proteção de dados.

O trabalho tem por objetivo determinar a aplicação da lei geral de proteção de dados dentro das relações consumeristas virtuais. Objetiva ainda elencar os conceitos de proteção ao consumidor e ao indivíduo com seus dados sendo tratados pelas empresas e pelos órgãos públicos, ensejando a proteção integral daquele com os dados tratados dentro de uma relação consumerista. Enseja ainda o estabelecimento dos princípios que regem a lei geral de proteção de dados e das

38 Bacharel em Direito pela Faculdade Serra do Carmo - FASEC. Advogado. Pós-graduado em Gestão Pública pela Faculdade Suldamérica. Mestre em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade Federal do Tocantins-UFT. Professor da Faculdade Serra do Carmo. Servidor público federal.

relações consumeristas, observando as semelhanças entre ambas cargas principiológicas e a sua incidência dentro do contexto jurídico brasileiro.

O contexto dos princípios que envolvem a lei geral de proteção de dados se baseia na proteção integral daquele cujos dados se encontram em tratamento dentro da relação. O contexto que se aplica aos princípios do direito consumerista tem por anseio a proteção integral do consumidor ante a relação desproporcional ao qual se encontra inserido, tendo na figura do consumidor presente a vulnerabilidade. Deste modo, temos que ambas as legislações se baseiam na proteção do indivíduo vulnerável em relação às empresas, ensejando a presença do profissional do direito em auxílio aos direitos individuais.

O presente estudo trata-se de uma revisão bibliográfica de teor qualitativo e descritivo, que visou a revisão integrativa para se chegar aos objetivos propostos. Dessa forma possibilitando a assimilação do conhecimento na área de conhecimento legalista, procurando apontar lacunas a serem preenchidas com a efetivação de novos estudos para dar suporte a melhores práticas de atuação do advogado.

2 PROTEÇÃO DE DADOS

2.1 PRIVACIDADE E DE INTIMIDADE

A intimidade e privacidade, apesar de possuírem conceitos parecidos, são distintas entre si. A intimidade, conforme preceitua Alexandre de Moraes (2016, p. 81) se refere às “relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc.”

A inviolabilidade da privacidade e intimidade, garantida pelo constituinte, busca proteger o indivíduo tanto de ações públicas quanto privadas, de modo que sempre que os direitos estiverem ameaçados ou terem sido lesados, a vítima busque o judiciário para cessar ou evitar a coação à sua intimidade e privacidade.

A esse respeito, José Afonso da Silva (2006, p. 210) ensina que a violação da privacidade e intimidade poderá ser atacada na condição de ilícito penal bem como poderá ser assegurada, à vítima, a possibilidade de entrar com ação de indenização por dano moral e material contra as pessoas que tenham atingido o seu direito à privacidade e/ou intimidade.

Eis o que a Constituição Federal estabelece no artigo 5º; inciso 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;

Nota-se que a inviolabilidade não é um princípio absoluto. Logo, nos casos legalmente estabelecidos, a serem declinados oportunamente, nas questões atinentes à investigação criminal e instrução processual penal, poderá ser flexibilizado sigilo.

Sobre a flexibilização do princípio da correspondência, Pedro Lenza (2010, p. 762) disserta: “ Podemos observar [...] que esse direito não é absoluto e poderia, de acordo com as circunstâncias [...] ser afastado, por exemplo, na interceptação de uma carta enviada por seqüestradores. A suposta prova ilícita convalida-se em razão do exercício da legítima defesa.”

Alexandre de Moraes, ao falar sobre a defesa da privacidade e intimidade, afirma que:

a defesa da privacidade [e intimidade] deve proteger o homem contra: (a) a interferência em sua vida privada, familiar e doméstica; (b) a ingerência em sua integridade física ou mental, ou em sua liberdade intelectual e moral; (c) os ataques à sua honra e reputação; (d) sua colocação em perspectiva falsa; (e) a comunicação de fatos relevantes e embaraçosos relativos à sua intimidade; (f) o uso de seu nome, identidade e retrato; (g) a espionagem e espreita; (h) a intervenção na correspondência; (i) a má utilização de informações escritas e orais; (j) a transmissão de informes dados ou recebidos em razão de segredo profissional. (MORAIS. 2001, p. 89)

Com a salvaguarda à privacidade, na qual se encontra inserida à intimidade, a pessoa poderá se ver, de certa forma, distanciada das ingerências sobre os fatos pertinentes à sua intimidade; ao uso de seu nome bem como terá salvaguardas jurídicas contra espionagem ou espreita de questões pessoais, tais como a quebra de sigilo telefônico e correspondências, entre outras.

José Afonso da Silva destaca que:

A tutela constitucional [da privacidade e intimidade] visa proteger dois atentados particulares: (a) ao segredo da vida privada; e (b) à liberdade da vida privada. O segredo da vida privada é condição de expansão da personalidade. Para tanto, é indispensável que a pessoa tenha ampla liberdade de realizar sua vida privada, sem perturbação de terceiros. São duas variedades principais de atentados ao segredo da vida privada [...]: a divulgação, ou seja, o fato de levar ao conhecimento do público [...] os eventos relevantes da vida pessoal e familiar; a investigação, isto é, a pesquisa de acontecimentos referentes à vida pessoal e familiar; envolve-se aí também a proteção contra a conservação de documento relativo à pessoa, quando tenha sido obtido por meios ilícitos (SILVA, 2016, p. 208)

Desse modo, a tutela da privacidade, na qual também se inclui a intimidade, visa proteger o segredo e a vida privada *per si* da pessoa. A proteção envolve até documentos, tais como fotografias, diários, etc, sobre a pessoa. Também como salvaguarda da privacidade e intimidade, a

Carta Magna, no artigo 5º, inciso XI estabelece a inviolabilidade da casa, como parte integrante da privacidade e intimidade do indivíduo. Assim, conforme o citado dispositivo “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia por determinação judicial. ”

O termo casa no texto constitucional tem uma amplitude maior que o utilizado na gramática propriamente dita, conforme ensina Gilmar Mendes:

Importa definir em que consiste o termo casa – ou domicílio. Para essa tarefa, é de proveito contemplar o propósito do constituinte ao proclamar a inviolabilidade. Enfatiza-se o vínculo dessa liberdade com a proteção à intimidade do indivíduo e à privacidade de suas atividades profissionais. Por isso, o STF vê como objeto de garantia constitucional do inciso XI do art. 5º da CF “ (a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade. Assim o conceito de domicílio abrange “todo lugar privativo, ocupado por alguém, com direito próprio e de maneira exclusiva, mesmo sem caráter definitivo ou habitual”. O conceito constitucional de domicílio é, assim, mais amplo do que aquele do direito civil.[...] O lugar fechado em que o indivíduo exerce atividades pessoais está abrangido pelo conceito de domicílio [...] No conceito de casa incluem-se, ainda, o jardim, a garagem, as partes externas, muradas ou não, que se contêm nas divisas espaciais da propriedade. (MENDES, 2010, p. 480)

Refere-se à possibilidade de uma pessoa exercer direito de se manter sozinho, distante dos demais. Segundo René Ariel Dotti (2017, p. 69), a intimidade se caracteriza como “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”. Semelhante conceito é abordado por Adriano de Cupis (2017, p. 115) que define a intimidade, como “o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento de outrem, de quando se refira à pessoa mesma.”

Privacidade, por sua vez, é mais abrangente que a intimidade. Trata-se de uma terminologia oriunda do direito anglo-americano, que abrange o modo de vida doméstico, familiar e afetivo, com tudo aquilo que ele representa incluindo, ainda, pensamentos, segredos e outras questões de fórum íntimo da pessoa. Observa-se que a privacidade é definida, portanto, por cada pessoa, que pode escolher com quem deve compartilhar fatos e atos relacionados à esfera pessoal (CUPIS, 2017).

A privacidade e intimidade são inerentes aos direitos da personalidade, explicitados na Constituição Federal vigente e no Código Civil Pátrio. Com isso os direitos da personalidade dizem respeito à pessoa, tendo o condão de diferenciá-la frente aos demais membros da sociedade.

Assim, a personalidade envolve diversas questões atinentes à pessoa e sua individualidade. Consiste em ordenamento vital para a pessoa alcançar outros direitos. Silvio Rodrigues (2017, p.

37) explica que “no mundo moderno, e na quase totalidade dos países, a mera circunstância de existir confere ao homem a possibilidade de ser titular de direitos”.

Conforme preceituado pelo artigo 2º do Código Civil, a personalidade inicia-se com o nascimento com vida, sendo garantidos, desde a concepção os direitos do nascituro. A intimidade e privacidade fazem parte dos direitos da personalidade, tendo em vista serem estas inerentes à liberdade do ser humano e sua dignidade como pessoa . (BRASIL, 2012).

Vale destacar que o Código Civil não conceituou dos direitos da personalidade. Contudo, a doutrina traçou uma conceitualização do epigrafado instituto.

Nesse sentido, direitos da personalidade, conforme Goffredo Teles Júnior:

A personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é o objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens. (TELES JÚNIOR, 2013, p. 119)

Assim, a personalidade envolve diversas questões atinentes à pessoa e sua individualidade. Consiste em ordenamento vital para a pessoa alcançar outros direitos. Silvio Rodrigues (2013, p. 37), por seu turno, explica que “no mundo moderno, e na quase totalidade dos países, a mera circunstância de existir confere ao homem a possibilidade de ser titular de direitos”

Venosa faz uma análise mais profunda dos direitos da personalidade:

Os direitos da personalidade são os que resguardam a dignidade humana. Desse modo, ninguém pode, por ato voluntário, dispor de sua privacidade, renunciar à liberdade, ceder seu nome de registro para utilização de outrem, renunciar ao direito de pedir alimentos no campo da família por exemplo. Na busca de audiência e sensacionalismo, já vimos exemplos de programas televisivos nos quais pessoas autorizam que sua vida seja monitorada e divulgada permanentemente; que sua liberdade seja cerceada e sua integridade física seja colocada em extremo limite de resistência etc. Ora, não resta dúvida de que, nesses casos, os envolvidos renunciam negocialmente a direitos em tese irrenunciáveis. A situação retratada é contratual, nada tendo a ver com cessão de direitos da personalidade, tal como é conceituado. [...] Evidente, porém, que nunca haverá de se admitir invasão de privacidade de alguém, utilização de sua imagem ou de seu nome sem sua expressa autorização. (VENOSA, 2014, p. 152)

Os direitos da personalidade, nesse sentido, não podem ser renunciados, apesar das situações vistas na mídia atual, onde pessoas abrem mão de sua intimidade e privacidade para fazerem partes de programas tais como 'Fazenda', 'Big Brother' entre outros. A privacidade não poderá ser invadida sem anuência da pessoa. Conforme preceituado pelo artigo 2º do Código Civil, a personalidade inicia-se com o nascimento com vida, sendo garantido, desde a concepção os direitos do nascituro. A intimidade e privacidade fazem parte dos direitos da personalidade, tendo em vista serem estas inerentes ao ser humano e sua dignidade como pessoa.

2.2 PRINCÍPIOS QUE ENSEJAM A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

A criação da Lei Geral de Proteção de Dados versa sobre o esteio de efetivação e caracterização de determinados princípios constitucionais basilares de direitos individuais e coletivos, que se embasam na constituição da sociedade e dos elementos responsáveis pela manutenção da ordem social em consonância com os preceitos que estabeleceram e conceituaram a criação da Constituição Federal de 1988, onde o Estado Democrático de Direito encontrou sua aplicação em meio ao direito brasileiro.

A carga principiológica encontrada na criação de cada lei possui cerne material dentro da constituição, visando garantir a disseminação dos conceitos e a efetividade da Carta Magna, objetivando o bem coletivo e a proteção dos direitos individuais invioláveis previstos nesta carta.

A composição legal brasileira não pode se encontrar fora dos ditames constitucionais, devendo assim ser justificada dentro dos parâmetros estabelecidos e delimitados pela lei maior brasileira, esta detendo artigos que não podem ser contrariados por leis infraconstitucionais.

A sociedade, em seu cerne, objetiva sua manutenção no contrato social, devendo este, através de uma carta magna, reger as leis e o regramento social destinado à manutenção do mesmo, pois o homem objetiva a sua preservação e, assim, cria maneiras para que possa crescer e se desenvolver, gerando diferenças entre os homens, onde estes se organizam em um estado para que possa aumentar a sua chance de sobrevivência, destinando a sua realidade e a sua vivência ao contrato social (HOBBS, 2016).

Deste modo, há na condição humana um conceito onde a sua natureza, objetivada primordialmente à sua sobrevivência, uma característica de dominação quanto ao seu próximo, onde as condições de proteção do bem individual somente podem ser encontradas na união dos indivíduos em favor de um bem maior, abandonando parte de sua liberdade e de seus direitos fundamentais para que haja a proteção de sua capacidade de sobrevivência e consequente preservação da espécie em forma de sociedade (HOBBS, 2016).

Assim, para que a convivência em sociedade seja pacífica e garantidora dos direitos relativos à condição humana de cada indivíduo, é necessária a construção de um contrato social, uma constituição que venha a nortear e guiar as leis e regulamentações posteriores a esta, limitando o poder do Estado para que abusos não sejam cometidos e delimitando os ditames sociais de cada indivíduo em seu estado de sociedade, também elencando em seus dizeres os direitos e deveres das pessoas jurídicas contidas na sociedade (HOBBS, 2016).

Ao tratarmos da constituição da sociedade no contexto da atualidade, pode-se observar a presença de uma constituição norteadora do Estado e das leis infraconstitucionais presentes no ordenamento jurídico brasileiro, dentre estas a Lei Geral de Proteção de Dados, que encontra seu escopo e justificativa na proteção de princípios consagrados na Carta Magna, sendo eles a liberdade, a privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, que são o principal objeto de cuidado desta lei.

Para a caracterização de uma lei com caráter de proteção de direitos fundamentais com um viés de tratamento de dados, sejam estes físicos ou digitais, é de vital importância determinar e especificar os princípios norteadores desta, em caráter de uma lei atual e de grande importância para os meios digitais de comunicação, que gerem e tratam dados de todos os usuários de suas redes, que possuem grande usabilidade na sociedade, devido à grande quantidade de usuários e a sua utilidade para estes.

Em caráter primário, para delimitar o que se trata por liberdade, é importante estabelecer que a liberdade é um direito fundamental basilar do estado democrático de direito, pilar da revolução francesa que teve impacto direto dentro dos estados democráticos que surgiram e se desenvolveram a partir de seus conceitos e fundamentos.

A liberdade possui caráter intrínseco a cada cidadão, não sendo determinado o direito relativo à liberdade em quaisquer conceitos esparsos, sendo de autonomia do cidadão todos os seus atos (SOUZA; SILVA, 2019).

Nas palavras de Souza e Silva (2019, p.8):

Dos três direitos citados pelo dispositivo em questão, o mais inusitado (diante da abertura excessiva de seu conteúdo) é o de “liberdade”; com efeito, a autonomia está no cerne de todas as questões atinentes às relações privadas (ainda que contemporaneamente funcionalizada a interesses de ordem supraindividual, como os vinculados à solidariedade social). Já no que tange às relações entre indivíduo e Estado, as liberdades civis consistem nos direitos fundamentais há mais tempo reconhecidos, ditos de primeira geração, o que faz parecer despidianda sua remissão legislativa, exceto para a finalidade de afirmar o norte valorativo que o legislador tinha em mente quando da elaboração da lei.

Destarte, a liberdade é um direito fundamental elencado a todos os atos de cada indivíduo, dotado de autonomia para exercer seus direitos e deveres, ao contrário dos entes públicos que possuem seus atos limitados aos dizeres da lei, não podendo atuar de forma diversa desta, somente sendo lícito a fazer aquilo determinado legalmente, o cidadão não está limitado em seus atos pela lei, possuindo autonomia total em seus atos, sendo limitado apenas naquilo que não lhe é lícito a fazer legalmente.

Ao tratarmos do princípio da privacidade, podemos observar que este trata da proteção e do cuidado com as informações pessoais e com a construção da esfera particular do indivíduo.

Deste modo, ao elencarmos a Lei Geral de Proteção de Dados, o princípio da privacidade ganha demasiado destaque na construção desta lei, tendo em vista o caráter protetivo dos dados pessoais dos indivíduos em face do tratamento destes dados por empresas privadas, sendo o caráter de proteção da privacidade do direito fundamental brasileiro (SOUZA; SILVA, 2019).

Adiante, quando se analisa o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana se pode observar a proteção dos demais princípios norteadores desta lei, pois o desenvolvimento da personalidade humana de forma livre depende de sua liberdade para exercer seus direitos e a sua condição de pessoa humana com liberdade de expressão, privacidade e proteção de seus direitos fundamentais, não sendo caracterizada a proteção de seus dados pessoais como irrelevante no que se concerne seu desenvolvimento (TEIXEIRA, 2019).

Elenca Teixeira (2019, online):

A privacidade tem posição de destaque nos fundamentos da LGPD, tendo sido elencada em primeiro lugar pelo legislador. Conforme garante a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 12), bem como nossa Constituição Federal (art. 5º, X), o direito à privacidade é garantia fundamental do ser humano, tratando-se de condição essencial para o livre desenvolvimento da personalidade humana.

Ainda nos dizeres de Teixeira (2019, online):

Também garantia fundamental da Constituição Federal (art. 5º, IX), a liberdade de expressão, e as consequentes liberdades de informação, comunicação e opinião, são fundamentos da LGPD por se tratarem de condições necessárias para o livre desenvolvimento da pessoa humana, uma vez que representantes da expressão da personalidade dos indivíduos. Ao prever tais garantias como fundamentos da LGPD, o legislador demonstrou o interesse em harmonizar sua existência com o respeito à privacidade, devendo ser coibidos eventuais excessos, conforme já garantido pela legislação pátria (injúria, difamação etc.). No mais, em caso de excesso da liberdade de expressão com violação das normas relativas ao tratamento dos dados pessoais, deve prevalecer o respeito à privacidade, objetivo e fundamento da LGPD.

Assim, o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana encontra-se em destaque como princípio da Lei Geral de Proteção de Dados, tendo em vista que abarca todos os direitos e garantias fundamentais antes elencados e a partir daí gera os preceitos necessários para se determinar o entendimento de uma proteção do tratamento dos dados pessoais dos indivíduos, caracterizando a efetivação dos direitos individuais e a sua aplicabilidade de forma eficaz dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Teixeira (2019, online) elucida ainda:

Os fundamentos expostos no último inciso do art. 2º da Lei 13.709/18 demonstram novamente a preocupação do legislador em garantir os objetivos traçados no artigo primeiro da lei, isto é, a proteção dos direitos fundamentais à liberdade e à privacidade e a livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Ao prever que os direitos humanos como fundamento da LGPD, o legislador ampliou a proteção do titular dos dados pessoais para além dos direitos da personalidade, especialmente reafirmando a proteção à liberdade, um dos objetivos expressos da lei. Por sua vez, a dignidade e a cidadania são fundamentos da República Federativa do Brasil, também reafirmados pela LGPD. Assim, o último fundamento elencado no art. 2º da Lei Geral de Proteção de Dados reafirma alguns dos fundamentos anteriormente expostos e os amplia, demonstrando, mais uma vez, o caráter protetivo da norma em favor do titular de dados pessoais com vistas a atingir os objetivos da lei.

Deste modo, a proteção do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana abarca os demais direitos elencados e os engrandece, garantindo maior eficácia na sua aplicação, em decorrência da necessidade de proteção do indivíduo como um todo em seu desenvolvimento e caracterização de sua personalidade, não podendo este estar restrito aos conceitos unificados que não se encontram previstos em lei, somente lhe sendo restrito aquilo que a lei proíbe, devendo as demais faculdades serem protegidas e garantidas pelo Estado.

Ainda na forma constitucional, assevera Oliveira (2020, online):

Portanto, quando a CF/88 instituiu o habeas data para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante e para retificação de seus dados constantes de bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público (art. 5º, inciso LXXII), deu ao cidadão a possibilidade de inspecionar a utilização de seus dados pessoais, sendo um instrumento para o exercício do direito à autodeterminação informativa.

Assim, os conceitos constitucionais previstos anteriores à Lei Geral de Proteção de Dados já elencavam a proteção de dados pessoais, contudo, de forma breve e através de um procedimento processual constitucional, onde as informações eram protegidas em caráter público, não sendo abrangida a esfera privada neste ditame, contudo, já havia o preceito e a determinação, devendo então ser conceituada e preconizada em lei própria para que a proteção também alcançasse a esfera privada e a completude do direito do cidadão.

2.3 CONTEXTUALIZAÇÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Ademais, o tratamento de dados, apesar de sua caracterização ser elencada aos meios digitais através dos dados contidos nos bancos de armazenamentos digitais e dos sítios contidos

na internet, não é uma atividade que remete aos dias atuais, sendo uma característica que descende de tempos remotos e que elenca atividades antigas e primordiais ao contexto social que se desenvolveu aos dias de hoje, em compêndio dos serviços canônicos e públicos efetuados e preceituados ao longo da história (ZANON, 2013).

Dito isto, não se pode elencar a atividade de armazenamento, e conseqüentemente a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados, somente ao ambiente digital, sendo de vital importância o entendimento do armazenamento de dados em todas as suas vertentes para que sejam aplicados os conceitos e ditames conceituados nesta lei de forma justa e para que esta cumpra o seu propósito em todos os âmbitos, não se restringindo a uma parcela dos dados tratados pelas empresas públicas e privadas que a estes detêm a posse.

Analisa Nascimento (2019, online):

(...) o banco de dados pessoais surgiu com o desenvolvimento do comércio e suas atividades econômicas. Assim, para acompanhar o mercado comercial tão competitivo, surgiu a importância ainda perante os pequenos comerciantes de armazenarem os dados dos seus clientes, gerando o conhecido banco de dados. A partir da década de 60, com o forte desenvolvimento tecnológico e industrial, passou-se a realiza-se o cadastro de informações pessoais em computadores, gerando a expansão dessa prática. Desse ponto, começaram a surgir às problemáticas decorrentes da atividade de coleta e armazenamento de dados pessoais, em razão da facilidade que as pessoas possuíam em ter acesso a esse tipo de informação através de um simples acesso ao computador.

Assim, a atividade de armazenamento de dados está intrinsecamente ligada à atividade comercial, gerando nesta um forte entendimento acerca dos conceitos relativos aos dados pessoais. Com o advento da internet e de sua expansão, há uma intensa mudança no modo como é entendida a ciência do direito, pois da mesma forma que preceitua benesses aos indivíduos pode prejudica-los, fazendo com que seu direito seja relativizado ou ainda descartado, tirando de sua égide a proteção de dados e informações privadas e pessoais (NASCIMENTO, 2019).

Há de se observar que com o crescimento das empresas e de sua presença no mundo globalizado e inundado de novas tecnologias, há um aumento significativo na voracidade das empresas na busca por clientes e no conseqüente ataque a outras empresas em busca das informações lá contidas de clientes e indivíduos.

Com isso, é evidenciada a vulnerabilidade dos bancos de dados corporativos e da conseqüente possibilidade de espionagem por meio de hackers, além do uso indevido pelas próprias empresas que divulgam ou vendem estes dados sem consentimento (BARROS, et. al. 2019).

A convivência em sociedade demanda do Estado um sistema que propicie a harmonia social e a proteção da liberdade dos indivíduos, não sendo passível a promoção e a convivência de atos capazes de prejudicar os direitos individuais de cada pessoa. Assim, para a manutenção do pacto

social temos que a atuação do Estado é necessária e essencial, objetivando a proteção daqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade, propiciando a todos uma condição digna de sobrevivência e a possibilidade de prosperidade a todos, buscando o desenvolvimento da sociedade em caráter de harmonia.

3 A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LGPD NOS RELAÇÕES CONSUMERISTAS

Este capítulo tratará, em linhas breves, acerca do contexto histórico do direito do consumidor e das relações consumeristas, sobre o consumo digital e ainda sobre o impacto proveniente da lei geral de proteção de dados dentro desta relação. Será dividido em três tópicos, onde o primeiro trabalhará o histórico das relações consumeristas e do direito do consumidor. O segundo versará sobre o consumo digital, seu histórico e a sua atualidade. O terceiro tratará da relação existente entre a lei geral de proteção de dados e as relações abarbadadas pelo direito do consumidor.

3.1 CONTEXTO HISTÓRICO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO E DO DIREITO DO CONSUMIDOR

O direito do consumidor, dentro da ótica prevista na conceituação legislativa e principiológica brasileira, pode ser preceituado na condição de vulnerabilidade do consumidor em face da relação estabelecida com o fornecedor. O direito do consumidor trata da proteção do consumidor, sendo a parte vulnerável da relação, em face do fornecedor, prevalecendo a tutela integral, sistemática e dinâmica do consumidor, elencando as relações consumeristas da sociedade de consumo em torno do conjunto de regras e princípios que versam acerca desta temática (SILVA, 2020). Explica Silva (2020, p.13):

A elaboração de um conceito sobre o Direito do Consumidor não pode deixar de abordar os seguintes fatores fundamentais:

- 1) Composição: normas e princípios;
- 2) Objeto de preocupação: sociedade de consumo;
- 3) Objetivo: “tutela integral, sistemática e dinâmica” da parte vulnerável na relação consumerista, qual seja, o consumidor.

Assim, o Direito do Consumidor seria conceituado como o conjunto de normas e princípios que tratam da sociedade de consumo em busca da promoção da “tutela integral, sistemática e dinâmica” da parte vulnerável na relação consumerista (consumidor).

Observado o conceito temos então a contextualização acerca do contexto histórico formador do direito consumerista. A priori, é necessário entendermos que as relações consumeristas, como vistas atualmente, possuem um marco histórico proveniente da Revolução Industrial, onde a capacidade produtiva do ser humano teve um aumento significativo, gerando assim um aumento nas relações onde o consumo era o objeto final da produção. A produção

artesanal dando lugar à industrializada e o aumento demográfico dos grandes centros geraram um aumento na produção e nas relações de consumo (FILHO, 2020).

A partir deste contexto de aumento demográfico e de produção, aumentaram também os incidentes intermediários de produção, onde não mais seria o fabricante a distribuir ou transportar o produto de seu trabalho. Então as relações de consumo, onde o molde artesanal era preconizado e o conteúdo real do produto eram vigorantes, passaram a ser determinados por produtos embalados e lacrados. Os contratos estabelecidos entre as partes passaram a conter cláusulas gerais e que serviriam às mais diversas relações, determinadas pelo fornecedor, sem a participação do consumidor (FILHO, 2020).

Explica Filho (2020, p.15):

O novo mecanismo de produção e distribuição impôs adequações também ao processo de contratação, fazendo surgir novos instrumentos jurídicos – os contratos coletivos, contratos de massa, contratos de adesão, cujas cláusulas gerais seriam estabelecidas prévia e unilateralmente pelo fornecedor, sem a participação do consumidor. Por outro lado, os remédios contratuais clássicos não evoluíram e se revelaram ineficazes na proteção e defesa efetivas do consumidor. Rapidamente envelhecia o direito material tradicional, até restar completamente ultrapassado. O direito privado de então, marcadamente influenciado por princípios e dogmas romanistas – autonomia da vontade, pacta sunt servanda e responsabilidade fundada na culpa –, não tardaria a sucumbir.

A partir deste contexto, a aplicação da legislação civil, onde a pessoalidade dos contratos e a autonomia da vontade dos agentes possuía grande influência dentro da pactuação feita, tende a se esmorecer diante das novas relações estabelecidas no contexto social e jurídico presente à época. Contudo, o contexto ao qual é inserido se torna propício para práticas abusivas por parte dos fornecedores em face dos consumidores, prevendo contratualmente a exclusão da responsabilidade, a limitação da responsabilidade, o controle do mercado, a eliminação de concorrentes e outras práticas (FILHO, 2020).

Observa Nunes (2018, p.30):

Anote-se essa observação: nos Estados Unidos, que hodiernamente é o país que domina o planeta do ponto de vista do capitalismo contemporâneo, que capitaneia o controle econômico mundial (cujo modelo de controle tem agora o nome de globalização), a proteção ao consumidor havia começado em 1890 com a Lei Sherman, que é a lei antitruste americana. Isto é, exatamente um século antes do nosso CDC, numa sociedade que se construía como sociedade capitalista de massa, já existia uma lei de proteção ao consumidor. Sabe-se, é verdade, que a consciência social e cultural da defesa do consumidor mesmo nos Estados Unidos ganhou fôlego maior a partir dos anos 1960. Especialmente com o surgimento das associações dos consumidores com Ralf Nader.

Com o contexto de aumento da população e das relações de consumo, ainda em contexto global, a proteção dos direitos do consumidor galgava seus primeiros passos nos Estados Unidos já em 1890, onde a edição da Lei Sherman foi o primeiro passo para se garantir uma proteção ao consumidor. Em meio a uma ótica capitalista de expansão, onde os termos do capitalismo em massa geraram, desde então, uma preocupação com o consumidor. Entretanto, o movimento em torno dos direitos do consumidor ganharam forma e força a partir de 1960, com as associações dos consumidores (NUNES, 2018).

Trazendo estes ideais para o contexto brasileiro, o direito do consumidor, antes regulado e pautado dentro da legislação civil, encontrou, na confecção de nossa Carta Magna Cidadã, o princípio da dignidade da pessoa humana, onde os contextos relacionados ao indivíduo seriam pautados na preservação de sua dignidade. Então, com o advento da Constituição Federal de 1988, veio também a necessidade de se criar uma legislação voltada à proteção dos interesses dos consumidores em face dos fornecedores, reconhecendo seu direito à dignidade da pessoa humana (NUNES, 2018).

Explica Nunes (2018, p.32):

Foi a experiência com o nazismo da Segunda Guerra Mundial que fez com que as nações escrevessem, produzissem textos constitucionais reconhecendo esse elemento da história. Não tem sentido que o direito não venha reconhecer esse avanço do pensamento humano. Isto foi feito, como dito, logo pela Constituição Federal alemã. Agora, a Constituição Federal brasileira de 1988 também o fez no art. 1º, III: a dignidade da pessoa humana é um bem intangível.

Deste modo, com a evolução do pensamento humano, envolvendo as nuances mercadológicas e as variantes que envolvem a evolução das relações de consumo, evoluiu-se também o cerne desenvolvido para a proteção dos direitos do consumidor. Sob a égide de intangibilidade da dignidade da pessoa humana, além de sua extensão a todos os pontos que cercam e permeiam a vida do indivíduo, as relações de consumo, sob a ótica capitalista do consumo e do mercado, a proteção dos interesses e dos direitos dos consumidores não poderiam ser esquecidos pelo legislativo (NUNES, 2018).

Temos então, em 1990, a edição do código de defesa do consumidor, onde a norma seria destinada à proteção de vulneráveis, ensejando uma regra adaptada à pós-modernidade, buscando conceitos advindos dos protestos e movimentos em busca da liberdade e de outros valores sociais. Tal conceito visa a proteção de direitos humanos, pautados na pluralidade, onde os vulneráveis devem ser protegidos daqueles em situação de força contra si, sendo elencado na constituição nas pessoas do consumidor, da mulher sob violência, do trabalhador, da criança e do adolescente, dentre outros (TARTUCE; NEVES, 2020).

3.2 DO CONSUMO DIGITAL

Os avanços constantes e ininterruptos da sociedade geram grandes benefícios para estes, de forma que o desenvolvimento da tecnologia e dos meios digitais modificou completamente a ótica e o modo com que o mundo ensejou as relações de empreendedorismo e de consumo. Os avanços tecnológicos possibilitaram a concentração de novos meios para a efetivação das relações de consumo, pautando esta nas novas tecnologias. Os termos de facilidade e utilidade com os quais os consumidores podem se pautar levam estes ao mundo digital para a efetivação de seus desejos (SILVEIRA; SANTOS, 2019).

Explicam Silveira e Santos (2019, p.159):

Especificamente, o avanço da tecnologia possibilitou que as plataformas digitais se tornassem um modelo de negócios cada vez mais presente em nosso cotidiano. A utilidade e facilidade com que os consumidores interagem nelas os tornaram cada vez mais dependentes, sendo que algumas relações de consumo, como a busca por informações ou a hospedagem turística, raramente se dão fora delas. Por possuírem dinâmicas diferentes dos modelos de negócio tradicionais, tratar as plataformas como se têm tratado negócios dito 'tradicionais' pode levar a equívocos e soluções pouco efetivas por parte das autoridades.

O consumo, voltado ao ambiente digital, tende a se constar da criação da rede mundial de computadores, conceituando-se no acesso, na produção, na disponibilização e no compartilhamento de quaisquer tipos de conteúdo digital, envolvendo a relação de conteúdos físicos disponibilizados em plataformas digitais, decorrente ou não de uma transação financeira. Deste modo, o consumo digital está pautado dentro dos moldes de disponibilização de conteúdo, produtos ou quaisquer serviços a serem ofertados em uma plataforma digital, para que sejam adquiridos por um consumidor (MONTARDO; FRAGOSO; AMARO; PAZ, 2017).

Dentro do contexto brasileiro, as relações envolvendo a rede mundial de computadores, ganhou um cerne jurídico específico com a criação da lei do Marco Civil da Internet, incorrendo no provedor de internet a figura do fornecedor, determinado na legislação consumerista pátria. Contudo, determinou ainda que a responsabilidade civil presente nas relações envolvendo o provedor de internet não seria de sua alçada, somente podendo ser responsabilizado nesta relação consumerista, em decorrência de uma determinação judicial que o obrigue a tomar providências sobre o caso (SILVA, 2020). Explica Almeida (2020, p.176):

Igualmente, cumpre destacar que o CDC, ao estabelecer o produto objeto da relação de consumo como também aquele com característica de bem imaterial, albergou ainda que de forma inconsciente nesse conceito as relações oriundas de meios eletrônicos, como da internet. Tal assertiva nos leva a crer pela incidência das disposições do Diploma Consumerista às atividades prestadas por este meio.

Deste modo, temos que a previsão do consumo digital, em face da proteção oferecida pelo código de defesa do consumidor, é abarcado pela legislação consumerista, devendo assim se utilizar dos mesmos meios e regramentos inerentes ao consumo físico, objetivando as mesmas

práticas. Os serviços contratados pela rede mundial de computadores devem se pautar na égide do CDC, elencando as suas práticas de oferta física ao meio digital, devendo ser responsabilizado civilmente quando não cumprir as determinações legais sobre o consumo, podendo incidir nas sanções administrativas previstas no código (ALMEIDA, 2020).

Deste modo, temos que o consumo digital possui a sua evolução decorrente da criação da rede mundial de computadores, onde, com o avanço da tecnologia, o homem se utilizou dos meios digitais tecnológicos para ofertar os produtos que ofertara fisicamente anteriormente. O consumo digital, hodiernamente, tem sua égide pautada na proteção do consumidor, tendo em vista os preceitos e princípios de proteção integral do consumidor, visando a sua equiparação frente à relação desigual à qual se encontra, primando pelos interesses do vulnerável e pela manutenção da ordem jurídica.

3.3 DA INCIDÊNCIA DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS

A lei geral de proteção de dados, em que se pese a legislação consumerista brasileira, não atribui nenhuma sanção criminal que estabeleça em seu rol, contudo, há de se considerar que condutas previstas nesta legislação são passíveis de incidência dentro de tipos penais previstos dentro do código de defesa do consumidor. A lei geral de proteção de dados, aliada à legislação consumerista, visa a proteção do consumidor, tendo em vista a proteção de seus dados dentro do ambiente do consumo, vedando práticas abusivas e visando a boa-fé da relação e a ordem jurídica mercadológica (ROSA, 2020).

Deste modo, temos que a aplicação da lei geral de proteção de dados, observada a sua incidência em território nacional, tem por consequência a aplicação da codificação consumerista, devido ao concurso de normas e de princípios presentes na relação, observado o intento constante de proteção do consumidor, tendo em vista a sua vulnerabilidade na relação de consumo. A lei geral de proteção de dados, assim como o código de defesa do consumidor, determina a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, reafirmando a sua função protetiva (QUINAIA, 2019).

Afirma Quinaia (2019, online):

Não há dúvida de que na maior parcela de relações jurídicas nas quais incidirá a LGPD haverá também o concurso de normas protetivas do consumidor, como nas relações bancárias, planos de saúde, serviços públicos etc. Nota-se que a LGPD prevê mecanismos protetivos similares aos previstos no CDC, como é o caso da inversão do ônus da prova, realçando a comunicação das fontes entre os dois sistemas de proteção de dados e proteção do consumidor. Nesses poucos mais de trezentos dias as empresas devem se preparar não só quanto à adaptação à LGPD, mas também seu SAC – Serviço de Atendimento ao Consumidor para atender tempestivamente às dúvidas de consumidores evitando litígios e reclamações junto ao PROCON e ao Poder Judiciário. Igualmente é preciso

que o corpo jurídico de assessoria se prepare para este novo tipo de conflito com a simbiose entre as regras do CDC e a LGPD.

Assim, a afirmação da necessidade de defesa do consumidor em conjunto com os preceitos protetivos presentes na lei geral de proteção de dados, visam estabelecer um parâmetro de qualificação de vulnerabilidade do consumidor, estabelecida a relação de dados prevista pela LGPD, onde este gozará de proteção estatal no âmbito administrativo e judicial. O sistema administrativo de projeção dos efeitos da lei geral de proteção de dados visam ainda a prestação de informação aos consumidores, tendo em vista a simbiose das normas observadas em direito para ambos os casos (QUINAIA, 2019).

A legislação de proteção de dados, conjunta à legislação consumerista, visa a proteção do consumidor em meio aos dados tratados pelas empresas. A proteção de dados do consumidor busca equilibrar os poderes dentro da relação consumerista, visando a decisão livre, autônoma e informada do consumidor, objetivando a preservação de sua dignidade. Com o crescimento da internet e das relações de consumo dentro da internet, a proteção dos dados do consumidor em meio a suas relações consumeristas é de essencial importância dentro da aplicação do direito e da manutenção da ordem social (CARVALHO; FERREIRA, 2018).

Observado o exposto, mediante o consumo digital, tendo em vista a ótica consumerista, há a necessidade de aplicação dos conceitos da lei geral de proteção de dados sob a ótica dos direitos do consumidor, objetivando a proteção dos dados do consumidor também dentro das relações de consumo digital, elenca os conceitos de proteção do indivíduo em situação de vulnerabilidade na relação. O conceito protecionista visa equilibrar a balança regente da relação consumerista e do tratamento de dados, tendo em consideração os conceitos relativos ao consumo digital, observando a incidência dos dados do consumidor na relação e a sua efetiva proteção pela LGPD. Deste modo, como normas concorrentes, o CDC e a LGPD, relativos ao consumo digital, visam proteger o consumidor em todas as instâncias da relação vivenciada, tratando desde o fornecimento de dados para a compra até a entrega do produto.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho, em seu corpo, em linhas gerais, veio conceituar os princípios que regem e perfazem a lei geral de proteção de dados, tendo por base os conceitos de proteção do usuário que se fazem presentes em todo corpo do texto legal promulgado. Temos uma relação de proteção conferida àquele que dispensa seus dados a uma empresa ou órgão público, tendo uma relação de vulnerabilidade por parte do indivíduo, elencando a necessidade de proteção por parte do Estado para com os que se encontram em situação de vulnerabilidade, fator que ensejou a criação da referida lei.

Assim, as relações de consumo, pautadas na proteção do consumidor, objetivando a harmonia social e a equiparação das relações consumeristas, possuem um caráter de atuação do poder público que busca criar e aplicar leis com base na vulnerabilidade do consumidor dentro da relação consumerista. Deste modo, temos que a atuação do poder público tem por base a proteção do consumidor e a sua prevalência em relação à empresa, objetivando a compensação da

vulnerabilidade vivida pelo consumidor dentro das relações de consumo e ensejando a harmonização da sociedade.

Quando relacionamos o contexto encontrado nos princípios da lei geral de proteção de dados e os princípios estabelecidos para as relações consumeristas, temos que ambas buscam a compensação de uma relação de vulnerabilidade vivida pelos consumidores e por aqueles que dispensam seus dados às empresas. Deste modo, ambas as legislações são voltadas à proteção do indivíduo, tendo por base a construção de uma relação igualitária e equiparada, ensejando a participação do poder público para garantir que os dados e os direitos dos indivíduos sejam assegurados em suas relações.

As relações que envolvem a proteção de dados e as relações consumeristas são pautadas dentro da proteção dos direitos e garantias fundamentais de cada indivíduo, buscando a harmonia social e a compensação das vulnerabilidades vividas pelo ser humano em relação às empresas. A proteção de dados quando relacionada às relações consumeristas, em âmbito nacional, possui concordância com a legislação consumerista, ensejando a possível aplicação de suas determinações pelos órgãos de defesa do consumidor quando não for possível em órgão específico de proteção de dados.

A lei geral de proteção de dados, destarte o que se pode entender, não estabelece parâmetros apenas para o tratamento de dados virtuais, mas também o faz em relação aos dados obtidos e armazenados de forma física, por empresas e órgãos públicos. Esta proteção determina a manutenção do sigilo e dos direitos individuais dos cidadãos, elencando a possibilidade de responsabilização daqueles que se encontram em desconformidade com os ditames estabelecidos nesta legislação, caracterizando a proteção integral dos usuários dos serviços que necessitam da cessão de seus dados.

A referida lei tem por objetivo proteger todos aqueles que gozam de uma relação de vulnerabilidade quando contratantes de um serviço ou em contato com qualquer empresa que possa requisitar seus dados pessoais, determinando que o tratamento destes dados deve prezar pela dignidade da pessoa humana do usuário e da manutenção de seus direitos essenciais. Esta lei vai de encontro à necessidade social de adequação ao direito de privacidade dos indivíduos, tendo por base a proibição do uso irrestrito dos dados dispersados pelo usuário, objetivando a privacidade deste.

Quando aplicada às relações comerciais, temos que a cessão de dados dos usuários em transações comerciais é extremamente comum, ensejando a necessidade de aplicação da lei geral de proteção de dados nestes casos, tendo em vista a dupla vulnerabilidade do consumidor. Esta vulnerabilidade se encontra presente na relação consumerista e na relação de tratamento e armazenamento de seus dados, elencando a possibilidade de uso indevido destes dados, fator extremamente prejudicial aos direitos fundamentais do indivíduo presente na relação, buscando assim sua proteção nesta relação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Karen Cristina Kraemer. **Uma (re)leitura das relações na (e da) Internet (p. 38 – 47)**. IN: Synthesis – Revista de Produção Científica da FACVEST: os vários olhares da produção científica. Lages/SC: Papervest Editora, n. 5, janeiro a junho de 2004, ISSN 1676-9805.

AGOSTINELLI, Joice. **A Importância da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no Ambiente Online**. Encontro de Iniciação Científica Antônio Eufrásio de Toledo. Presidente Prudente, 2018.

ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. **Direito do consumidor esquematizado / Fabricio Bolzan de Almeida. - Coleção esquematizado® / coordenador Pedro Lenza** – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BARROS, Elaine de Souza. Et. al. **LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais em Tecnologia da Informação: Revisão Sistemática**. RACE: Revista de Administração. 2019. Disponível em < <https://revistas.cesmac.edu.br/index.php/administracao/article/view/1035/802>>. Acesso em 24. Out. 2022.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2019.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Invasão de dispositivo de informação e a Lei nº 12.737/12**. São Paulo: Prática jurídica, Ano XX – nº 132 – 31 de março de 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARDI, Marilza de Lourdes. **Pré história da computação**. Disponível em < <http://www.inf.ufsc.br/~barreto/cca/historia/hist1.htm>> Acesso em 15 out. 2022.

CARNEIRO, Adenele Garcia. **Crimes virtuais: elementos para uma reflexão sobre o problema na tipificação**. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11529> Acesso em 15 out. 2022

CARVALHO, Diógenes Faria de; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. **Defesa do consumidor ganha com a nova lei de proteção de dados pessoais**. 2018. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2018-ago-15/garantias-consumo-defesa-consumidor-ganha-lei-protexao-dados>>. Acesso em 07 nov. 2022.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FERREIRA, Ivette Senise. **Direito & Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes**. 2 ed. São Paulo: QuartierLatin, 2015.

FERREIRA, Paulo Henrique de Oliveira. **O jornalismo e as tecnologias de informação on line**. Disponível em < www.ufrgs.br> Acesso em 23 out. 2022.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de direito do consumidor / Sergio Cavalieri Filho**. – 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

GONÇALVES, Vitor Hugo Pereira. **Marco Civil da Internet Comentado**. São Paulo: Atlas, 2017.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2019.

HOBBS, T. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Coleção Os Pensadores. (1º volume)**. 4ª Edição, Nova Cultural, 2016.

LEME, Carolina da Silva. **Proteção e Tratamento de Dados Sob o Prisma da Legislação Vigente.** Fronteiras Interdisciplinares do Direito. 2019. Disponível em < https://www.veirano.com.br/MidiaDocumentos/591112_FID_01_Protecao_tratamento_dados.pdf>. Acesso em 24 out. 2022.

MARTINS, Paulo César Ribeiro. **Pedofilia e os Direitos Humanos: do real para o virtual.** Disponível em <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/973/1003>> Acesso em 25 out. 2022.

NASCIMENTO, Letícia. **Os principais direitos fundamentais garantidos na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.** 2019. Disponível em < https://jus.com.br/artigos/76752/os-principais-direitos-fundamentais-garantidos-na-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais#_ftn1>. Acesso em 24 out. 2022.

NASSIF, Luis. **A Lei Carolina Dieckmann: celebridade versus anônimos.** Disponível em < <http://www.advivo.com.br/blog/luisnassif/lei-carolina-dieckman-as-celebridades-versus-os-anonimos>> Acesso em 15 out. 2022.

NOGUEIRA, Sandro D'Amato. **Crimes de Informática:** 2ª. ed. Leme: BH Editora e Distribuidora, 2017.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor / Rizzatto Nunes.** – 12. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

OLIVEIRA, Gabriel Prado Souza de. **Sigilo de Dados no Brasil: da Previsão Constitucional à Nova Lei Geral De Proteção De Dados Pessoais.** São Paulo, 2019. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/sigilo-de-dados-no-brasil-da-previsao-constitucional-a-nova-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais/>>. Acesso em 24 out. 2022.

PERLES, João Batista. **Comunicação: conceitos, fundamentos e história.** 2007. Disponível em: www.brasilecola.com. Acesso em 19 out. 2022.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital.** São Paulo: Saraiva, 2019.

QUINAIA, Cristiano Aparecido. **LGPD e a relação de consumo.** 2019. Disponível em < <https://www.migalhas.com.br/depeso/313348/lgpd-e-a-relacao-de-consumo>>. Acesso em 07/09/2022.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUES, Willian. **A pedofilia como tipo específico na legislação penal brasileira.** Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5071>. Acesso em 1 nov. 2022.

ROQUE, Sérgio Marcos. **Criminalidade Informática – Crimes e Criminosos do Computador.** São Paulo: ADPESP Cultural, 2017.

ROSA, Bárbara Limonta. **O Código de Defesa do Consumidor e a Lei Geral de Proteção de dados: sanções administrativas e criminais.** 2022. Disponível em < <https://ambitojuridico.com.br/noticias/o-codigo-de-defesa-do-consumidor-e-a-lei-geral-de-protecao-de-dados-sancoes-administrativas-e-criminais/>>. Acesso em 07/09/2022.

ROSA, Fabrizio. **Crimes de informática.** 2ª edição. Campinas: Book Seller, 2016.

ROVER, Aires José. **Direito e Informática**. São Paulo: Manole, 2014.

SAITO, Marcel Martins. **Telégrafo, a revolução na maneira de se comunicar**. Disponível em <http://www.del.ufms.br/PCI_T1/G9_TrabalhoTelegrafo/TelegrafoIndexMurilo.htm> Acesso em 23 nov. 2022

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à Intimidade e à Vida Privada**. Belo Horizonte, Del Rey, 2019.

SILVA NETO, Amaro Moraes e. **O e-mail como prova no Direito brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1785> . Acesso em 6 nov. 2022.

SILVA, João Gabriel Ribeiro Pereira. **Direito do Consumidor**. Brasília: CP Iuris, 2020.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVEIRA, Paula Farani de Azevedo; SANTOS, Bruno Droghetti Magalhães. Os Efeitos Do Preço Zero Sobre O Consumidor De Plataformas Digitais. **Direito do consumidor: novas tendências e perspectiva comparada**. Brasília: Editora Singular, 2019.

SOARES, Cristiano Polla. **O e-mail como prova no direito brasileiro**. Disponível em <www.ceap.br/tcc/TCC16122008185353.pdf> Acesso em 6 de março de 2018.

SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. **Tutela da pessoa humana na lei geral de proteção de dados pessoais: entre a atribuição de direitos e a enunciação de remédios**. Pensar, Revista de Ciências Jurídicas. Fortaleza, 2019.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual, volume único / Flávio Tartuce, Daniel Amorim Assumpção Neves**. – 9. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

TEIXEIRA, João Pedro Ferraz. **LGPD 101 - Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**. 2019. Disponível em <<https://joaopedrofteixeira.jusbrasil.com.br/artigos/753086549/lgpd-101-comentarios-a-lei-geral-de-protecao-de-dados>>. Acesso em 25 out. 2022.

VIOLÊNCIA CONTRA O IDOSO E CONTEXTO FAMILIAR: O REGIME DE TUTELA CONSTITUCIONAL DA PESSOA IDOSA EM RAZÃO DE INSUFICIÊNCIA FAMILIAR

ELIZABETE GARCIAS DE MEDEIROS

Resumo: Este trabalho pretende apresentar a definição de envelhecimento e velhice bem como dissertar sobre a violência contra o idoso, os tipos de violência existentes, e tratar da violência no contexto familiar expor que mesmo nos dias de hoje ainda ocorre violência contra o idoso âmbito familiar, bem como demonstrar que se faz necessário a importância de políticas sociais que visem a proteção do idoso. A partir desta problemática faremos um estudo da importância do advento do Estatuto do Idoso e sua aplicabilidade na realidade, retirando-a do campo formal e efetivando-a nos casos concretos. Por fim a relevância que possuem os mecanismos utilizados para auxiliar na erradicação da violência contra o idoso.

Palavra-Chave: Envelhecimento - Idoso - Violência- Estatuto-Proteção

Abstract: This work intends to present the definition of aging and old age as well as to discuss violence against the elderly, the existing types of violence, and to deal with violence in the family context, exposing that even today, violence against the elderly still occurs in the family environment, as well as how to demonstrate that the importance of social policies aimed at protecting the elderly is necessary. From this problem we will study the importance of the advent of the Elderly Statute and its applicability in reality, removing it from the formal field and making it effective in concrete cases. Finally, the relevance of the mechanisms used to assist in the eradication of violence against the elderly.

Keywords: Aging - Elderly - Violence - Statute - Protection

Sumário: 1. Introdução; 2. Contextualizando a Família e a Pessoa Idosa no Brasil; 2.1. Família: Conceitos e Função social; 2.2. Conceituando o Idoso; 2.3. O idoso na família: Qual a importância?; 3. Violência Familiar Contra a Pessoa Idosa; 3.1. Tipos de Violência Contra o Idoso; 3.2. Violência e Relações Familiares Com a Pessoa Idosa; 4. Direitos e Proteção a Pessoa Idosa; 4.1. Direitos Fundamentais Frente ao Estatuto do Idoso e Demais Legislações Protetivas: A Tutela Constitucional Frente a Insuficiência Familiar; Conclusão; Referencias.

1. INTRODUÇÃO

A violência a população idosa se apresenta de diversas formas, sejam elas acarretadas pela fragilidade nos vínculos familiares que acaba por propiciar maus-tratos, agressão física, psicológica, financeiros ou sociais. Tal realidade configura-se como um grave problema social e jurídico visto que muitas das vezes essas violências não são reconhecidas e descobertas devido há vários fatores como por exemplo medo de denunciar o familiar, receio do abandono e desconhecimento das leis protetivas.

O envelhecimento é um processo natural de todos os seres vivos e, na espécie humana, as características peculiares dessa etapa da vida têm sido motivo de pesquisa, sob diversos aspectos.

O crescimento de pessoas idosas vem aumentando, devida a queda da taxa de mortalidade e natalidade, melhoria da qualidade de vida, controle das doenças infecto-contagiosas e parcialmente das doenças crônico-degenerativas, resultando no aumento da expectativa de vida ao idoso, e isso acarreta mudanças em nossa sociedade e em nossa forma de pensar o idoso.

As expressões deste fenômeno têm despertado na sociedade estudos e questões que envolvem a velhice, violência contra a pessoa idosa, tendo em vista que se trata de proporções que não ocorrem somente no Brasil, pois abrange o mundo inteiro com raras exceções.

É considerado idoso para o Estatuto do Idoso, a pessoa a partir de 60 anos, o mesmo tem como finalidade assegurar os direitos de todos os cidadãos idosos. A lei tende a transformar os idosos em sujeitos de direitos, independentemente de sua situação econômica e social, garantindo-lhes os direitos civis, políticos e sociais.

Entretanto, apesar de toda tentativa de proteção a pessoa idosa, a violência contra a mesma, vêm aumentando, fazendo com que os mecanismos de proteção não venham a funcionar corretamente como preconizado em Lei, pois, infelizmente os maiores delitos a pessoa idosa são cometidos dentro de sua própria casa e por seus próprios familiares, fazendo com que, o idoso, muitas vezes fique com medo ou receio de registrar um Boletim de ocorrência.

Primeiramente precisamos entender o envelhecimento e a velhice, a fim de, compreendermos um pouco mais sobre os conceitos. Em seguida contextualizamos a violência contra a pessoa idosa, para entendermos as causas que levam a essa violência, apesar de todas as tentativas de proteção.

Enfim, o intuito é disponibilizar um conhecimento que pode estimular um processo de reeducação social e cultural sobre esta categoria.

A violência e os maus-tratos não só no Brasil como no mundo, começa dentro da própria casa e cometidas pelos próprio familiares, vizinhos ou amigos independente de ser rico, pobre, negro ou de vários níveis de idade. Podemos citar que a violência contra o idoso é um problema universal, onde em muitas sociedades é tratada de forma natural, se tornando uma situação silenciosa.

Trata-se de uma questão com importantes consequências. Neste contexto torna-se claro a participação da sociedade civil como espaço de efetivação de serviços e proteção social ao idoso, o padrão de respostas a questão social, de responsabilidade do Estado, se altera em função de outros. O Estado normatiza, cria legislação, estabelece diretrizes gerais que orientam as ações de proteção social, entretanto, não garante sua efetivação.

O Estatuto do Idoso, além de reafirmar direitos básicos de cidadania, trabalha com noção de discriminação positiva, propondo atendimento preferencial, imediato e individualizando para idosos, em órgãos públicos e privados, pede referência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas, destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas a proteção; criando formas alternativas de participação, ocupação convívio com as demais gerações, priorizando no atendimento asilar, salvo as situações de exceções.

A motivação para a realização do estudo tem como objetivo apresentar e alertar à comunidade acadêmica sobre os principais delitos cometidos contra a pessoa idosa no Brasil. O índice de criminalidade contra o idoso cresce a cada dia, sendo que com a criação da Lei 10.741/03 – Estatuto do idoso tem diminuído a demanda desses delitos. Crimes especificados como: Apropriação indébita, Ameaça e Lesão corporal são um dos fatos que vem acontecendo constantemente na residência dos idosos.

Acredita-se que esta temática é importante para a sociedade devido a sua pertinência em sensibilizar e alertar as pessoas, tendo em vista que os delitos vem aumentando a cada dia, fazendo com que os mecanismo de proteção não funcionem corretamente como preconiza a lei.

Faz-se de extrema relevância identificar as principais formas de violência sofridas pela população idosa no contexto familiar, abordar sobre a tutela constitucional a esta população bem como sinalizar a população acadêmica e a sociedade como se configura essa violação de direitos.

2. CONTEXTUALIZANDO A FAMÍLIA E A PESSOA IDOSA NO BRASIL

Para grande parte dos autores, encontram-se na legislação pátria exemplos recentes de que a sensação de impunidade reinante na sociedade traz prejuízos mais graves do que se imagina. Pressionados, nossos legisladores acabam produzindo leis que não correspondem efetivamente aos anseios e necessidades populares. E foi com pressão sobre o poder público e sobre os políticos que em 1994, houve a promulgação da Lei 8.842 (BRASIL, 1994), que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, o qual, o primeiro artigo da mencionada Lei traz como objetivos assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade.

O Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003) foi aprovado o pelo Senado Federal, em primeiro de outubro de 2003, Lei 10.741, tendo como finalidade de assegurar os direitos de todos os cidadãos com idade acima de 60 anos. Neste contexto torna-se claro a participação da sociedade civil como um espaço de efetivação de serviços e proteção social, de responsabilidade o Estado, se altera em função de outros. O Estado normatiza, cria Legislação, estabelece diretrizes gerais que orientam as ações de proteção Social, entretanto, não garante sua efetivação.

Sendo que o Estado tem o dever de garantir ao idoso a proteção a vida e a saúde mediante seu dever de amparar e punir.

2.1 . Família: conceitos e função social

A família pode ser compreendida como um grupo social, onde há um laço fraterno entre seus integrantes, ou seja, é um núcleo de pessoas com grau de parentesco e com ligações sanguíneas, ou não, que se apoiam para manter o núcleo em comunhão (MALUF, 2010, p. 51).

Nogueira (2015, p. 1) complementa dizendo que “a família é uma sociedade natural formada por indivíduos, unidos por laço de sangue ou de afinidade”, sendo que os laços de sangue resultam

da descendência, e a afinidade da entrada dos cônjuges e seus parentes que se juntam à família pelo casamento.

Corroborando com tudo isso, Mioto (1997, p. 116) diz:

[...] família é um grupo natural, limitado à essência biológica do homem e à sua continuidade através da consanguinidade e da filiação, assim como da naturalização da divisão sexual do trabalho, dos papéis, da identificação do grupo conjugal como forma básica elementar de toda família, dentre outras.

Já conforme Vilhena (2018, p. 2), a família pode ser pensada sob distintos aspectos:

[...] como unidade doméstica, assegurando as condições materiais necessárias à sobrevivência, como instituição, referência e local de segurança, como formador, divulgador e contestador de um vasto conjunto de valores, imagens e representações, como um conjunto de laços de parentesco, como um grupo de afinidade e com variados graus de convivência e proximidade.

Nesse contexto, afirma-se que a família é a base de formação do ser humano, uma vez que é responsável por proporcionar, principalmente, educação e proteção aos seus membros, influenciando em seus comportamentos perante à sociedade. Na verdade, o papel desempenhado pela família baseia-se no desenvolvimento de cada integrante, pois é neste núcleo que são impressos os valores morais e sociais que servirão de base para a sociedade, bem como para as tradições e os costumes dispostos pelas gerações.

A Constituição Federal de 1988 determina que a família é a base da sociedade e merece especial proteção do Estado. Confere o status de entidade familiar à união formada por qualquer dos pais e seus descendentes e as uniões estáveis entre homem e mulher, somando-as à tradicional família matrimonial (BRASIL, CRFB, 2018).

A CF consagra em seu Art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, assegurando igual tratamento à família e estabelecendo a dignidade no âmbito do livre planejamento familiar, com o diz o Art. 226, § 7º:

Art. 226º, § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, CRFB, 2018).

A Constituição ainda apresenta a dignidade em relação à proteção da criança e do adolescente, à proteção aos filhos menores e aos pais pelos filhos maiores e a dignidade no amparo ao idoso, que em seu Art. 230 descreve: "A família, a sociedade e o estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem estar e garantindo-lhe o direito à vida" (BRASIL, CRFB, 2018).

Nesse contexto, a Constituição em seu Art. 226 confirma que a família é a base da sociedade e possui especial proteção do Estado, constituindo essa proteção um direito individual público oponível ao próprio Estado e à sociedade (BRASIL, CRFB, 2018). Esta atenção especial estatal não se restringe apenas à formação da família, mas também à preservação da segurança familiar, o que é fundamental para a sobrevivência do ser humano.

A Constituição Federal em seu artigo 225 explana que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida, inclusive por meios de programas de amparo aos idosos que, preferencialmente, serão executados em seus lares.

É justamente em seu próprio lar, lugar que segundo a Constituição Federal seria um local preferencial para execução de programas de amparo aos idosos, é que os mesmos são mais agredidos em seus direitos enquanto cidadãos.

Diante dessa realidade, governo, sociedade e família precisam promover uma conscientização e priorizar a instalação de políticas de reeducação social em relação à pessoa idosa para superação de preconceitos e estereótipos que dificultam o interesse desses indivíduos, enquanto pessoa portadora de direitos e deveres.

Essa conscientização vem também por parte da própria sociedade e família, que precisam aprender a entender a velhice como uma etapa natural da vida, sem problematizar, pensando que agora esse idoso é mais um fardo, que precisa ser cuidado, sendo que, o próprio idoso é uma pessoa portadora de sanidade mental perfeita, que claro, como toda pessoa precisa de cuidados especiais independente de ser novo ou velho.

Nessa premissa, partimos do princípio que a educação é à base de tudo, pois, a partir do momento que tivermos consciência plena de que, todos nós envelheceremos um dia, teremos a preocupação de trabalharmos políticas públicas com mais seriedade e respeito a todo ser humano.

2.2. Conceituando o idoso

Segundo dados do IBGE (2007), o crescimento de pessoas idosas vem aumentando desde a década 1960. No Brasil a mudança no perfil populacional ocorreu com rapidez, de uma geração para outra, essa mudança dar-se em decorrência de uma serie de fatores tais como: queda da taxa de mortalidade e natalidade, melhoria da qualidade de vida, justificada pelo avanço da ciência e da tecnologia que tem propiciado o controle das doenças infecto-contagiosas e parcialmente das doenças crônico-degenerativas, resultando no aumento da expectativa de vida.

O país até alguns anos atrás era considerado de jovens; atualmente apresenta um quadro social de pessoas idosas, deixando margens para muitas discussões que irão afetar a estrutura econômica, social e cultural do país.

O aumento da longevidade tem se constituído um fenômeno mundial, passando a ser visto como objeto de preocupação, por causa de suas implicações de natureza social, econômica, política, cultural e previdenciária.

O envelhecimento como problema social não é resultado do crescimento de pessoas idosas, nem representa ameaça a ordem política, mas pelas pressões sociais das lutas que congregam reivindicações, transformando-as em demandas políticas.

Esse processo de mudanças de um novo perfil populacional implicou no reconhecimento do envelhecimento gradativo da sociedade brasileira, devido ao avanço político dos próprios idosos organizados quanto a representação coletiva. O processo de envelhecimento é uma totalidade complexa, e compreender esse processo é extremamente difícil, já que o mesmo se dá de maneira diferenciado em cada indivíduo devido às alterações físicas psicológicas e sociais.

O envelhecimento é caracterizado na dimensão biológica como o processo de mudanças universais pautados geneticamente para a espécie e para cada indivíduo que se traduz em diminuição da plasticidade comportamental, em aumento da vulnerabilidade, em acumulação de perdas evolutivas e no aumento da probabilidade de morte (Neri, 2001, p.46).

Segundo a Organização Mundial de Saúde é considerado idoso qualquer pessoa a partir de 60 anos de idade, contudo vale ressaltar que tal consideração é avaliada segundo o envelhecimento fisiológico, o que não impede uma pessoa de ser social e intelectualmente ativo. A saúde intelectual e física nesse processo é de grande valia. Esses podem ser equilibrados através de atividades sociais e de lazer que não deixa com que o indivíduo, em fase de envelhecimento, se sinta excluído da sociedade e incapaz de exercer funções.

Bobbio (1996, p. 25) salienta que a velhice, na verdade, é um prolongamento da adolescência, da juventude, da maturidade que podem ter sido vividas de maneiras diversas. Aponta ainda que, as circunstâncias históricas, que ele relaciona tanto à vida privada bem como à vida pública, exercem muita importância nos determinantes da velhice.

A velhice afeta cada parte do nosso organismo humano, por meio de modificações naturais e gradativas, É o resultado do prolongamento da expectativa de vida, considerando como uma das fases do desenvolvimento humano natural. É, portanto um estado natural, um período fisiológico e comportamental normal, especifica do ciclo vital. Não é naturalmente patológico e nem ocorre da mesma forma em todas as pessoas e com os mesmo resultados como se acreditava. Pelo contrário, essas são apenas concepções negativas criadas em torno da velhice.

Segundo Papaléo Netto (2002, p. 10), O envelhecimento pode ser conceituado como um processo dinâmico e progressivo, no qual ocorrem modificações morfológicas, fisiológicas, bioquímicas e psicológicas, que determinam perda progressiva da capacidade de adaptação do

indivíduo ao meio ambiente, ocasionando maior vulnerabilidade e maior incidência de processos patológicos, que terminam por levá-lo à morte.

Esse novo olhar para a velhice torna o idoso uma pessoa com mais esperança e juventude, repensando a possibilidade de amar, estudar, de sair para passear com os amigos do mesmo grupo chamados da terceira idade, melhor idade, pelo fato de aqui agora ele tem todo tempo do mundo, pois, já deu sua contribuição para a categoria trabalho, podendo agora aproveitar a vida ao lado das pessoas que amam.

Portanto, exigem-se políticas sociais específicas com o objetivo de integrar o idoso no meio social e sensibilizar todos os segmentos da sociedade com o intuito de favorecer a sua independência em diversos aspectos ou a manutenção de sua autonomia, independente das dificuldades que possam apresentar. Nas últimas décadas as pressões sociais têm se manifestado com intensidade sobre os governos e governantes, exigindo a promoção dos direitos sociais dos idosos embasadas em políticas de consolidação e ampliação da cidadania.

2.3. O idoso na família: qual a importância?

O aumento da longevidade tem se constituído um fenômeno mundial, passando a ser visto como objeto de preocupação, por causa de suas implicações de natureza social, econômica, política, cultural e previdenciária.

Esse processo de mudanças de um novo perfil populacional implicou no reconhecimento do envelhecimento gradativo da sociedade brasileira, devido ao avanço político dos próprios idosos organizados quanto a representação coletiva. O processo de envelhecimento é uma totalidade complexa, e compreender esse processo é extremamente difícil, já que o mesmo se dá de maneira diferenciado em cada indivíduo devido às alterações físicas psicológicas e sociais.

Cabe à família compreender o idoso em todos os seus aspectos, suas transformações, fragilidades e necessidades, ou seja, a família deve ser o apoio para essa população, mantendo-o na sociedade e possibilitando vida digna.

Diante dessa realidade, governo, sociedade e família precisam promover uma conscientização e priorizar a instalação de políticas de reeducação social em relação à pessoa idosa para superação de preconceitos e estereótipos que dificultam o interesse desses indivíduos, enquanto pessoa portadora de direitos e deveres.

Essa conscientização vem também por parte da própria sociedade e família, que precisam aprender a entender a velhice como uma etapa natural da vida, sem problematizar, pensando que agora esse idoso é mais um fardo, que precisa ser cuidado, sendo que, o próprio idoso é uma pessoa portadora de sanidade mental perfeita, que claro, como toda pessoa precisa de cuidados especiais independente de ser novo ou velho.

Logo, partimos do princípio que a educação é a base de tudo, pois, a partir do momento que tivermos consciência plena de que, todos nós envelheceremos um dia, teremos a preocupação de trabalharmos políticas públicas com mais seriedade e respeito a todo ser humano.

3 VIOLÊNCIA FAMILIAR CONTRA A PESSOA IDOSA

3.1 Tipos de violência contra o idoso

Todo cidadão tem o dever de denunciar à autoridade competente qualquer forma de negligência, maus-tratos ou desrespeito ao idoso. As formas mais comuns de violência familiar contra o idoso são:

Os abusos físicos, entendidos como ações agressivas e brutais que podem ocasionar fraturas, hematomas, queimaduras ou outros danos físicos (Fernandes & Assis, 1999, p. 144);

Os abusos psicológicos, definidos como as diversas formas de privação ambiental, social ou verbal; os preconceitos e a exclusão do convívio social (Fernandes & Assis, 1999);

- a) Os abusos financeiros ou a exploração econômica, definidos como apropriação de rendimentos ou o uso ilícito de fundos, propriedades e outros ativos que pertençam ao idoso (Fernandes & Assis, 1999);
- b) A negligência entendida como situação na qual o responsável permite que o idoso experimente sofrimento. A negligência é caracterizada como ativa quando o ato é deliberado e, como passiva quando resulta de conhecimento inadequado das necessidades do idoso ou de estresses do cuidador, resultante da necessidade de ministrar cuidados prolongados (Pagelow, 1984).

A violência representa um risco maior para a realização do processo vital humano, a qual, ameaça a vida, altera a saúde, produz enfermidade e provoca a morte como realidade ou como possibilidade próxima.

Segundo Minayo (2005, p. 15), se entende como casos de violência as seguintes considerações:

Abuso físico - Ato causado com a intenção de provocar dor, ferimento e coerção física;

Psicológico - São agressões verbais ou gestuais com o objetivo de aterrorizar, humilhar, restringir a liberdade ou isolar do convívio social;

Sexual - Assédio e/ou ato sexual sem o consentimento do idoso;

Abandono - Ausência ou deserção dos responsáveis governamentais, na prestação de socorro a um idoso que necessite de proteção;

Negligência - Recusa ou omissão de cuidados devidos e necessários, por parte dos responsáveis, familiares ou institucionais;

Financeiro ou Econômico - Exploração imprópria ou ilegal e ou/ usos sem consentimento de recurso materiais e/ou financeiros do idoso;

Auto-Negligência - Conduta do idoso que ameace a sua própria saúde ou segurança pela recusa de prover cuidados necessários a si mesmo.

Proporções de violências como estas são bastante comuns em nossa atualidade, devido o aumento acentuado da pessoa idosa. O combate a violência é um trabalho de todos, por que envelhecer com dignidade é um direito fundamental.

Já o Código Penal brasileiro, que também tipifica o abandono, o faz de forma abrangente, em seu artigo 133, senão vejamos:

Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos.

§ 1º - Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos.

§ 2º - Se resulta a morte: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

§ 3º - As penas, cominadas neste Artigo, aumenta-se de um terço: I - se o abandono ocorre em lugar ermo; II - se o agente é ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima.

3.2 Violência e relações familiares com a pessoa idosa

Uma das formas de violação dos direitos humanos é a violência contra a pessoa idosa. Uma forma de acabar com essa violência é o rompimento do silêncio, fazendo valer o respeito à pessoa idosa como qualquer cidadão. Na medida que não é respeitado este direito, o idoso passa a ser cada vez mais excluído da sociedade como um ser humano, pois, sua capacidade funcional apresenta comprometimentos que impedem os interesses do sistema capitalista.

A Organização Mundial da Saúde define a violência contra o idoso como qualquer ato, único ou repetitivo, ou omissão, que ocorra em qualquer relação supostamente de confiança, que cause danos ou incômodo à pessoa idosa.

Já Minayo (2005, p. 35) ampliou a definição da Organização Mundial da Saúde e definiu a violência como ações ou omissões cometidas uma vez ou muitas vezes, prejudicando a integridade física e emocional das pessoas desse grupo etário, impedindo o desempenho de seu papel social.

A violência acontece como uma quebra de expectativa positiva dos idosos em relação às pessoas e instituições que os cercam (filhos, cônjuge, parentes, cuidadores e sociedade em geral).

Segundo Minayo (2014, p. 13), o cuidado que se mostra de forma inadequada, insuficiente ou inexistente é visto em situações onde familiares não estão dispostos ou preparados para esta responsabilidade. Nesse caso, há a possibilidade dos idosos serem vítimas de maus-tratos e violência.

O Ministério da Saúde (2002 apud OLIVEIRA et al. 2013, p. 129) conceitua violência contra o idoso como:

[...] um ato único ou repetitivo ou mesmo a omissão, podendo ser tanto intencional como involuntária, que cause danos, sofrimento ou angústia. A mesma pode ser praticada dentro ou fora do ambiente doméstico por algum membro da família ou ainda por pessoas que exerçam uma relação de poder sobre a pessoa idosa.

Quintas (2010, p. 120) entende a violência familiar como

[...] toda ação ou omissão que pode prejudicar o bem estar, as integridades físicas, psicológicas ou a liberdade e o direito ao desenvolvimento do idoso, pode acontecer dentro ou fora de casa por qualquer membro da família, incluindo as pessoas que exercem a função de cuidador. Essa violência e 23 os maus-tratos contra os idosos são basicamente: abusos físicos, psicológicos e sexuais, abandono, negligência, e abusos financeiros.

A ausência de políticas públicas vem conjugar-se as diversas formas de violência que têm lugar no âmbito doméstico, a carência de instituições que promovam serviços adequados para a velhice também é uma forma de deficiência para o idoso.

Frente a isso, é fato que os abusos e maus-tratos aos idosos representam um sério problema, pois é pouco reconhecida e denunciada, tornando suas consequências de grande gravidade.

Os direitos fundamentais são direitos anunciados e já nascem com o ser humano. Existem para que o indivíduo possa determinar que a sociedade respeite sua dignidade e garanta suas necessidades básicas.

Barcelos (2006, p. 35) diz que, muitas pessoas são vítimas do desrespeito aos direitos fundamentais, entre eles, os idosos. Os idosos são vítimas comuns de variados tipos de violência, que na maioria são originárias da própria casa e família.

É possível dizer que por meio de intervenções e programas direcionados à pessoa idosa, o Estado carece interferir nas questões que envolvem o envelhecimento, pois envelhecer com

dignidade é ter direito à saúde e a condições de sobrevivência, conforme salienta Cavalieri Filho (2002 apud CAMARGO, 2014, p. 3):

[...] a proteção do ser humano é objetivo do constitucionalismo, primeiro sob a forma de direitos do homem, depois como direitos humanos e, finalmente, como direitos fundamentais [...] O direito existe muito mais para prevenir do que para corrigir, muito mais para evitar que os conflitos ocorram do que para compô-los.

É notório que muitos direitos dos idosos são discriminados, principalmente por seus familiares que tem o dever de ampará-lo e lhe proporcionar segurança. Além disso, a Constituição faz prevalecer a responsabilidade familiar e a questão do cuidado ao idoso. A decisão torna-se um importante marco na defesa dos direitos do idoso, haja vista que, estabelece um novo direcionamento dentro do ordenamento jurídico.

4 DIREITOS E PROTEÇÃO A PESSOA IDOSA

O envelhecimento é algo inevitável e constante em nossas vidas. Sendo assim, como sociedade, precisamos de estrutura e organização para lidarmos com o gradual aumento de idade dos indivíduos.

Isso porque com o passar dos anos, as vulnerabilidades do nosso corpo e mente aumentam. Como consequência, é preciso que respostas coletivas sejam implementadas para que todos possam usufruir da senioridade de forma digna e com segurança.

Para isso, existem os direitos dos idosos, que visam proteger esses indivíduos, reconhecendo os seus direitos humanos e a sua importância para construção de uma sociedade mais sábia e inclusiva.

Esses direitos, além de possuírem um caráter protetivo, preservam a qualidade de vida da população idosa e possibilitam que essas pessoas exerçam a sua cidadania.

4.1. Direitos fundamentais frente ao Estatuto do Idoso e demais legislações protetivas: A tutela constitucional frente a insuficiência familiar.

Com o aumento na expectativa de vida da população idosa em contexto nacional e mundial, acarretada pelos avanços da ciência, tecnologia, remédios, vacinas dentre outros instrumentos que contribuíram para a longevidade dos idosos, pontua-se que as famílias e o Estado não estão preparados para acompanhar e fornecer a esta população os cuidados que os mesmos requerem o que os torna alvo de violências pela falta de estrutura familiar e desconhecimento das leis protetivas a esta parcela da população.

Para grande parte dos autores, encontram-se na legislação pátria exemplos recentes de que a sensação de impunidade reinante na sociedade traz prejuízos mais graves do que se imagina. Pressionados, nossos legisladores acabam produzindo leis que não correspondem efetivamente

aos anseios e necessidades populares. E foi com pressão sobre o poder público e sobre os políticos que em 1994, houve a promulgação da Lei 8.842 (BRASIL, 1994), que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, o qual, o primeiro artigo da mencionada Lei traz como objetivos "Assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade".

O Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003) foi aprovado pelo Senado Federal, em primeiro de outubro de 2003, lei (10.741), tendo como finalidade de assegurar os direitos de todos os cidadãos com idade acima de 60 anos. Neste contexto torna-se claro a participação da sociedade civil como um espaço de efetivação de serviços e proteção social, de responsabilidade o Estado, se altera em função de outros. O Estado normatiza, cria Legislação, estabelece diretrizes gerais que orientam as ações de proteção Social, entretanto, não garante sua efetivação, sendo que o mesmo tem o dever de garantir ao idoso a proteção a vida e a saúde mediante seu dever de amparar e punir.

Segundo dados do IBGE (2007), o crescimento de pessoas idosas vem aumentando desde a década 1960. No Brasil a mudança no perfil populacional ocorreu com rapidez, de uma geração para outra, essa mudança deu-se em decorrência de uma série de fatores tais como: queda da taxa de mortalidade e natalidade, melhoria da qualidade de vida, justificada pelo avanço da ciência e da tecnologia que tem propiciado o controle das doenças infecto-contagiosas e parcialmente das doenças crônico-degenerativas, resultando no aumento da expectativa de vida.

A garantia dos direitos fundamentais adquire nova e maior dimensão quando analisada à luz dos direitos fundamentais do idoso, que além de estarem descritos na Constituição, estão contidos no Estatuto do Idoso, Art. 2º:

Art. 2º: O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (BRASIL, EI, 2018).

Pode-se dizer que muitos são os direitos fundamentais do idoso contidos no Título II do Estatuto do Idoso, o que inclui o Direito à Vida, Direito à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade, Alimentação, Saúde, Educação, Cultura, Esporte e Lazer, Profissionalização e Trabalho, Previdência Social, Assistência Social, Habitação e Transporte.

Um dos principais direitos fundamentais é o do Direito à Vida, conforme Arts. 8º e 9º do Estatuto do Idoso:

Art. 8º: O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente. Art. 9º: É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade (BRASIL, EI, 2018).

Segundo Carvalho e Rodrigues (2018, p. 5) são muitos os direitos certificados na Constituição Federal e no Estatuto do Idoso e o desrespeito delas é crime. Infelizmente o que falta é o respeito aos idosos, e por este motivo o Estatuto refere, em seu Artº. 10, § 2º e 3º, sobre a dignidade e o respeito à pessoa idosa:

Art. 10º: É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis. § 2º- O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, ideias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais. § 3º- É dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor (BRASIL, EI, 2018).

Percebe-se que, tanto a Política Nacional quanto o Estatuto do idoso focam na questão do cuidado familiar ao idoso como direito dele, tendo a família o dever de garantir seus direitos como cidadão, proporcionando-lhe a participação comunitária, defendendo sua dignidade, garantindo seu bem-estar e direito à vida, sem que ele sofra discriminações de qualquer gênero.

Desse modo, reconhece que é dever de todos, principalmente da família e do Estado, defender e proteger o idoso em sua dignidade e seus direito à vida, como também seus bem-estar e sua participação comunitária.

5. CONCLUSÃO

Podemos concluir que a violência contra o idoso é um problema universal, onde em muitas sociedades, é tratada de forma natural, se tornando uma situação silenciosa. Então se entende que a violência contra a pessoa idosa é passada em alguns casos como algo natural. Ou seja, a sociedade ainda não se situou no assunto da violência contra ao idoso, isso se dá devido ao costume, a própria cultura das relações entre as pessoas.

Muitas vezes, o idoso não registra o boletim de ocorrência, tendo vista temer represálias por parte do denunciado, ficando o crime e o suspeito impunes, simplesmente pelo fato do idoso se sentir impotente perante a violência.

Infelizmente, o assunto tem que ser visto com importantes consequências. Neste contexto, torna-se claro a participação da sociedade como um todo, sendo que o espaço de efetivação de serviços e proteção social ao idoso seja respeitado, pois o padrão de resposta e a questão social é de inteira responsabilidade do estado alterando-se em função dos outros. O Estado normatiza, cria legislação, estabelece diretrizes gerais que orientam as ações de proteção social, todavia, não garante sua efetivação.

A violência e os maus tratos não só no Brasil como no mundo, começam dentro da própria casa e cometidas pelos próprios familiares, vizinhos ou amigos independentes de sua classe social e raça.

6. REFERÊNCIAS

BOBBIO, N. O tempo da memória: de senectude e outros escritos autobiográficos. Rio de Janeiro: Campus, 1996. Disponível em: <https://www.skoob.com.br/livro/pdf/o-tempo-da-memoria/54731/edicao:60267>. Acesso em: 17 de abr. 2022.

BRASIL, 1994. Lei no 8.842, de 4 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, vol. 132, n. 3, pp. 77-79, Seção 1, pt. 1.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 de abr. 2022.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. Envelhecimento e saúde da pessoa idosa. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/abcad19.pdf>>. Acesso em: 17 de abr. 2022.

_____. Política Nacional do Idoso, Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994. Disponível em: <<http://www.resrvaer.com.br/legislacao/pni.html>>. Acesso em: 22 abr. 2022.

CARVALHO, Terezinha dos Santos; RODRIGUES, Regina. Violência intrafamiliar contra o idoso. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/download/2053/2131/>. Acesso em: 28 abr. 2022.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. DE A. Metodologia do trabalho científico. São Paulo: Atlas, 2014.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Novas modalidades de família na pós-modernidade. [Tese de Doutorado]. 76 fl. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-31012011-154418/publico/TES_VERSAO_RESUMIDA_ADRIANA.pdf. Acesso em: 30 mar. 2022.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. Manual de enfrentamento à violência contra a pessoa idosa. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Brasília, 2013. Disponível em: <https://craspsicologia.files.wordpress.com/2014/06/violencia-contra-a-pessoa-idosa-miolo-para-web.pdf>. Acesso em: 24 set. 2022.

MINAYO, Maria Cecília. Violência contra idosos: O avesso do respeito à experiência e à sabedoria. 2º ed. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2005. Disponível em: <http://www.observatorionacionaldoidoso.fiocruz.br/biblioteca/livros/18.pdf>. Acesso em: 24 set. 2022.

MIOTO, Regina Célia Tamaso. Família e serviço social: contribuições para o debate. Revista Serviço Social e Sociedade, n. 55. São Paulo: Cortez Editora, 1997. Disponível em: https://nisfaps.paginas.ufsc.br/files/2015/05/texto-9_capacita%C3%A7%C3%A3o-trabalho-com-familias_Mioto-servi%C3%A7os-sociais-e-familia.pdf. Acesso em: 24 set. 2022.

NERI, A. L. Memória e sociedade: lembranças de velhos. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

Organização Mundial de Saúde - Relatório mundial sobre violência e saúde. Genebra. 2002. Disponível em: <https://opas.org.br/wp-content/uploads/2015/09/relatorio-mundial-violencia-saude-1.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2022.

PAPALEO NETTO, Matheus. Gerontologia: a velhice e o envelhecimento em visão globalizada. São Paulo. Atheneu, 2002. 524p. Disponível em: <https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/lil-342975>. Acesso em: 26 abr. 2022.

QUINTAS, Mariana Lisciotto. Violência contra o idoso no ambiente familiar. Revista Enfermagem UNISA, v. 11, n. 2, 2010. Disponível em: http://www.editorarealize.com.br/editora/ebooks/cieh/2020/TRABALHO_EV136_MD7_SA100_ID208_22102020223240.pdf. Acesso em: 26 abr. 2022.

VILHENA, Junia de. Repensando a família. Disponível em: https://www.psicologia.pt/artigos/ver_artigo.php?codigo=A0229. Acesso em: 30 mar. 2022.

A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL NAS DEMANDAS JUDICIAIS QUE ENVOLVEM CONCURSOS PÚBLICOS

URSULA DE SOUZA VAN-ERVEN:

pós-graduanda em Direito Administrativo.

RESUMO: O presente trabalho destaca a relevância do concurso público como forma obrigatória de ingresso em cargo ou emprego público, pós Constituição da República de 1988, bem como as balizas atribuídas pela Doutrina e Jurisprudência para assegurar a aplicação os princípios administrativos da Legalidade, Igualdade, Moralidade, Publicidade e Eficiência. Neste contexto, sobressai a importância do Princípio da Vinculação ao Edital, o qual, apesar da sua reconhecida importância, não deve ser aplicado cegamente nas demandas judiciais que envolvem concursos públicos, sob pena de se manter eventuais abusos de poder por parte da Administração Pública. À luz de tal constatação, exurgem, no presente trabalho, hipóteses em que o Princípio da Vinculação ao Edital é mitigado, principalmente, pelo Princípio da Legalidade e pelo Princípio da Razoabilidade. Conforme será apresentado neste trabalho, a Jurisprudência se revela extremamente farta de entendimentos em que se comprova, na prática, a incidência do Princípio da Legalidade e do Princípio da Razoabilidade, como forma de contenção de abusos praticados pela Administração Pública.

Palavras-chave: Concurso Público; Princípio da Vinculação ao Edital; Princípio da Razoabilidade.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, conforme será demonstrado a seguir, pretende fornecer subsídios de relevância prática aos indivíduos, na medida em que apresenta argumentos aos candidatos que, prejudicados por abusos da Administração Pública na condução dos concursos públicos, desejam ingressar em Juízo para questioná-los.

Para a compreensão geral do tema, destaca-se, inicialmente o conceito de concurso público para, após, iniciar a explanação acerca do maior argumento da Administração Pública para a manutenção dos atos administrativos praticados no decorrer do certame, qual seja, Princípio da Vinculação aos Editais.

Após tal exposição, adentra-se, especificamente, nos dois maiores Princípios Constitucionais capazes de mitigar o Princípio da Vinculação ao Edital, quais sejam Princípio da Legalidade e Princípio da Razoabilidade, com a indicação de entendimentos jurisprudenciais sobre a matéria.

METODOLOGIA

A metodologia do presente trabalho está baseada em pesquisas bibliográficas, com a explanação de ampla fundamentação teórica, a fim de apresentar o conceito e a evolução de entendimento acerca do assunto aqui proposto.

A intenção é proporcionar ao leitor a contextualização do tema no decorrer do tempo e, a partir deste ponto de partida, convidá-lo a inserir o que fora narrado na sua prática de Operador do Direito.

DO CONCURSO PÚBLICO

É cediço que o concurso público, como forma de investidura no cargo público, não foi inovação da Constituição da República de 1988, entretanto, foi na “Constituição Cidadã” que ele se democratizou, e se tornou obrigatório para o acesso de cargo e emprego público através de provas e provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, nos termos do art. 37, II.

Isto porque, conforme leciona Hely Lopes Meirelles (2015, p. 230), “desde a Constituição de 67 para os cargos públicos efetivos e a quase totalidade dos vitalícios, os concursos públicos só podem ser de provas e provas e títulos, ficando, assim, afastada, a possibilidade de seleção com base unicamente em títulos, como ocorreria na vigência da Constituição/46”.

Conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho (2008, p.561), “o concurso público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas (...) Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos”.

Estudado dentro do Direito Administrativo, o concurso público é corolário da aplicação dos princípios administrativos previstos no *caput* do art. 37 da Constituição da República, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

De acordo com o Princípio da Legalidade, os agentes da Administração Pública somente podem atuar com base no que a lei disciplina, de onde se sobressai a distinção em relação ao particular. Conforme a distinção realizada por Maria Sylvia Zanella DI Pietro (2015, p. 98), “a Administração pública somente pode fazer o que a lei permite; no âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhe permite fazer tudo o que a lei não proíbe”. Assim, evidente que a lei específica regente de determinado cargo ou emprego público, deve disciplinar a forma como se dará a sua investidura, *se através de provas ou provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego*.

Já o Princípio da Impessoalidade, consiste na imparcialidade da Administração Pública, de modo a afastar perseguições e favorecimentos pessoais. Com efeito, o concurso público, através de um sistema de mérito, recruta agentes de acordo com a aprovação no certame estabelecido, de modo a inibir a escolha de agentes por critérios subjetivos. A doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 117) prevê, inclusive, o concurso público como exemplo expresso do Princípio da Impessoalidade na Constituição Federal: “No texto constitucional há, ainda, algumas referências a aplicações concretas deste princípio, como ocorre no art. 37, II, ao exigir que o ingresso em cargo, função ou emprego público depende de concurso público, exatamente para que todos possam disputar-lhe o acesso em plena igualdade.”

No que tange ao Princípio da Moralidade, entende-se pelo princípio segundo o qual é exigido que o administrador público atue de acordo com parâmetros éticos, de modo honesto. Segundo a doutrina de Hely Lopes Meirelles (2015, p. 91), “não se trata da moral comum, mas, sim, de uma moral jurídica, entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”. Indubitavelmente, verifica-se que a moralidade é assegurada com a realização dos concursos públicos, na medida em que o recrutamento de agentes pelo sistema de mérito (melhor desempenho em provas ou provas e títulos) garante a escolha de agentes por critérios objetivos.

O Princípio da Publicidade se consubstancia na exigência de garantia de informação e transparência nos atos praticados pelos agentes públicos, de modo a permitir o controle pela sociedade. Conforme ressaltado por Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2015, p. 105), “o princípio da publicidade, que vem agora inserido no artigo 37 da Constituição, exige ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei”. Nesta seara, observa-se que os concursos públicos consistem em procedimento administrativo em que é dada a ampla divulgação, através de publicação em veículos de imprensa oficial, garantindo que qualquer indivíduo tenha acesso à sua realização através da sua devida inscrição no certame.

Por fim, destaca-se o Princípio da Eficiência, segundo o qual se persegue a qualidade do serviço público, através da otimização dos resultados e minimização dos desperdícios. Nas lições de Marçal Justen Filho (2010, p. 137), “um dos aspectos essenciais do direito administrativo reside na vedação ao desperdício ou má utilização dos recursos destinados à satisfação de necessidades coletivas”. Com efeito, o concurso público, encarado como o recrutamento dos melhores agentes para o exercício de determinado cargo, obedece diretamente ao princípio em questão, haja vista a suposição que a seleção daquele agente melhor preparado no sistema de mérito corresponderá à realização dos melhores resultados, ensejando uma maior qualidade da prestação do serviço público.

Em que pese a total correspondência dos princípios administrativos na exigência de concurso público para o recrutamento de agentes para o provimento de cargos e empregos públicos, a Doutrina criou o Princípio da Vinculação ao Edital como princípio específico dos concursos públicos, conforme será demonstrado a seguir.

DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL

O Princípio da Vinculação ao Edital impõe que o edital seja considerado como a lei interna do concurso público, vinculando os candidatos e a Administração Pública.

O Princípio da Vinculação ao Edital consiste na aplicação do Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório aos concursos públicos, tendo a Doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2009, p. 202), quando lecionava sobre Licitações, asseverado que tal princípio “exige que todo o processo licitatório se submeta integralmente às regras que foram especificamente baixadas para regular a licitação, apregoada sob a forma de edital ou convite, inclusive e notadamente, as que definam os critérios para julgamento”.

Tal princípio é de suma relevância, na medida em que enumera os requisitos de acesso a determinado cargo ou emprego público, não podendo ser alterado o edital no decorrer do certame, sob pena de violação da segurança jurídica.

O edital contém regras de observância obrigatória, no entanto, o presente trabalho tem a função de demonstrar a mitigação de tal princípio, que se dá, principalmente, pela aplicação do Princípios da Legalidade e da Razoabilidade, com o intuito de conter eventuais abusos cometidos pelo Poder Público no decorrer do certame.

DA MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL PELO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O Princípio da Legalidade, constante do art. 5, II, da Constituição da República, impõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Como o Princípio da Vinculação ao Edital é considerado como a lei interna do concurso público, relevante questão se coloca ao imaginar o cotejo entre o que dispõe o edital e a lei específica sobre determinado cargo ou emprego público.

Indubitavelmente, numa situação como a descrita acima, prevalece a incidência da previsão legal, o que significa afirmar que o edital não pode contrariar o que dispõe a lei de regência.

Assim, é vedado ao edital limitar o que a lei não restringiu ou alargar o rol de exigências, especialmente para incluir requisitos que não constam da lei. Nesta esteira, são inúmeras as demandas judiciais que levam ao Poder Judiciário casos em que a Administração Pública faz constar em seu edital requisitos não previstos em lei, tendo a Jurisprudência, de forma majoritária, entendido pela aplicação do Princípio da Legalidade.

A título de exemplo, é o que ocorre quando o edital prevê Teste de Aptidão Física para determinados cargos, mas não há previsão legal para fazê-lo. Vejamos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito deste assunto:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. VINCULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. INADMISSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DE EXIGÊNCIAS PARA A APROVAÇÃO NO CERTAME, AINDA QUE SEJAM RAZOÁVEIS. TESTE DE CAPACIDADE FÍSICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI ESPECÍFICA. ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA NO EDITAL. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. 1. É firme o entendimento desta Corte de que, em concurso público, o teste de capacidade física somente pode ser exigido se houver previsão na lei que criou o cargo, sendo vedado ao Edital do Certame limitar o que a lei não restringiu ou alargar o rol de exigências, especialmente para incluir requisito que não consta da lei. Precedentes: REsp. 1.351.480/BA, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 26.6.2013, AgRg no RMS 26.379/SC, Rel. Min. OG

FERNANDES, DJe 2.5.2013, AgRg no REsp. 1.150.082/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 2.10.2012 (EDcl no REsp. 1.665.082/DF, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 11.10.2017). 2. No caso, o teste de capacidade física não foi expressamente previsto na Lei 11.416/2006. A eventual inclusão de sua exigência em outros atos normativos inferiores não tem o efeito de legitimá-la. O conceito da expressão lei se refere, exclusivamente, à regra jurídica aprovada na via parlamentar e sancionada pelo Chefe do Poder Executivo. A sua ampliação para abranger outros elementos normativos não é tolerável pelos sistema jurídico, especialmente quando acarreta requisitos que dificultam o acesso a certames públicos. 3. Recurso Ordinário de MARCELO FERREIRA BARBOSA provido, a fim de reconhecer a ilegalidade da exigência do teste de aptidão física no certame em comento, por falta de sua previsão em lei e, até mesmo, na Portaria Conjunta 3/2007 que explicitou o cumprimento da Lei 11.416/2006. (ROMS 47830, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª T do STJ, publicado em 20/11/2019).

Não obstante, tem-se que a atuação do Poder Judiciário, nas questões envolvendo concursos públicos, se dá de forma excepcional, sob pena de ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes (art. 2 da Constituição da República).

Significa isto afirmar que o controle da legalidade pelo Poder Judiciário é permitido, desde que não se imiscua no mérito administrativo (juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública). Vejamos entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. CONCURSO PÚBLICO. OUTORGA DE DELEGAÇÕES DE SERVENTIAS CARTORÁRIAS EXTRAJUDICIAIS NOTARIAIS E REGISTRAS. PROVA DE TÍTULOS. DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA. COMPROVAÇÃO DE ATIVIDADE ADVOCATÍCIA. TEMPO MÍNIMO. CERTIDÃO DA OAB. CERTIDÃO DE OBJETO E PÉ. ACRÉSCIMO ULTERIOR DE EXIGÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO EDITALÍCIA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. RE 632.853/CE. 1. O edital do concurso público constitui lei entre as partes, gerando direitos e obrigações tanto para a Administração Pública quanto para o candidato, compelidos ambos à sua fiel observância. 2. "Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas. (...) Excepcionalmente, é permitido ao Judiciário juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame" (RE 632.853/CE, Relator: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 23/04/2015). 3. Na hipótese da regulação de prova de títulos estabelecida como etapa de certame para a outorga de delegação de serventia cartorária extrajudicial, tanto o candidato quanto a Administração Pública obrigam-se ao que estipulado em tempo e modo

oportunos para efeito de cômputo no exame. 4. Não há cogitar-se do acréscimo ulterior de exigência de outro requisito que não aqueles previstos originalmente, de sorte que o indeferimento no cômputo de parte dos títulos em razão disso viola o princípio da vinculação ao edital e ofende a compatibilidade entre o exame e o conteúdo editalício, a autorizar a intervenção do Poder Judiciário para a correção da ilegalidade flagrante. 5. Recurso ordinário em mandado de segurança parcialmente provido. ..EMEN: (ROMS 57416, Min. Mauro Campbell Marques, 2ª T do STJ, publicado em 31/10/2018).

Na mesma esteira, o Supremo Tribunal Federal decidiu, com repercussão geral, no RE 632.853/CE, relator o Em. Ministro Gilmar Mendes, que o Poder Judiciário não pode, como regra, substituir a banca examinadora de concurso público para avaliar as respostas dadas pelos candidatos, nem as notas a elas atribuídas, ou seja, não pode interferir nos critérios de correção de prova, ressalvada a hipótese de "juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame" (RE 632853, Relator o Em. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 23/04/2015, DJe-125, divulgado em 26/06/2015, publicado em 29/06/2015).

Tem-se, portanto, que a regra é a aplicação do Princípio da Vinculação ao Edital, sendo permitido, excepcionalmente, a atuação do Poder Judiciário, invocando o Princípio da Legalidade, quando o edital dispõe sobre requisitos não previstos em lei.

DA MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL PELO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

É cediço que o Princípio da Razoabilidade não é encontrado expressamente na Constituição da República.

Não obstante, sua previsão constitucional é extraída do Princípio do Devido Processo Legal (art. 5, LIV, da Constituição da República), em sua dimensão Substancial.

Vislumbra-se aqui a aplicação do Princípio da Juridicidade, segundo o qual o Estado deve se submeter não somente às regras positivas, mas, igualmente, a princípios constitucionais expressos e não expressos, como ocorre no caso do Princípio da Razoabilidade. Segundo a Doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2009, p.87), "o Princípio da Juridicidade corresponde ao que se enunciava como um "princípio da legalidade", se tomado em sentido amplo, ou seja, não se restringindo à mera submissão à lei, como produto das fites legislativas, mas de reverência a toda a ordem jurídica".

O art. 5, LIV da Constituição da República prevê que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", no entanto, em sua concepção substancial do Princípio Constitucional do Devido Processo Legal, exige-se que determinado ato administrativo não deva

ser regular somente do ponto de vista formal, devendo preservar um desfecho qualitativo, isto é, deve o ato administrativo ser substancialmente razoável e correto.

Assim, segundo José dos Santos Carvalho Filho (2008, p. 32), “o Princípio da Razoabilidade deve ser observado pela Administração à medida que a sua conduta se apresente dentro dos padrões normais de aceitabilidade. Se atuar fora desses padrões, algum vício estará, sem dúvida, contaminando o comportamento estatal”.

Trazendo tal conceito ao trabalho que aqui se propõe, resta evidente que o edital de determinado concurso público, mesmo em consonância com a lei regente daquele cargo ou emprego público, pode ensejar a atuação do Poder Judiciário, de forma excepcional, se contrariar o Princípio da Razoabilidade.

Não obstante, da mesma forma do que foi afirmado no Princípio da Legalidade, a atuação do Poder Judiciário, invocando o Princípio da Razoabilidade, nas demandas judiciais que envolvem concursos públicos, se dá de forma excepcional. Vejamos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca de tal tema:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO. REMOÇÃO PARA ACOMPANHAMENTO DE CÔNJUGE. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NÃO DEMONSTRADOS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. AUSÊNCIA DO REQUISITO DA ESTABILIDADE (ARTIGO 13, § 4º, ALÍNEA "B", DA LEI ESTADUAL 7.305/1979). MANUTENÇÃO DO ARESTO VERGASTADO. 1. A impetrante não demonstrou os requisitos para obtenção da remoção, porquanto ainda encontra-se em estágio probatório. 2. O artigo 13, § 4º, alínea b, da Lei Estadual 7.305/1979, que regula os serviços auxiliares do Poder Judiciário de 1º grau do Estado do Rio Grande do Sul, impossibilita a remoção do servidor antes de completar dois anos de efetivo exercício no cargo para o qual foi nomeado. 3. A intervenção do Poder Judiciário nos atos administrativos cinge-se à defesa dos parâmetros da legalidade, permitindo-se a reavaliação do mérito administrativo tão somente nas hipóteses de comprovada violação dos princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de invasão à competência reservada ao Poder Executivo. 4. A orientação do STJ vem afirmando que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, consagra o princípio da proteção à família como base da sociedade brasileira e dever do Estado. Contudo, a tutela à família não é absoluta. Para que seja deferido o deslocamento do servidor pelo Judiciário, nos casos em que a pretensão for negada pela Administração, ele tem de comprovar que sua situação se subsume em uma das hipóteses taxativamente previstas para concessão do benefício quando inexistente interesse administrativo no ato. Precedentes. 5. Recurso em Mandado Segurança não provido. (RMS 60378, Min. Herman Benjamin, 2ª T do STJ, publicado em 17/06/2019).

A jurisprudência é recheada de casos em que o Princípio da Vinculação do Edital é mitigada pelo Princípio da Razoabilidade, sendo certo que, no presente trabalho, destacar-se-ão 3 (três) casos.

O primeiro deles diz respeito à hipótese em que não é franqueado ao candidato de determinado concurso público os fundamentos para a sua reprovação no certame. Vejamos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. ILEGALIDADE. FALTA DE MOTIVAÇÃO DA REPROVAÇÃO. NULIDADE. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE NOVO EXAME. AGRAVO INTERNO DO ESTADO DO MARANHÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, EM CONSONÂNCIA COM O PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 1. Refoge à razoabilidade a eliminação do candidato que não obteve acesso aos fundamentos de sua reprovação, pois o ato de reprovação de candidato em concurso público, no exame de capacidade física, deve necessariamente ser motivado, sendo vedada sua realização segundo critérios subjetivos do avaliador, bem como a ocorrência de sigilo no resultado do exame e de irrecorribilidade, sob pena de violação dos princípios da ampla defesa e impessoalidade. 2. Agravo Interno do Estado do Maranhão a que se nega provimento. (Ag Int no RMS 45294, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, publicado em 07/12/2018).

O segundo caso aqui destacado diz respeito à hipótese em que, passado considerável lapso temporal, o candidato aprovado em determinado concurso público não deve ser nomeado apenas com a publicação no Diário Oficial, devendo, também, haver notificação pessoal. Vejamos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. EXTENSO LAPSO TEMPORAL. NOMEAÇÃO SOMENTE NO DIÁRIO OFICIAL. PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA RAZOABILIDADE. VIOLAÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO A QUO. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO ATO. 1. O acórdão de origem destoa da jurisprudência do STJ, que se firmou no sentido de que a nomeação em concurso público após considerável lapso temporal da homologação do resultado final, sem a notificação pessoal do interessado, viola os princípios da publicidade e da razoabilidade, não sendo suficiente a convocação para a fase posterior do certame, ou para a posse, apenas por meio do Diário Oficial. 2. Conforme jurisprudência desta Corte o termo inicial do prazo decadencial para impetração do mandado de segurança passa a fluir com a ciência inequívoca do ato que efetivamente se alega ter violado o direito líquido e certo do impetrante. 3. Agravo interno a que se

nega provimento. (AgInt no RMS 65383, Min. Og Fernandes, 2ª T do STJ, publicado em 15/06/21).

O terceiro caso apresentado no presente trabalho diz respeito à hipótese de eliminação de candidatos na fase de investigação social do concurso público para a carreira policial, devendo a sindicância da vida pregressa dos candidatos observar a razoabilidade. Vejamos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR. SINDICÂNCIA DA VIDA PREGRESSA. CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO REALIZADA PELO PRÓPRIO CANDIDATO. USO DE DROGAS NA JUVENTUDE. FATO OCORRIDO HÁ VÁRIOS ANOS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. POSTERIOR INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO. CARGO DE PROFESSOR. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DO ATO RESTRITIVO. REEXAME. CABIMENTO. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. 1. A jurisprudência do STJ sedimentou o entendimento de que, tratando-se da fase de investigação social para cargos sensíveis, como são os da área policial, a análise realizada pela autoridade administrativa não deve se restringir à constatação de condenações penais transitadas em julgado, englobando o exame de outros aspectos relacionados à conduta moral e social do candidato, a fim de verificar sua adequação ao cargo pretendido. 2. A discricionariedade administrativa não se encontra imune ao controle judicial, mormente diante da prática de atos que impliquem restrições de direitos dos administrados, como se afigura a eliminação de um candidato a concurso público, cumprindo ao órgão julgador reapreciar os aspectos vinculados do ato administrativo, a exemplo da competência, forma, finalidade, bem como a observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 3. O Superior Tribunal de Justiça, ao examinar casos envolvendo a eliminação de candidatos na fase de investigação social de certame público para as carreiras policiais, já teve a oportunidade de consignar que a sindicância de vida pregressa dos candidatos a concursos públicos deve estar jungida pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. 4. No caso, tem-se o relato de um fato pelo próprio candidato, no respectivo formulário de ingresso na incorporação, de que foi usuário de drogas quando tinha 19 (dezenove) anos de idade e que não mais possui essa adição há sete anos. Destaca-se, ainda, a informação de que o referido candidato, atualmente, é servidor público do Distrito Federal, exercendo o cargo de professor, não havendo qualquer registro sobre o envolvimento em qualquer ato desabonador de sua reputação moral. E mais, há o registro de que esse mesmo candidato foi aprovado na fase de investigação social no concurso para Soldado da Polícia Militar do Estado do Maranhão. 5. Impedir que o recorrente prossiga no certame público para ingresso nas

fileiras da Política Militar do Distrito Federal, além de revelar uma postura contraditória da própria Administração Pública, que reputa como inidôneo um candidato que já é integrante dos quadros do serviço público distrital, acaba por aplicá-lo uma sanção de caráter perpétuo, dado o grande lastro temporal entre o fato tido como desabonador e o momento da investigação social.⁶ Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial. (Aresp 1806617, Min. Og Fernandes, 2ª T do STJ, publicado em 11/06/21).

Por fim, necessário salientar que todas as controvérsias apresentadas pela Doutrina facilitam o operador do direito a adotar a melhor tese, a depender da posição que ocupa na relação jurídico-processual.

CONCLUSÃO

É cediço que a obtenção de cargos e empregos públicos através dos concursos públicos se mostra como grande atrativo no mercado de trabalho, este tão engessado e mal remunerado, como neste País.

Assim, cada vez mais, há candidatos inscritos nos certames, o que tem ensejado, como via de consequência, maior insurgência quanto aos resultados, abarrotando o Poder Judiciário de demandas envolvendo as mais diferentes questões relacionadas aos concursos públicos.

É, portanto, de grande valia o conhecimento de argumentos que poderão ser invocados em favor dos jurisdicionados, como forma de afastar a principal tese fazendária em tais demandas, que é a necessária observância ao Princípio da Vinculação ao Edital.

Com a aplicação da tese de mitigação do Princípio da Vinculação por Edital pelos Princípio da Legalidade e Princípio da Razoabilidade, destacados aqui neste trabalho, o acesso à justiça se mostra mais efetivo, na medida em que os jurisdicionados se mostram mais encorajados de impugnar atos administrativos abusivos no decorrer do certame.

Inegável, portanto, a relevância prática do presente trabalho.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª Edição. Editora Saraiva, 2010.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41ª Edição. Malheiros Editora, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª Edição. Malheiros Editora, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DA HOLDING FAMILIAR

AFONSO SOLIDONIO SILVA FILHO:
Graduando em Direito pela Faculdade Serra do Carmo – FASEC. Graduado em Ciência Contábeis pela PUC de Goiás.

ISRAEL ANDRADE ALVES³⁹

(orientador)

RESUMO: A formação de empresas Holdings é vista como uma alternativa em múltiplas situações, tendo em vista a diversidade de tipos de empresários que optam pela formação das Holdings que vão desde os chefes de família que procuram proteger seu patrimônio até as grandes empresas multinacionais que tem como propósito o controle de suas subsidiárias. Frente a isso, a organização sucessória, antes visto como um instrumento complexo evisto com apreensão por muitos empresários, tem instigado cada vez mais o interesse das empresas e grupos familiares, em vista de propiciar melhor organização e por consequência melhores resultados. Diante do exposto, o presente artigo tem como objetivo discutir o planejamento sucessório a partir da constituição da holding familiar. Em que a metodologia utilizada para a sua confecção foi de uma revisão de literatura, de caráter exploratório e qualitativo, o qual levou ao contato direto com o que já foi produzido sobre o tema até então. Foi realizada uma pesquisa bibliográfica, em que após, foram selecionados para o estudo artigos, dissertações e teses, bem como livros de autores relevantes para o tema e a legislação pertinente para o debate. Conclui-se que a holding familiar é uma ferramenta de planejamento tributário e familiar, que atua como uma forma de proteção ao patrimônio familiar, que além de facilitar a sucessão dos bens, corrobora para que os ideais dos seus fundadores sejam mantidos. Dentre as suas principais vantagens, pode-se destacar a redução da carga tributária, e a constituição do planejamento sucessório, capaz de sanar futuros desentendimentos, possibilita a passagem dos negócios para as gerações, garantindo, assim, a sua continuidade.

Palavras-chave: Holding familiar; Planejamento; Sucessão; Incidência Tributária.

INTRODUÇÃO

Devido às novas tendências, o ambiente empresarial encontra-se bastante agitado atualmente, cada vez mais as organizações sentem a necessidade de modernizar de forma a atender as demandas que aparecem ao longo do tempo. Um dos temas que tem se destacado

³⁹ 39 Mestrando em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins e Escola Superior da Magistratura Tocantinense. Pós-graduado em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito Penal, Processo Penal e Prática Criminal no curso de Direito na Faculdade Serra do Carmo – FASEC. Delegado de Polícia Civil do Estado do Tocantins.

dentre as novas tendências são as Holdings e a probabilidade de obter benefícios mediante um planejamento societário.

É então compreendido que as empresas familiares, também denominadas de holding familiar, além de serem crescentes no meio empresarial, exercem completa influência na economia global, sendo agentes diretas na participação do mercado e geração de emprego. A formação de empresas Holdings é vista como uma alternativa em múltiplas situações, tendo em vista a diversidade de tipos de empresários que optam pela formação das Holdings que vão desde os chefes de família que procuram proteger seu patrimônio até as grandes empresas multinacionais que tem como propósito o controle de suas subsidiárias.

Atualmente, o empreendedorismo familiar é determinado pela captação de benefícios bem como a admissão de riscos provenientes do exercício das atividades, dessa forma é evidente a necessidade dos empreendedores em se valer de meios que permitam maior segurança jurídica e patrimonial no desenvolvimento dos seus negócios. Nesse contexto, a organização sucessória, antes visto como um instrumento complexo e visto com apreensão por muitos empresários, tem instigado cada vez mais o interesse das empresas e grupos familiares, em vista de propiciar melhor organização e por consequência melhores resultados.

Entende-se por planejamento sucessório as ações/estratégias que são devidamente pensadas para o futuro de determinada organização. Nele, é possível identificar e desenvolver futuros líderes, garantindo, desse modo, que as pessoas mais adequadas ocupem os cargos, adaptando ainda os planos às reais necessidades da empresa. No Brasil, entende-se que a forma como o brasileiro lida com o patrimônio evidencia a necessidade de estudar acerca do planejamento sucessório, com vistas a evitar as demandas excessivas em tribunais.

Frente ao exposto, o estudo tem como questão norteadora a seguinte pergunta: quais os principais benefícios do planejamento sucessório em holding familiar? Portanto, o presente artigo tem como objetivo discutir o planejamento sucessório a partir da constituição da holding familiar. Em que para tal, foi realizada uma revisão de literatura, de caráter exploratório e qualitativo, o qual levou ao contato direto com o que já foi produzido sobre o tema até então. A pesquisa bibliográfica foi feita com a utilização dos seguintes descritores: Holding familiar, planejamento e sucessão com o objetivo de averiguar a relação entre esses estudos. Foram selecionados para o estudo artigos, dissertações e teses, bem como livros de autores relevantes para o tema e a legislação pertinente para o debate.

O presente estudo está dividido em dois capítulos, o primeiro “Do holding familiar” apresenta uma síntese quanto a sua origem, espécie e seus objetivos de constituição. O segundo capítulo “Do planejamento sucessório a partir da constituição da holding familiar” aborda sobre as formas de sucessão e as das vantagens e desvantagens da holding na visão sucessória.

1.DO HOLDING FAMILIAR

1.1 Origem da Holding Familiar

Entende-se que o planejamento sucessório é a maneira mais econômica, prática e eficaz, e no caso menos complicada para a divisão do patrimônio em vida, independentemente do tamanho do patrimônio formado. Esse recurso consiste em uma forma de disponibilização patrimonial que respeita, de fato, o querer e a vontade do possuidor, o que serve dessa forma para a destinação racional e preservação de bens, tentativa de perpetuação do patrimônio familiar, reserva da atividade empresarial familiar, facilidade para uso dos ativos, agilidade quanto a divisão dos bens, resguardo quanto as infundas discussões sucessórias e disputa pela herança, entre outros (BRITES, 2020).

Nessa conjuntura, pode-se dizer que o surgimento e a propagação do sistema de Holding com o aspecto familiar provocaram novas relações jurídicas, propiciando a flexibilidade e o imediato processo produtivo e negocial, com o intuito a proteger o patrimônio e, paralelamente estimular a economia do país. Ocorre, então, de priorizar princípios constitucionais, no entanto com características próprias e uma série de peculiaridades inerentes ao meio das relações pessoais, governamentais e intergovernamentais, além da compreensão dos efeitos jurídicos de tais relações, que são, imediatamente, desenvolvidas (LEMOS, 2014).

No entendimento de Mamede (2018, p. 26-27) quanto a origem do termo Holding:

To hold, em inglês, traduz-se por segurar, deter, sustentar, entre ideias afins. Holding traduz-se não apenas como ato de segurar, deter etc., mas como domínio. A expressão *holding company*, ou simplesmente holding, serve para designar pessoas jurídicas (sociedades) que atuam como titulares de bens e direitos, o que pode incluir bens imóveis, bens móveis, participações societárias, propriedade industrial (patente, marca etc.), investimentos financeiros etc. Habitualmente, as pessoas mantêm esses bens e direitos em seu patrimônio pessoal.

[...]

Holding (ou *holding company*) é uma sociedade que detém participação societária em outra ou de outras sociedades, tenha sido constituída exclusivamente para isso (sociedade de participação), ou não (*holding mista*).

Segundo o EIA (1993), o modelo de holdings teve sua origem no ato do congresso americano "*Public Utility Company Act of 1935*, (PUHCA)", em razão da grande depressão, com o objetivo de vedar práticas e abusos nas empresas de eletricidade e de gás natural. A origem do termo holding é trazida pelo idioma inglês *to hold*, que significa controlar, sustentar, segurar, deter, manter. Segundo alguns estudiosos, a frase, de origem inglesa, mostra a definição da palavra holding ou *holding company* como sendo uma sociedade que para participação societária em outra ou de outras sociedades, que teriam sido desenvolvidas com devida finalidade de incentivar a sociedade por participação (OLIVEIRA, 2015).

Dessa forma, a holding familiar pode ser formada por uma pluralidade de sócio, tornando-se importante fazer uma intensa análise do grupo familiar que tiver o interesse em formar a holding. Esta prática é de suma importância para examinar o perfil da família e suas especificidades no caso concreto, isto é, identificando as possibilidades e vantagens de acordo com os tipos societários empregados para este determinado tipo de constituição da holding familiar.

Santos (2016) afirma que o surgimento do holding no Brasil se deu em meados da década de 70 através da Lei nº 6.404, que é a Lei das Sociedades Anônimas. Uma outra observação a ser feita é que qualquer pessoa pode fazer um planejamento desde que tenha bens para comprovar.

Convém lembrar que o direito sucessório é previsto por lei através do Código Civil de 2002. O direito sucessório ou direito de sucessão é uma área muito relevante que tem como objetivo regular todo o processo da transferência do patrimônio do falecido para a pessoa. Se voltarmos um pouco na história veremos que apenas o mais velho tinha direito a tudo, depois de um tempo as coisas foram ficando mais flexíveis e puderam ser repartidas do com todos os homens menos as mulheres, até que flexibilizou totalmente e hoje não tem mais isso, pelo menos em uma boa parte da cultura ocidental.

Conforme já mencionado, no Brasil, as holdings passaram a ser constituídas a partir da promulgação da Lei nº 6.404/76, que dispõe sobre as sociedades por ações. Constituindo-se seu objeto social:

Art. 2º - Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

§ 1º. Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio.

§ 2º. O estatuto social definirá o objeto de modo preciso e completo.

§ 3º. A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.

Dentre outros dispositivos legais brasileiros que regulam a constituição de empresa encontra-se os artigos 206 a 219 e 243, § 2º da referida lei, o Regulamento do Imposto de Renda (Decreto 9.580/2018), presentes nos artigos 223, § 1º, III, c; 225, 384, 519, § 1º, III, c e 521, bem como na Lei 9.430/96, em seus artigos 29 e 30, e Lei 10.833/03: art. 1º, § 3º, V.

1.2 Das Espécies de Holding

O planejamento sucessório está presente na vida de muitos brasileiros de diversas formas, através da previdência privada; seguro de vida; doações em vida; testamento e outras formas. É interessante observar que o holding ainda não foi fundamentado por lei clara, porém faz parte de uma sociedade e tem auxiliado e ajudado muitas pessoas

As holdings têm diversas classificações doutrinárias e estruturais, são elas: de controle, de participação, de administração, patrimonial, imobiliária. Contudo, a mais relevante é a definição de holding pura ou mista. Conforme preceitua Bulgarelli, a holding pode ser pura (quando seu objeto único é o controle de outra sociedade) ou mista (quando se dedica também a uma atividade empresarial). A holding pura pode ser definida como uma sociedade que os exercícios e objetos principais são a alienação, titularidade, aquisição e controle de participação societárias. Os escopos mencionados são exercidos de forma regular e estritamente adequada, vez que a holding os utiliza como atividade principal (SANTOS, 2016, p. 63).

A formação da empresa holding pode ser efetivada em várias modalidades e precisa ser estruturada de modo a atender determinado propósito e específicos objetivos de cada identidade organizacional para que se consiga atingir os benefícios existentes; deste modo, diz-se que esse tipo empresarial é um aspecto da sociedade. O holding pretende resolver problemas de sucessão administrativa, preparando sucessores, como também profissionais de empresa, para conseguir cargos de direção. O olhar dela é generalista destoando-se do olhar de especialista da operadora, permitindo assim experiências mais profundas.

Corroborando, as Holding são subdividas em espécies, Holding Pura, Operacional, Mista, Híbrida e Holding Familiar (TABELA 01).

Tabela 01: Espécies e conceitos de Holding

Espécies de Holding	Conceito
Holding Pura	É o modelo tradicional na qual a empresa holding participa como acionista de outras empresas, contudo não exercendo atividade operacional do negócio. A formação pode ser com a finalidade de apenas deter as cotas de outras empresas, como também para centralizar a administração delas
Holding Mista	A holding mista tem ação semelhante à da holding pura. Ela realiza o controle da empresa da qual detém cota e ademais atua na atividade empresarial.
Holding Operacional	É formada com a finalidade de realizar a atividade empresarial, atuando no mercado produtivo ou de

consumo. Nesta situação, a empresa holding tem a criação com a finalidade de explorar certa área econômica. O seu objetivo vai além da concentração e proteção dos bens em seu patrimônio

Holding Híbrida

: utilizada em casos específicos, a exemplo das situações de estruturação ou fiscal.

Holding Patrimonial ou
 Holding Familiar

É criada no contexto de um grupo familiar. A finalidade é reunir o acervo patrimonial a ele pertencente de forma a criar um a proteção dos bens e do capital, conhecida como blindagem, e a planejar o momento da sucessão dos bens na morte dos seu instituidor, tal como redução de impostos

Fonte: Elaborado pelo autor (2022).

1.2 Do Objetivo da Constituição da Holding

A holding visa solucionar problemas referentes à herança, buscando substituir em parte declarações testamentárias, sendo capaz de indicar especificamente os sucessores da sociedade, sem conflitos ou litígios judiciais. Observa-se no novo Código Civil possíveis tempestades. O olhar da holding é primordial nesses casos. Apresentando maior facilidade de administração, exerce a holding maior controle pelo menor custo (GOMES, 2020).

Adversidades pessoais ou familiares não impactam diretamente as operadoras. Em situação de dissidências entre os parentes ou espólios, será a holding que decidirá sobre as diretrizes a serem seguidas. Ela opera como unidade jurídica e não como pessoas físicas. Ela é substituta da pessoa física, atando como sócia ou acionista de outra empresa, dificultando sequestros, roubos e uma sequência de outros elementos indesejados, desde que haja ostentação de riqueza das pessoas físicas envolvidas. Pode do mesmo modo ser sócia da própria pessoa física (BRITES, 2020).

Nesse contexto, a holding será também uma prestadora de serviços, e sendo Sociedade Simples Limitada não estará submetida à lei de falência. Visto que, a holding é quase a própria pessoa de seus sócios, ela deverá atuar como tal, devendo ser discreta e seu perfil deve ser pretensamente baixo. A holding atende do mesmo modo a qualquer problema de ordem pessoal ou social, podendo ponderar uma séria de conveniências de seus criadores, a exemplo de: casamentos, divórcios, separação de bens, comunhão de bens, autorização do cônjuge em venda de imóveis, procurações, disposições de última vontade, reconhecimento a funcionários de longa data, assistência a filhos e empregados. A cada espécie de problema há um tipo de holding, associada a outros documentos que poderão suprir necessidades humanas, apresentando soluções legais em inúmeras formas societárias (BRITES, 2020).

Contudo, pode-se dizer que o surgimento e a propagação do sistema de Holding com o fator familiar incitaram novas relações jurídicas, permitindo a flexibilidade e o rápido processo produtivo e negocial, com intuito de proteger o patrimônio e, simultaneamente, estimular a economia do país. Trata, portanto, de privilegiar princípios constitucionais, todavia com marcas próprias e uma série de peculiaridades relativas ao meio das relações pessoais, governamentais e intergovernamentais, além da compreensão dos efeitos jurídicos dessas relações, que são, imediatamente, aperfeiçoadas, à medida que se estabelece uma holding em benefício da proteção patrimonial (LEMOS, 2014).

Quanto ao objetivo da constituição da holding, no entendimento de Mamede (2017):

A constituição de uma sociedade holding pode realizar-se dentro de contextos diversos e para atender a objetivos variados. Para ilustrar, basta dizer ser comum referir-se a tipos diversos de holding, como a denominada holding pura, cujo objeto social é exclusivamente a titularidade de quotas ou ações de outra ou outras sociedades. Em português, usa-se a expressão sociedade de participação. Como não desenvolve atividade negocial (operacional), a receita de tais sociedades é composta exclusivamente pela distribuição de lucros e juros sobre o capital próprio, pagos pelas sociedades nas quais tem participação. Em alguns casos, havendo autorização no seu contrato social ou estatuto social, ou autorização dada pela reunião ou assembleia de sócios, a receita poderá resultar de operações realizadas com os títulos que tenham em carteira, como o aluguel de ações, aquisição e alienação de participações societárias, debêntures etc (MAMEDE, 2017, p. 14-15).

Nessa senta, a holding patrimonial é um tipo de sociedade que tem como objetivo ser proprietária de certo patrimônio, e entende-se como necessária na atualidade, considerando que a diminuição de impostos que é realizada mediante elisão fiscal. Desse modo, entende-se que a holding tem como objetivo, ainda, atender às expectativas dos beneficiários, o representante doará aos herdeiros ações de interesse pessoal registradas com cláusula inapreensível e intransferível, acrescida de cláusula de licença vitalícia em favor do doador, com inversão e inseparabilidade de cláusulas.

2.DO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DA HOLDING FAMILIAR

O planejamento sucessório pode ser caracterizado como um conjunto de planos e de estratégias que são tomadas por uma pessoa visando a transferência de seu patrimônio para seus herdeiros. O próprio nome sucessório já dá uma ideia de sucessão. É importante observar que essa transferência objetiva ser de uma maneira tranquila e eficiente. A ideia de sucessão de patrimônio não é algo confortável a se pensar, imaginar em quem dará continuidade aos negócios e como as coisas serão depois da partida não é nada agradável, mas é preciso encerrar a situação. "Pensar na própria morte e em como isso afetará não apenas a vida de seus familiares e sucessores, mas também como se dará a continuidade de seus negócios[.]" (PETRONCINI, 2018, p. 11). Esse tipo de

planejamento visa verificar como ficarão as coisas depois que a pessoa não estiver mais em vida e como será a partilha com os herdeiros. É algo que não é muito confortável para alguns, porém é necessário.

Esse processo serve como forma de organizar a situação para aqueles que ficarão em vida. Essa é uma das formas de evitar possíveis conflitos e desentendimentos familiares. Manganelli (2016) afirma que as relações familiares são extremamente difíceis, sendo muitas problemáticas e polêmicas que estão em volta da convivência familiar. São pessoas de personalidades diferentes, pensamentos diferentes e cada um com sua forma de ver e encarar o mundo. Quanto maior for a família, em relação aos números de componentes, mais complexa será a partilha dos bens e, possivelmente, dificultará ainda mais o processo. É preciso entender, porém que essa é uma questão relativa, pois há famílias pequenas em que o processo também é dificultoso.

Convém lembrar que em alguns processos há uma disputa judicial fazendo com que o processo se torne mais lento. Isso faz com todos os familiares não sejam beneficiados com aquilo que foi deixado para eles. Afinal de contas, o planejamento sucessório visa harmonizar a situação criando um ambiente pacífico entre familiares

A expressão planejamento sucessória compreende um conjunto de projeções realizadas em vida, para serem cumpridas como manifestação de um querer especial, sobrevivendo a morte do idealizador, sendo então cumprida sua vontade em sintonia com seus antecipados desígnios tudo com vistas ao bem comum de seus herdeiros, construindo um ambiente de pacífica transição da titularidade da herança, contribuindo o planejamento da sucessão para a melhor perenização do acervo do espólio (MADALENO, 2014, p.190).

É preciso ressaltar que nem sempre a sucessão acontece de forma pacífica. Em alguns casos, a pessoa que é dependente dessa herança encontra-se em alguma situação de falta de recursos e precisa ser amparada pela sucessão, no entanto, o valor fica retido muitas vezes pelo processo estar ainda na justiça. Com o passar do tempo percebe-se que as coisas vêm perdendo o valor. Assuntos com a temática da morte envolve sentimentos como o medo, angústia, tristeza, solidão e até mesmo um vazio existencial. Hironaka (2019) destaca que o planejamento sucessório tem sido discutido como uma forma de instrumento preventivo para evitar conflitos familiares entre os herdeiros. Bannura (2017, p.10) indaga: "O planejamento sucessório se inicia por uma decisão de cunho filosófico: o que vou fazer com o meu patrimônio?" Quando a relação entre os componentes da família é constituída de harmonia, então é possível decidir de forma imediata e tranquila para onde irá o patrimônio do falecido.

2.1 Formas de sucessão: legítima e testamentária

O planejamento sucessório pode ser conferido de algumas formas, podendo ser: por inclusões, exclusões, restrições; o autor ainda destaca que pode ser por um planejamento sucessório sobre a parte disponível que envolve exclusão ou restrições (BANNURA, 2017). Oliveira (2015, p.18) ainda destaca o método *holding* que parece ser, aos olhos de muitos teóricos, como

uma doutrina que deve ser adotada pessoalmente ou juridicamente por todo aquele que tem um patrimônio

[...] representar o acionista controlador no comando das empresas de sociedades; anônimas de capital aberto, as quais são caracterizadas atualmente, por extrema complexidade; simplificar as soluções referentes a patrimônios, heranças e sucessões; familiares, através do artifício estruturado e fiscal de uma empresa holding; atuar como procuradora de todas as empresas do grupo empresarial junto à órgãos do governo, entidades de classe e, principalmente instituições; financeira, reforçando seu poder de barganha e sua própria imagem; facilitar a administração do grupo empresarial, especialmente quando se considera uma holding autêntica; facilitar o planejamento fiscal e tributário; otimizar a atuação estratégica do grupo empresarial, principalmente na consolidação de vantagens competitivas reais, sustentadas e duradouras.

A sucessão legítima é compreendida como aquela proferida pela lei através da ordem de vocação hereditária, em que há a preferência dos herdeiros, a qual chamamos de herança. Ocorre quando autor da herança falece *ab intestato*, ou seja, quando não é deixado testamento com suas declarações de última vontade (MENIN, 2014).

Acerca do termo, Gonçalves (2009, p. 3), indica que

Morrendo a pessoa sem testamento (*ab intestato*), transmite-se a herança a seus herdeiros legítimos (art.178840), expressamente indicados na lei (art. 1829)41, de acordo com uma ordem preferencial (ordem da vocação hereditária). Por essa razão, diz-se, que a sucessão legítima representa a vontade presumida do de cujus de transmitir o seu patrimônio para as pessoas indicadas na lei, pois teria deixado testamento, se outra fosse sua intenção.

No entendimento de Gomes (2020) a sucessão legítima é a mais difundida no Brasil, considerando que se trata de uma forma simplificada de sucessão e é mais conhecida pela

40 **Art. 1.788.** Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo (BRASIL, 2002).

41 **Art. 1829.** A sucessão legítima defere-se na seguinte ordem: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1640, parágrafo único), ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares – Correspondente ao art. 1603, I, Cód. Civil/1916) (BRASIL, 2002).

sociedade, em geral. De modo genérico, é compreendida pela sucessão ocorrida mediante morte do indivíduo e vista como uma forma simples de transmissão da herança.

Nesse contexto, outro tipo de sucessão pode ser discutido, que é a sucessão testamentária, ou seja, quando o autor falecido deixa registrada em testamento a sua vontade:

A sucessão testamentária dá-se por disposição de última vontade. Havendo herdeiros necessários (ascendentes, descendentes ou cônjuges), o testador só poderá dispor da metade da herança (art. 1789/42), pois, a outra constitui a legítima, àqueles assegurada no art. 1846/43; não havendo, plena será a sua liberdade de testar, podendo afastar da sucessão os herdeiros colaterais (art. 1850/44). Se for casado no regime da comunhão universal de bens, o patrimônio do casal será dividido em duas meações, e só poderá dispor em testamento integralmente, da sua, se não tiver herdeiros necessários, e da metade ($\frac{1}{4}$ do patrimônio do casal), se os tiver (GONÇALVES, 2009, p. 4).

Esse é um tipo de sucessão mesmo que seja considerado antigo, ainda é geralmente desconhecido e pouco utilizados, uma vez que tem determinados requisitos para a sua confecção e justamente por serem pouco conhecidos pela população, de modo geral, é dificilmente compreendido e considerado complexo. Acerca desses requisitos, Azevedo (2019, p. 60)

O testamento público é lavrado pelo tabelião, contendo as últimas vontades do testador na presença desse tabelião e de duas testemunhas desimpedidas. No art. 1.864/45 do CC, estão os requisitos essenciais do testamento público. Deve ser escrito pelo tabelião ou por seu substituto legal, em seu livro de Notas, de acordo com as declarações do testador, que pode valer-se de minuta, notas ou apontamentos (inciso I)⁴⁶ essa minuta é válida, quando entregue ao tabelião, mesmo que o testador não dite sua vontade, reconheceu o Supremo Tribunal Federal. Depois de lavrado o instrumento deve ser lido em voz alta pelo mesmo tabelião ao testador e às duas testemunhas, a um só tempo; ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial (inciso II)⁴⁷. Após, deve ser esse

42 **Art. 1.789.** Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança (BRASIL, 2002).

43 **Art. 1.846.** Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima (BRASIL, 2002).

44 **Art. 1.850.** Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar (BRASIL, 2002).

45 **Art. 1.864.** São requisitos essenciais do testamento público:

46 **I** - ser escrito por tabelião ou por seu substituto legal em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador, podendo este servir-se de minuta, notas ou apontamentos;

47 **II** - lavrado o instrumento, ser lido em voz alta pelo tabelião ao testador e a duas testemunhas, a um só tempo; ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial; [...] (BRASIL, 2002).

instrumento assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião. Arremata o parágrafo único desse artigo que esse testamento pode ser escrito manualmente ou mecanicamente, ou pela inserção da declaração de vontade em partes impressas de Livro de Notas, desde que rubricadas todas as páginas pelo testador, se mais de uma. esses requisitos, como diz a lei, são essenciais e não podem faltar no negócio, sob pena de nulidade.

Conforme Gomes (2020), esses requisitos, ainda que pareçam complexos, são na verdade, corriqueiros e necessários para que haja a sucessão da forma testamentária. É um ato, contudo, que precisa ocorrer de forma unilateral, ou seja, decidido, definido por uma única parte, que é o autor e isso independe da aceitação ou não do(s) herdeiro(s) ou conjugado com demais pessoas. Caracteriza-se por ser um ato personalíssimo, não pode ser substituído por terceiro, feito em conjunto, é levado a termo de forma individual e exclusiva.

2.2 Da Sucessão Premeditada: da Holding Familiar

A chamada sucessão premeditada é geralmente preparada com bastante cautela e pode ser testada, examinada, uma vez que autor terá essa oportunidade e assim, escolherá a pessoa adequada para a sucessão. Nesse sentido, é permitido o preparo do sucesso para que este assuma os negócios, havendo maior atenção para os possíveis descuidos e aumentando a proteção dos interesses da família. A esse tipo de sucessão, é o que chamamos de holding familiar (BAZI, 2019).

[...] a partir da sucessão premeditada, que aparece a figura de uma holding familiar. O indivíduo passa então, a gerir de forma estratégica o patrimônio de um grupo de pessoas da mesma família, com a ajuda de sócios, que farão isso de forma deliberada. É através desse instrumento, que o particular poderá preparar com exatidão o percurso que percorrerá seu patrimônio depois de sua morte, de forma mais simples e eficaz que o comum, além de protegê-lo de terceiros (BAZI, 2019, p. 2).

No entendimento de Machado (2017), a sucessão premeditada não causa surpresas, uma vez que ela pode ser preparada, executada com tempo e cuidado, e através dela é possível preparar adequadamente o sucesso para seja assumido o comando dos negócios da família.

2.3 Das Vantagens e Desvantagens da Holding na Visão Sucessória

O planejamento sucessório vai ter como finalidade facilitar o processo da sucessão dos bens. Esse meio será intermediado por um corpo jurídico responsável e confiável sem envolvimento e opiniões de terceiros. É importante destacar que nem sempre o desejo daquele que faz o testamento é do agrado dos herdeiros e aí entra um ponto interessante de ser observado, afinal de contas, o testamento faz parte do planejamento sucessório. É importante observar que “os herdeiros necessários (art. 1829 do Código Civil) e os legatários (art. 1839 do CC), na sucessão testamentária haverá a primazia da última vontade [...]” (FRATTARI; CANELA, 2021, p. 116).

Convém lembrar que mediante um bom planejamento sucessório é possível repartir o patrimônio aos herdeiros da melhor forma possível, além de ser possível pagar menos impostos a depender das estratégias que serão abordadas. Ao analisar o conceito da palavra herdar no conceito de direito pode se referir, de acordo com Tartuce (2021) como algo que pode ser feito em morte ou em vida, sendo parcial ou completo.

O planejamento pode ser visto das holdings familiares como uma empresa que foi criada justamente para administrar os patrimônios de uma pessoa de determinada família. O holding familiar é caracterizado como uma empresa que é criada onde os familiares são os sócios e pode ser dada a continuidade da empresa mesmo após o falecimento do sócio majoritário que em muitos casos é o pai.

No entendimento de Babbulin (2022, *online*)

- (1) a possibilidade de diminuição de conflitos familiares: A criação da *holding* patrimonial familiar garante que as questões familiares sejam isoladas das questões patrimoniais, separando eventuais conflitos internos;
- (2) profissionalização da atuação dos sócios: todos os herdeiros adquirem a mesma posição na sociedade, a de sócios. A receita da pessoa jurídica será composta exclusivamente pela distribuição de lucros e juros sobre o capital próprio, independente da função desempenhada de cada sócio, sendo que a participação nos resultados se fará de acordo com a participação no capital social da *holding*;
- (3) proteção contra terceiros: todos os bens e participações societárias passam para a propriedade da holding patrimonial familiar, evitando que sejam atingidos diretamente por eventuais processos judiciais ou credores;
- (4) resguardo contra insucesso de relacionamentos amorosos;
- (5) estruturação e concentração da atividade empresarial: a *holding* patrimonial familiar tem maior facilidade de administração dos bens e/ou de um grupo de sociedade diante da centralização. A *holding* sendo a proprietária dos bens e controladora, aumentará o poder de negociação com órgãos governamentais e instituições financeiras.

Outro ponto importante do plano sucessório são os benefícios da constituição de uma holding familiar, principalmente a redução da carga tributária. A redução do ITCMD é possível dependendo da estratégia escolhida. Isso porque a redução dos impostos pagos também contribui para a preservação do patrimônio do herdeiro (BABBULIN, 2022).

Corroborando, ainda, com as descrições das vantagens da holding familiar, tem-se os benefícios provenientes desta para o inventário (TABELA 02).

Tabela 02: Vantagens da holding familiar em relação aos inventários

Eventos	Holding Familiar	Inventário
Tributação da Herança e Doação	4%	4%
Tempo para criação ou tempo do Inventário	30 dias (em média)	05 anos (em média)
Tributação dos Rendimentos	12%	27%
Tributação da venda de Bens Imóveis	5.8%	27%
Sucessão conforme novo Código Civil para casamentos com comunhão parcial de bens	Cônjuge NÃO é herdeiro.	Cônjuge É herdeiro.

Fonte: Orsi & Barreto Consultoria Empresarial.

Para Babbulin (2022), o processo de inventário envolve diversos custos, incluindo honorários advocatícios, honorários processuais, honorários de cartório, além de morosidade e litígio entre as partes. O planejamento patrimonial e o estabelecimento de uma holding devem ser feitos antes da causa da morte, caso contrário, o inventário é obrigatório.

O planejamento sucessório tem seus benefícios não só na questão da organização, mas também da facilitação dos bens. É um instrumento que oferta diversas vantagens e acima de tudo, resguardar os bens com segurança para aquele que se foi e conversar para os herdeiros. Entre as inúmeras vantagens que podem ser citadas em relação a constituição de uma holding familiar, Bazi (2019, p. 3) afirma que:

Essa proteção do patrimônio funciona como uma blindagem, vez que são os sócios presentes na empresa que determinam quem pode entrar e o que se pode fazer com os bens pertencentes ao negócio. Portanto, é um resguardo, contra processos de divórcios, separações não amigáveis e uniões estáveis paralelas ao matrimônio, objetivando defender o patrimônio pessoal contra externalidades. Isso ocorre, pois, o patrimônio da holding não se confunde com o dos sócios (BAZI, 2019, p. 3).

No entendimento de Oliveira (2015), quanto as desvantagens da constituição da holding familiar se configuram através dos seguintes aspectos: econômico-financeiro, administrativo, fiscal-tributário, societários. Aspectos estes, mais bem apresentados na tabela 03.

Tabela 03: Desvantagens da constituição da holding familiar

DESvantagens de um Holding Familiar	
Quanto aos aspectos econômico-financeiros	Não poder usar prejuízos fiscais, o que basicamente ocorre no holding pura.
	Maior carga tributária
	Tributação de ganho de capital na venda de participações nas empresas afiliadas;
	Maior volume de despesas com funções centralizadas na holding
	Imediata compensação de lucros e perdas das investidas pela equivalência patrimonial.
	Diminuição da distribuição de lucros por um processo de sinergia negativa.
Quanto aos aspectos administrativos	Elevada quantidade de níveis hierárquicos.
	Não ter adequado nível de motivação nos diversos níveis hierárquicos.
Quanto aos aspectos legais	Dificuldades em operacionalizar os tratamentos diferenciados dos diversos setores da economia, principalmente pela falta de conhecimento específico da realidade de cada setor; e

**Quanto aos aspectos
societários**

Problemas em operacionalizar as diversas situações provocadas pelas diferenças regionais

Consolidar o tratamento dos aspectos familiares entre quatro paredes, criando uma situação irreversível e altamente problemática.

Quanto à sociedade: devem ser considerados seus aspectos de composição acionária.

Quanto aos aspectos estratégicos: o executivo deve considerar o debate e a consolidação das estratégias de diversificação e de desenvolvimento de negócios.

Quanto aos aspectos administrativos: consideração da estrutura organizacional, aos recursos humanos e aos sistemas de informações gerenciais.

Quanto aos aspectos inerentes aos resultados a serem apresentados: devem ser consideradas as análises de aproveitamento de recursos, os custos e as margens proporcionais.

Quanto às unidades estratégicas ne negócios: considerar suas divisões por empresa, segmento, produto.

Quanto à administração corporativa: considerar a interação e coordenação de diversos negócios.

Fonte: Elaborado pelo autor, adaptado de Oliveira (2015, p. 21-22).

Contudo, ainda conforme o autor, essa interação detalhada e crítica pode possibilitar aos gestores das holdings familiares uma análise estruturada do desenvolvimento de suas empresas.

O planejamento é visto como algo muito importante para a independência financeira e valoriza algo que é muito importante para uma pessoa, o seu patrimônio. Pode-se entender patrimônio como um conjunto de bens, assim como alguns direitos e obrigações. Tudo aquilo que

a pessoa tanto lutou para conseguir para onde ser vai depois que ela se for? A fim de evitar possíveis conflitos familiares existem as formas de prevenção em forma de planejamentos.

Negócios familiares têm crescido no Brasil nas últimas décadas permitindo que haja junção entre duas coisas que deveriam andar distintamente e muitas são movidas por um conselho, segundo Santos (2016, p16):

Um bom exemplo é a criação de um conselho. Empresa familiares que incorporam o conselho de família em sua estrutura se antecipam e resolvem de forma transparente os temas que podem levar a eventuais conflitos, discutindo posições de consenso para todos. Conclui-se, portanto, que o ciclo de vida da empresa está intimamente ligado a sucessão, capacitar e profissionalizar os jovens que demonstram interesse e empreendedorismo para assumirem uma posição de gestão e liderança é a estratégia para garantir a sobrevivência da empresa, bem como a implantação do sistema de Governança na Empresa Familiar (SANTOS, 2016, p.16).

Um planejamento sucessório se constitui como uma ferramenta de extrema importância para que a divisão de bens após a pessoa falecida seja preservada e repartida com segurança. Alguns aspectos precisam ser considerados em relação a quem pretende fazer um planejamento sucessório, como por exemplo quem já tem mais de sessenta anos de idade; pessoas que já tenha uma quantidade considerável de patrimônio acumulado; pessoas que trabalham em profissões de risco.

CONCLUSÃO

É importante destacar que a sociedade contemporânea vive numa competitividade desenfreada, um alto nível de egocentrismo e uma sociedade a cada dia menos igualitária. É relevante então preparar-se para o futuro e estar preparado para qualquer eventualidade que possa acontecer. Direitos, deveres e obrigações é algo que todo mundo sabe, não só na teoria como na prática, no entanto se faz necessário uma intervenção e essa intervenção se dão mediante a um planejamento. É importante também para evitar possíveis conflitos familiares.

Conclui-se que a holding familiar é uma ferramenta de planejamento tributário e familiar, que atua como uma forma de proteção ao patrimônio familiar, que além de facilitar a sucessão dos bens, corrobora para que os ideais dos seus fundadores sejam mantidos. Dentre as suas principais vantagens, pode-se destacar a redução da carga tributária, e a constituição do planejamento sucessório, capaz de sanar futuros desentendimentos, possibilita a passagem dos negócios para as gerações, garantindo, assim, a sua continuidade.

O estudo demonstrou ainda que a constituição de uma holding familiar, fortalece os laços familiares e mantém os negócios funcionando. Ela vê os benefícios de formar uma holding familiar como agrupar membros da família e compartilhar seu capital, o potencial de isenção fiscal, os benefícios de um bom planejamento sucessório e o retorno de capital na forma de lucros e isenções fiscais.

Contudo, diante de todo o exposto, compreende-se que a problemática do estudo fora respondida, bem como, o objetivo atendido. Entende-se que o planejamento sucessório é eficaz em holding familiar, e esse planejamento é altamente necessário para a continuidade e sucesso da empresa. As vantagens do planejamento sucessório são múltiplas, as desvantagens menores, mas que devidamente analisadas possibilitam melhor visão desses detalhes, e conseqüentemente, a resolução dos possíveis problemas que podem surgir.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil/Direito das Sucessões**. Vol.07 - São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BABBULIN, A. P. N. Planejamento sucessório e holding familiar. **Revista Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-mar-20/ana-paula-babbulin-planejamento-sucessorio-holding-familiar>>. Acesso em 01 de novembro de 2022.

BANNURA, Jamil Andraus Hanna. O Uso do testamento como ferramenta de Planejamento Sucessório. **Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam)**, 2017.

BAZI, Anellise Gonçalves et al. HOLDING FAMILIAR: um modelo de planejamento sucessório patrimonial e tributário. **Anais da Jornada Jurídica do Curso de Direito da Universidade Evangélica de Goiás-UniEVANGÉLICA**, v. 2, n. 1, p. 15-19, 2019.

BRITES, E. E. A "Holding" Familiar, como Instrumento de Planejamento Sucessório No Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/85217/a-holding-familiar-como-instrumento-de-planejamento-sucessorio-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em 01 de novembro de 2022.

EIA -Energy Information Administration- Public Utility Holding Company Act of 1935: (1935- 1992). Office of the Administrator U.S. Department of Energy. Washington, DC 20585. January 1993.

FRATTARI, Marina Bonissato; CANELA, Kelly Cristina. O testamento ordinário como alternativa ao planejamento sucessório em tempos de pandemia. **Revista de Direito de Família e Sucessão**, v. 7, n. 1, p. 114-133, 2021.

GOMES, T. O. **Sucessão testamentária e seus aspectos jurídicos**. Trabalho de Conclusão de Curso. Bacharelado em Direito. Universidade de Caxias do Sul. Vacaria, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Sucessões**. Volume 04 – Ed. 11. – São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. Planejamento sucessório: conceito, mecanismos e limitações. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 21, n. 03, p. 87, 2019.

LEMOS Jr, Eloy Pereira; SILVA, Raul Sebastião Vasconcelos. Reorganização societária e blindagem patrimonial por meio de constituição de holding. **Scientia Iuris**, Londrina, v.18, n.2, p.55-71, dez.2014.

MADALENO, Rolf. Planejamento sucessório. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, p. 11-33, 2014.

MANGANELLI, Diogo Luís. Holding familiar como estrutura de planejamento sucessório em empresas familiares. **Revista de Direito**, v. 8, n. 02, p. 95-118, 2016.

MARÇAL, Alba Karoline Matos. Holding familiar: uma alternativa de planejamento tributário e sucessório. Caderno de Administração. **Revista do Departamento de Administração da FEA**, 2020.

OLIVEIRA, Djalma de Pinho. **Holding, administração corporativa e unidade estratégica de negócio**: uma abordagem prática. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2010.

OLIVEIRA, Djalma Pinho Rebouças de. **Holding, Administração Corporativa e Unidade Estratégica de Negócio**. 5ª Ed. Atlas, 2015.

PETRONCINI, Camila et al. **Planejamento sucessório por meio da constituição de holding familiar**. 2018.

PETRY, Erielle Déia et al. Planejamento sucessório a partir da constituição de uma holding: um estudo sobre as vantagens societárias e tributárias. **XVIII CICA**, 2019. Disponível em: <https://www.occ.pt/dtrab/trabalhos/xviicica/finais_site/284.pdf>. Acesso em 08 de outubro de 2022.

SANTOS, Mayra Correa. **Holding familiar**: planejamento sucessório e proteção do patrimônio. 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil** - Direito das Sucessões - v. 6. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021.

A CORRELAÇÃO ENTRE OS FATOS IMPUTADOS E A SENTENÇA PENAL

ALZIRA LINS BENAYON:

Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Fаметro.

RESUMO: O princípio da correlação entre os fatos imputados descreve o objeto da ação penal e a decisão judicial, nesse aspecto as hipóteses para resolução do problema citam o Código Penal e o Código de Processo Penal que estabelece a estrita vinculação entre os fatos imputados na denúncia e os fundamentos da sentença pronunciada pelo juiz, abrindo-se exceção apenas nos casos específicos da *emendatio libelli* e da *mutatio Libelli*. Desta forma, o acolhimento de uma causa de aumento de pena não postulada, se acolhida pelo juiz, estaria fora da *causa petendi*, o que violaria a adstrição entre o pedido e a decisão judicial. Os fundamentos do princípio da correlação entre o pedido e o objeto da decisão no processo penal, mostra o conceito e os requisitos da sentença penal, adiante, explicar os fundamentos do princípio da correlação entre os fatos e a decisão e então verificar a incidência e julgamento das circunstâncias de aumento de pena. A relevância social do problema a ser investigado está vinculada à exata compreensão do princípio constitucional do devido processo legal como garantia fundamental de qualquer litigante, sem falar do direito de defesa dos acusados em geral, que se defendem dos fatos descritos na denúncia, garantindo assim, que durante o processo se houver mudança da relação fática do fato delituoso, deverá ser aberto novamente o prazo para manifestação, garantindo assim o direito constitucional da ampla defesa.

PALAVRAS-CHAVE: correlação entre a imputação e a sentença. *Ementatio libelli*, *Mutatio libelli*, processo penal.

ABSTRACT: The principle of correlation between the imputed facts describes the object of the criminal action and the judicial decision, in this aspect the hypotheses for solving the problem cite the Penal Code and the Criminal Procedure Code that establishes the strict link between the facts imputed in the complaint and the foundations of the sentence pronounced by the judge, making an exception only in the specific cases of the *mendatio libelli* and the *mutatio Libelli*. In this way, the acceptance of a non-postulated cause for increased sentence, if accepted by the judge, would be outside the *causa petendi*, which would violate the constraint between the request and the judicial decision. The fundamentals of the principle of correlation between the request and the object of the decision in criminal proceedings, shows the concept and requirements of the criminal sentence, below, explain the fundamentals of the principle of correlation between the facts and the decision and then verify the incidence and judgment circumstances of increased sentence. The social relevance of the problem to be investigated is linked to the exact understanding of the constitutional principle of due process of law as a fundamental guarantee of any litigant, not to mention the right of defense of the accused in general, who defend themselves against the facts described in the complaint, thus guaranteeing, that during the process, if there is a change in the factual relationship of the criminal fact, the period for manifestation must be opened again, thus guaranteeing the constitutional right of full defense.

KEYWORDS: Correlation between imputation and sentence. Ementatio libelli, Mutatio libelli, criminal procedure.

1 INTRODUÇÃO

Ao pesquisar o princípio da correlação entre o pedido e o objeto da decisão no processo penal, percebeu-se a problemática de uma causa de aumento da pena não postulada, se acolhida pelo juiz na sentença, viola princípio da correlação?

Nesse aspecto as hipóteses para resolução do problema citam o Código Penal e o Código de Processo Penal que estabelece a estrita vinculação entre os fatos imputados na denúncia e os fundamentos da sentença pronunciada pelo juiz, ou seja: o juiz está obrigado a julgar nos limites do pedido, abrindo-se exceção apenas nos casos específicos da *emendatio libelli* e da *mutatio libelli*. Desta forma, o acolhimento de uma causa de aumento de pena não postulada, se acolhida pelo juiz, estaria fora da *causa petendi*, o que violaria a adstrição entre o pedido e a decisão judicial.

Os fundamentos do princípio da correlação entre o pedido e o objeto da decisão no processo penal, mostra o conceito e os requisitos da sentença penal, adiante, explicar os fundamentos do princípio da correlação entre os fatos e a decisão e então verificar a incidência e julgamento das circunstâncias de aumento de pena.

A relevância social do problema a ser investigado está vinculada à exata compreensão do princípio constitucional do devido processo legal como garantia fundamental de qualquer litigante, sem falar do direito de defesa dos acusados em geral, que se defendem dos fatos descritos na denúncia, garantindo assim, que durante o processo se houver mudança da relação fática do fato delituoso, deverá ser aberto novamente o prazo para manifestação, garantindo assim o direito constitucional da ampla defesa.

Desta forma, este projeto pretende citar a correlação que a sentença deve guardar com o fato narrado, é medida que obstaculiza a ocorrência de julgamentos "*citra petita*, *extra petita*, ou *ultra petita*", a impedir qualquer desobediência ao sistema acusatório assumido pela atual Constituição Federal. Logo, a correlação entre os fatos constantes na imputação e na sentença é analisada na doutrina e na jurisprudência como uma relação de identidade. Porém, o conceito de identidade deve ser bem entendido para não tornar inviável a sentença.

O tema já está consolidado na doutrina e na jurisprudência, que, de modo, trata-se de matéria relacionada ao processo penal, no qual vigora o *princípio da correlação* entre a imputação e a sentença, são os fatos narrados na inicial (denúncia ou queixa) devem manter relação lógica com a sentença, visto que assegura a não condenação do acusado por fatos não descritos na peça acusatória, logo, o réu sempre terá a oportunidade de refutar a acusação, exercendo plenamente o contraditório e a ampla defesa", conclui-se que a causa de aumento de pena não pode ser presumida pelo julgador, devendo o fato que a configura estar descrito pormenorizadamente na denúncia ou queixa. Por fim, trata-se de um importante penhor para a defesa penal, essa correlação garante que o réu não seja condenado por uma infração penal sem que tenha tido ciência dos fatos que lhe são imputados.

2 VINCULAÇÃO ENTRE OS FATOS IMPUTADOS E OS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA PRONUNCIADA PELO JUIZ

A sentença penal está prevista nos Arts. 381 ao 393, no título XII, do Código de Processo Penal. A sentença penal deverá observar os procedimentos e requisitos previstos em lei, respeitando os direitos e garantias fundamentais, tais como o direito de defesa e ao princípio penal de que ninguém será punido sem crime previsto em lei e sem o devido processo legal.

Para Lopes Jr. (2020, p. 1397) “as sentenças no processo penal poderão ter eficácia condenatória, absolutória (própria ou imprópria [absolve, mas aplica medida de segurança]) ou declaratória (da extinção da punibilidade)”.

Além disso, Lopes Jr. (2020, p. 1397) “são atos jurisdicionais por excelência, com pleno cunho decisório e que geram prejuízo para a parte atingida. Como regra, o recurso cabível é o de apelação”.

São exemplos as sentenças penais condenatórias, absolutórias, a absolvição sumária (tanto nos procedimentos comuns, ordinário e sumário como também no rito do tribunal do júri, art. 415), e a declaratória da extinção da punibilidade pela concessão do perdão judicial ou prescrição (por exemplo).

O oferecimento da denúncia no processo penal desencadeia a ação penal e permite que se inicie a relação processual, esta irá se completar através da citação do denunciado, conforme o art. 363, alterado pela Lei nº 11.719/08. O Código de Processo Penal estabelece a estrita vinculação entre os fatos imputados e os fundamentos da sentença pronunciada pelo juiz. Nesse sentido, o princípio da correlação refere-se aos fatos narrados na inicial (denúncia ou queixa), os quais devem manter relação lógica com a sentença, visto que assegura a não condenação do acusado por fatos não descritos na peça acusatória. De acordo com Barbosa (2016, p. 01), “O Princípio da Correlação implica na observância da correspondência entre a condenação e a imputação na persecução criminal. Ou seja, este princípio orienta que o fato descrito na peça exordial – queixa ou denúncia – deve guardar estrita relação com o fato objeto da sentença condenatória exarada pelo Estado-Juiz”.

Nesse diapasão, deve haver uma relação entre os fatos contidos na exordial e a sentença penal, sendo uma das mais relevantes garantias de defesa de direitos. É o que leciona Mirabete (2003, p. 979), senão vejamos:

Deve haver uma correlação entre a sentença e o fato descrito na denúncia ou na queixa, ou seja, entre o fato imputado ao réu e o fato pelo qual é ele condenado. Esse princípio da correlação entre a imputação e a sentença representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa e qualquer distorção, sem observância dos dispositivos legais cabíveis, acarreta a nulidade da decisão. Não pode o juiz, assim, julgar o réu por fato de que não foi acusado (extra petita ou ultra petita) ou por fato mais grave

(*in pejus*), proferindo sentença que se afaste do requisitório da acusação. Também é nula a sentença quando o Juiz não se manifesta, na sentença, sobre um dos ilícitos descritos na peça inaugural (decisão *citra petita*).

Como visto, ao proferir uma sentença, o magistrado deverá consolidar seu julgamento com base no que consta na peça acusatória. A inobservância do princípio da correlação entre os fatos imputados e a sentença penal por parte do julgador pode gerar nulidade da decisão, uma vez que o processo penal visa a solução de um determinado litígio, no qual o Juiz como titular da jurisdição e órgão imparcial de aplicação da lei, deverá resguardar o requisito da congruência necessária entre pedido e o decidido, ou seja, o fato imputado deverá guardar perfeita correspondência com o fato reconhecido pelo juiz na sentença. Senão vejamos nossa jurisprudência pátria:

PENAL. APELAÇÃO. FURTO TENTADO. CONDENAÇÃO POR FURTO CONSUMADO. RECURSO DEFENSIVO. Pretendida, em preliminar, nulidade da sentença, por violação ao princípio da correlação. No mérito, redução da reprimenda, inclusive com fixação de regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Preliminar cabível, prejudicado mérito. Réu denunciado pelo crime de furto tentado. Sentença que condenou pelo crime consumado. Preliminar de nulidade de sentença acolhida, por inobservância do princípio da correlação, no qual o fato imputado ao réu na denúncia deve guardar perfeita correspondência com o fato reconhecido pelo juiz na sentença, sob pena de grave violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Decretação da nulidade do édito condenatório, em virtude de ter ocorrido julgamento "extra petita", para que outra seja proferida. Provimento. (TJ-SP 00096581020128260590 SP 0009658-10.2012.8.26.0590, Relator: Alcides Malossi Junior, Data de Julgamento: 28/09/2017, 8ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 29/09/2017).

Destarte, o princípio supramencionado representa no sistema penal uma das mais importantes garantias ao acusado, visto que descreve balizas para a prolação do édito repressivo ao dispor que deve haver correspondência entre o fato imputado ao réu e a sua responsabilidade penal.

2.1 A Correlação entre a acusação e sentença se dá entre a causa de pedir e o preceito condenatório

Desta feita, o princípio da correlação entre a imputação e a sentença, se referem ao fato que devem manter relação lógica com a sentença, visto que assegura a não condenação do acusado por fatos não descritos na peça acusatória, logo, o réu sempre terá a oportunidade de refutar a acusação, exercendo plenamente o contraditório e a ampla defesa".

Nesse sentido, cumpre destacar que a sentença deve guardar consonância com o fato delituoso descrito na denúncia ou queixa, não podendo dele se afastar. De acordo com Brasileiro (2020, p. 1657):

É vedado ao juiz julgar extra petita, ou seja, fora do pedido – v.g., reconhecendo a prática de outro crime, cuja descrição fática não conste da peça acusatória –, nem tampouco ultra petita, leia-se, além do pedido – por exemplo, reconhecendo qualificadora não imputada ao acusado –, sob pena de evidente afronta ao princípio da ampla defesa, do contraditório e, até mesmo, ao próprio sistema acusatório.

Assim, a correlação garante que o réu não seja condenado por uma infração penal sem que tenha tido ciência dos fatos que lhe são imputados. Quando respeitada a correlação entre a denúncia e a sentença, há, respeito ao contraditório e à ampla defesa. Diferentemente, a falta de observância da correlação pode gerar a nulidade da sentença, conforme Silva, (2010, p.300), leciona:

A correlação entre a acusação e sentença se dá entre a causa de pedir e o preceito condenatório. Isto porque, no Processo Penal, admite-se apenas um pedido, o de condenação, não sendo ofício do Ministério Público estabelecer, definitivamente, o tipo penal ao qual se amolda a conduta descrita na denúncia. A tipificação realizada pela acusação serve para estabelecer, inicialmente, o procedimento a ser adotado e a competência do juízo.

Acerca do tema sob análise já está consolidado na doutrina e na jurisprudência, também chamado de princípio da congruência, este representa uma das mais pertinentes garantias do direito de defesa do acusado descritos na peça acusatória, assim, o réu sempre terá a oportunidade de afirmar o contrário da acusação, exercendo o contraditório e a ampla defesa. Senão vejamos:

RECURSO ESPECIAL. DESENVOLVIMENTO CLANDESTINO DE ATIVIDADES DE TELECOMUNICAÇÃO. ART. 183 DA LEI 9.472/1997. CAUSA DE AUMENTO APLICADA NA SENTENÇA SEM A CORRESPONDENTE DESCRIÇÃO NA PEÇA ACUSATÓRIA. AUSÊNCIA DE DELIMITAÇÃO DO SUPOSTO DANO CAUSADO A TERCEIRO NA DENÚNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. PENA REMANESCENTE ESTABELECIDADA EM 2 (DOIS) ANOS DE DETENÇÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.

1. O princípio da correlação entre acusação e sentença, também chamado de princípio da congruência, representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa, visto que assegura a não condenação do acusado por fatos não descritos na peça acusatória, é dizer, o réu sempre terá a oportunidade de refutar a acusação, exercendo plenamente o contraditório e a ampla defesa.

2. A causa de aumento de pena deve estar devidamente descrita na denúncia ou no aditamento à denúncia para que possa ser reconhecida

pelo juiz na sentença condenatória, sob pena de cerceamento de defesa. 3. No caso dos autos, a despeito de ter sido aplicada a causa de aumento prevista no preceito secundário do art. 182 da Lei nº 9.472/97, percebe-se da denúncia que em nenhum momento foi narrado o suposto dano causado pela conduta dos recorrentes, evidenciando a violação ao princípio da correlação.

4. Considerando a pena estabelecida, após a exclusão da causa de aumento, verifica-se a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, visto que transcorridos mais de 4 (quatro) anos desde a publicação da sentença condenatória.

5. Recurso provido para excluir a causa de aumento fixada na sentença, declarando a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

No mesmo sentido está a Quinta do STF, vejamos:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. A causa de aumento de pena não pode ser presumida pelo julgador, devendo o fato que a configurar estar descrito pormenorizadamente na denúncia ou queixa. O princípio da correlação entre acusação e sentença, também chamado de princípio da congruência, representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa, visto que assegura a não condenação do acusado por fatos não descritos na peça acusatória. É dizer, o réu sempre terá a oportunidade de refutar a acusação, exercendo plenamente o contraditório e a ampla defesa. É certo que, a teor do disposto no art. 383 do CPP, o acusado se defende dos fatos que lhe são atribuídos na denúncia ou queixa, e não da capitulação legal, razão pela qual o juiz poderá, sem modificar a descrição fática, atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que tenha de aplicar pena mais grave. Contudo, o fato que determina a incidência do preceito secundário da norma penal deverá estar descrito na peça acusatória, com o objetivo de viabilizar o contraditório e a ampla defesa. Autorizar a presunção de causa de aumento de pena, sem qualquer menção na exordial, configura inversão do sistema de ônus da prova vigente no ordenamento processual, visto que seria imposto à defesa o dever de provar a inexistência dessa circunstância, e não à acusação o ônus de demonstrá-la. Precedentes citados: HC 149.139-DF,

DJe 2/8/2010; HC 139.759-SP, DJe 1º/9/2011. REsp 1.193.929-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 27/11/2012.

Cumpra destacar sobre a causa de aumento de pena, esta deve estar descrita na denúncia ou no aditamento à denúncia para seja reconhecida pelo juiz na sentença condenatória, sob pena de cerceamento do direito de defesa. Desta forma, o acolhimento de uma causa de aumento de pena não postulada, se acolhida pelo juiz, estaria fora da *causa petendi*, o que violaria a adstrição entre o pedido e a decisão judicial. Deste modo, para que se compreenda a causa de aumento de pena não postulada e nem descrita na denúncia, se faz necessário citar exemplos gerados no dia a dia, bastante simples. Conforme Brasileiro (2020, p. 1665):

Em sala de aula, costumamos trabalhar com um exemplo bastante simples: denúncia oferecida pelo Ministério Público imputa ao acusado a prática do crime de furto simples, corretamente classificado pelo Parquet no art. 155, caput, do Código Penal. Durante o curso da instrução probatória, todavia, ofendido e testemunhas são uníssonas em afirmar que, durante a subtração, teria havido o emprego de violência, elementar do crime de roubo (CP, art. 157) que não teria constado da peça acusatória. Nesse caso, é evidente que o juiz não pode, de imediato, proferir sentença condenatória pelo crime de roubo, por mais que esteja convencido quanto ao emprego de violência. Ora, como se entende que, no processo penal, o acusado defende-se dos fatos que lhe são imputados na peça acusatória, se lhe foi imputada originariamente a prática do crime de furto simples, e se não houve qualquer aditamento à peça acusatória, não pode o juiz querer condená-lo pela prática de um crime de roubo.

Como visto, é extremamente relevante observar o princípio da correlação entre acusação e sentença, pois dará ensejo ao reconhecimento de nulidade absoluta, se inobservado haverá violação a preceitos constitucionais como os do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal.

Tem-se, portanto, que o princípio da correlação entre o pedido e a sentença, absolutória ou condenatória, em sede de processo penal, há de se arrimar na causa petendi, isto é, no caso penal trazido a juízo, consistente na imputação da prática de determinada conduta, comissiva ou omissiva, que configure específica modalidade (tipo) delituosa.

Diante ao caso em tela, segundo Pacelli, (2020, p.803) existem dois pontos importância que interferem diretamente no exame da matéria, a saber: o princípio da vedação da revisão *pro societate*, a impedir nova instauração de persecução penal que tenha como objeto o mesmo fato anteriormente decidido e, como antecedente necessário, a coisa julgada penal. Para que se assegure atual correlação entre o que foi decidido e o que foi imputado, para conclusões da construção da certeza jurídica sobre a qual irão se estender os efeitos e as consequências da coisa julgada, impõe-se o exame de duas providências peculiares ao processo penal, versadas como

emendatio libelli e *mutatio libelli*, ambas direcionadas à adequação do fato imputado ou imputável ao direito aplicável. Vejamos abaixo:

2.2 *Emendatio libelli*

Vejamos, o artigo 383 do Código Processo Penal, que estabelece a *emendatio libelli*:

Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

§ 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei.

§ 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos.

Para Lopes (2023 p.1409), é importante destacar que a *emendatio libelli* não se ocupa somente em fatos novos, nascidos na instrução, porém, de fatos que agregam a acusação e que devem ser objeto de uma transformação na definição jurídica. Um segundo problema está na junção do conceito (descrição do) *fato* e a possibilidade de o juiz atribuir-lhe definição jurídica diversa.

Dessarte, não se pode mais fazer uma leitura superficial do art. 383 do CPP e, principalmente, desconectada da principiologia constitucional. É elementar que o réu se defende do fato e, ao mesmo tempo, incumbe ao defensor, também, debruçar-se sobre os limites semânticos do tipo, possíveis causas de exclusão da tipicidade, ilicitude, culpabilidade, e em toda imensa complexidade que envolve a teoria do injusto penal. É óbvio que a defesa trabalha – com maior ou menor intensidade, dependendo do delito – nos limites da imputação penal, considerando a tipificação como a pedra angular em que irá desenvolver suas teses. Mencionou Lopes (2023, p.1411)

Segundo Lopes (2023 p.1411), o conceito de *fato* para o Direito Penal e para o processo penal também é relevante, pois:

O fato para o direito processual penal confunde-se com o fato concreto, ou seja, aquele acontecimento da vida, real e indivisível; O fato para o Direito Penal relaciona-se com o tipo penal abstrato, ou seja, aquela descrição hipotética feita pelo legislador e que constitui o tipo penal.

Excepcionalmente, o *sensu comum teórico* segue afirmando que o réu se defende dos fatos, de modo que a *emendatio libelli* seria uma mera correção na tipificação, que o juiz poderia fazer nos termos do art. 383 sem qualquer outra preocupação.

Vejamos o que diz a jurisprudência:

EMENTA: ROUBO NÃO CAPITULADO EM DENÚNCIA - CONDUTA INFRACIONAL DESCRITA NA PEÇA ACUSATÓRIA - EMENDATIO LIBELLI EM SEGUNDA INSTÂNCIA - POSSIBILIDADE. -Há de se dar provimento aos embargos declaratórios para reconhecimento de mais um delito de roubo praticado pelos embargados, estando descrita na exordial acusatória o desapossamento de celular pertencente a uma das vítimas, sendo possível à segunda instância proceder à emendatio libelli consoante orientação jurisprudencial majoritária. (TJ-MG - ED: 10452140037964002 MG, Relator: Matheus Chaves Jardim, Data de Julgamento: 12/11/2015, Data de Publicação: 23/11/2015)

De certo, a sentença que possa considerar a capitulação do delito, dispositivos penais diversos que podem conter na denúncia, ainda que tenha de aplicar pena mais ajuizada, podemos perceber que no caso não existe uma *emendatio libelli*, porém ocorre uma corrigenda da peça acusatória (*emendatio libelli*). Porquanto se o fato contado na denúncia, o juiz poderá dar-lhe na sentença definição jurídica diversa, inclusive quanto às circunstâncias da infração penal. o Réu se defenderá daqueles fatos e não de sua capitulação inicial. Podem ser reconhecidas então qualificadoras, causas de aumento de pena, evidentemente com aplicação de pena mais grave ou até mesmo por outro crime, e perderá sua força inicial. Segundo Mirabete (2003, p. 982).

Nesse ensejo, percebe-se que o juiz está obrigado a julgar nos limites do pedido, abrindo-se exceção apenas nos casos específicos da *emendatio libelli* e da *mutatio Libelli*. *Tais institutos estão previstos nos artigos 383 e 384, do título XII, do capítulo que trata da sentença, ambos do Código de Processo Penal: "IN VERBIS"*

Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

O campo de incidência do art. 384 é distinto daquele previsto para o art. 383, pois aqui existe um fato processual novo, ou seja, nenhuma dúvida ou discussão se estabelece em torno do binômio fato penal/fato processual ou, ainda, questões de fato e questões de direito.

Essa distinção será útil para analisar-se em que medida é possível a alteração do fato, sem que isso conduza a uma mutação da pretensão acusatória (objeto do processo penal).

Ainda conforme:

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO. PRESCRIÇÃO RETROATIVA PRÉ-PROCESSUAL. INADMISSIBILIDADE. FATOS APÓS LEI N. 12.234/2010. MÉRITO. ANIMUS FURANDI. AUSÊNCIA. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. CONFIGURAÇÃO. EMENDATIO LIBELLI EM SEGUNDA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA. REFORMATIO IN PEJUS. 1. Se os fatos ocorrerem após a alteração trazida pela Lei n. 12.234/2010 no § 1º do art. 110 do Código Penal, não há que se falar em prescrição retroativa antes da denúncia ou queixa. 2. Verificando que a capitulação no delito de furto não se ajusta ao narrado na exordial nem com o que foi apurado no curso da ação penal, pois o acusado se apropriou de coisa alheia móvel, confiada ao agente pelo próprio ofendido, incide o tipo penal previsto no art. 168 do CP e é cabível a emendatio libelli em 2ª Instância, conforme assegura o art. 617 do CPP, notadamente por não incorrer em reformatio in pejus, tendo em vista a pena de ambos os delitos serem equivalentes. (TJ-RO - APL: 00030439320138220003 RO 0003043-93.2013.822.0003, Data de Julgamento: 20/03/2019, Data de Publicação: 05/04/2019)

Segundo a jurisprudência:

RECURSO DO MP VISANDO 'A CONDENACAO POR ROUBO. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE CRIME MENOS GRAVE. 'EMENDATIO LIBELLI' E SEGUNDA INSTANCIA. FURTO QUALIFICADO PELA FRAUDE E ESTELIONATO. DIFERENCA. Se o Ministério Público recorre de sentença que condenou a re' por estelionato visando 'a sua condenacao por roubo, nos termos do que propos na denuncia, e' possivel 'a segunda instancia,'a vista dos fatos descritos expressamente na denuncia, alterar a definicao juridica da sentença, ainda que isso importe em apenar a acusada mais gravemente. Assim o permitem o artigo 617 do CPP e, a 'contrario sensu', a Sumula 453 do STF. Dessa providencia nao decorre qualquer cerceamento de defesa nem constitui 'reformatio in pejus', porque o reu se defende dos fatos narrados na denuncia e nao da classificacao ali proposta. A regra do artigo 383 do CPP. Embora tenham em comum um meio artiloso empregado para iludir a vitima, os crimes de estelionato e de furto mediante fraude se distinguem pelo comportamento do lesado em consequencia do embuste: no estelionato, a vitima concorda com o agente em razao do ardil e lhe entrega a coisa, porque viciado o seu consentimento, enquanto que no furto fraudulento o lesado tem comprometida a sua atencao sobre a coisa pela ação artilosa do agente, com a qual nao concorda, ficando facilitada a retirada desses bens pelo furtador. A licao de WEBER MARTINS BATISTA. (TJ-RJ - APL: 199705062259 RJ 1997.050.62259, Relator: Des. RICARDO SILVA DE BUSTAMANTE, Data de Julgamento: 16/12/1997, SEGUNDA CAMARA)

2.3 Mutatio libelli

Na *mutatio libelli*, o que ocorre não é a simples alteração do elemento subjetivo da conduta, mas a imputação da ocorrência de novo fato. A espécie de desclassificação que dela surge não decorre também de simples juízo de adequação do fato à norma, mas, repetimos, de nova imputação fática. A regra da *mutatio libelli* apresenta duas características essenciais, no âmbito dos atos judiciais. Conforme dito pelo Pacelli (2020 p.809).

Já vimos que a denúncia ou queixa poderão ser aditadas pelos respectivos autores, lembrando que, em relação ao querelante, será preciso observar-se o prazo decadencial. E desse aditamento poderá resultar nova imputação, se outro for o fato

narrado no aditamento, ou novos réus, se for nesse sentido a inclusão procedida. Em

tais situações, o prazo de instrução, incluindo a apresentação de resposta escrita, deverá ser inteiramente reaberto, com modificação, também, da data de interrupção da prescrição. Dito por Pacelli (2020, p. 811).

Cumprir destacar que a Lei nº 11.719/08 trouxe modificações atinentes à *mutatio libelli*, assim, não se trata apenas da conduta delituosa, mas também do surgimento de um fato diverso, que não tenha sido examinado durante a instrução processual, para poder dar outro rumo ao resultado da ação penal. Nesse sentido, Badaró, (2000, p. 188-190) leciona:

Há que se fazer uma distinção entre o fato novo e o fato diverso. Pela redação do art. 384, o que pretende o legislador é garantir o aditamento na hipótese de fato diverso, assim entendido como a circunstância que guarda relação com o fato originariamente imputado. No fato novo, há uma integral dissociação do fato inicialmente imputado, não sendo, pois, caso de aditamento, mas sim de deflagração de uma nova ação penal.

Conforme ainda, o artigo 384 do CPP:

Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

Com o advento da Lei n. 11.719/2008, teve uma intensa alteração na sistematização do art. 384 do CPP, de maneira especial na correção de um erro histórico que atribuía ao juiz a invocação do Ministério Público. Após, consertada esse equívoco, incumbe exclusivamente ao acusador proceder a *mutatio libelli*, em que pese a previsão contida no § 1º, de que o juiz poderá aplicar o art. 28, enviando o feito ao procurador-geral caso o promotor fique inerte.

Porém, conforme aplicação do art. 28, na prática poderá ser complexa e burocrática e não se revela, destreza, uma boa solução. Diante ao caso, pouco será empregada, ademais, são

raríssimos os casos em que os juízes, ao receber o pedido de arquivamento, disseminam o art. 28 do CPP. Por tanto, o parágrafo primeiro desvenda matéria inconstitucional, pois desponta a infração das regras do sistema acusatório com a utilização do art. 28 do CPP. No mesmo sentido, GIACOMOLLI afirma que o art. 384, § 1º, do CPP não encontra suporte constitucional e há indevida utilização do art. 28 do CPP quando o magistrado o utiliza para fazer um alargamento da acusação. Dito por Pacelli (2020, p. 812)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. DECISÃO DE PRONÚNCIA. MUTATIO LIBELLI. INOBSERVÂNCIA AO ART. 384 DO CPP. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. Necessário o aditamento da peça acusatória, nos termos do art. 384 do CPP, quando surgir, no curso do processo, novo delineamento fático não contido na inicial. 3. No caso, no decorrer da instrução, restou apurado que o paciente saiu da condição de partícipe da tentativa de homicídio para a de executor do injusto penal. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para anular a decisão de pronúncia no que se refere à imputação do art. 121, § 2º, I e IV, c/c o art. 14, II, do Código Penal, tendo em vista a ausência de aditamento da peça acusatória após apurada mudança fática, devendo ser observado o trâmite do art. 384 do Código de Processo Penal. (STJ - HC: 186904 SP 2010/0183989-0, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 02/12/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/12/2014)

2.3.1 *Mutatio libelli* sem aditamento

A *Mutatio Libelli* está prevista no artigo 384, do Código de Processo Penal. O seu caput prevê sobre a hipótese sem aditamento, IN VERBIS:

Art. 384. Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de 8 (oito) dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas”.

Assim, caso o magistrado verifique que os fatos criminosos imputados são diferentes dos descritos na exordial, cabe a ele proceder em conformidade com o art. 384, conforme supracitado.

Para Mirabete (2003, p. 289) “esta ocorrerá caso durante a instrução do processo se colham provas de que existem elementos essenciais de tipo penal, cujo a lei denomina de circunstâncias elementares”.

2.3.2 *Mutatio libelli* com aditamento

Nesta hipótese, ocorre uma modificação no plano fático e na tipicidade da conduta, pode ocorrer que o juiz, diante das provas exaradas nos autos, deva aplicar a pena mais gravosa do que a que resulta da imputação inicial.

Desse modo, para Siqueira (2002) “o magistrado verifica que a pena da nova imputação *in abstracto* supera os limiões da anterior, portanto, importando em obrigatória abertura de vistas ao Ministério Público ou ao particular para que adite a denúncia/queixa”.

Por tanto, neste caso o delito será mais grave, conseqüentemente a pena mais alta, severa, e assim adequar a previsão típica apresentada na instrução. Desse modo, o juiz deixará o autor da ação penal modificar a inicial, formando a verdade real apurada na instrução criminal, adequando o liame entre objeto da sentença e o pedido da ação penal.

2.3.3 *Mutatio libelli* em segundo grau

De acordo com a Súmula n 453, do STF, “não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do CPP, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida explícita ou implicitamente na denúncia ou queixa”.

3 CONCLUSÃO

O princípio da congruência determina que a sentença esteja ligada ao fato imputado, não podendo dele evitar. Pois estar relacionada ao processo penal, no qual vigora o princípio da correlação entre a imputação e a sentença. Ou seja, os fatos narrados na inicial (denúncia ou queixa) devem manter relação lógica com a sentença. Com a finalidade de alcançar o mencionado postulado normativo, é dado ao juiz dois instrumentos: a emendatio e a mutatio. Logo, diz-se que o objeto da sentença deve ser o mesmo da imputação. Em sendo assim, ela não pode conter fatos alheios aos acusados ou que dela não façam parte.

A emendatio libelli e mutatio libelli são institutos do direito processual penal incidentes na inicial acusatória, cujo efeito implica na alteração da classificação delitiva, seja por erro silogístico ou na narrativa fática. Sendo assim, os institutos podem ser diferenciados através de seus fatos, emendatio libelli não se ocupa de fatos novos, surgidos na instrução, mas sim de fatos que integram a acusação e que devem ser objeto de uma mutação na definição jurídica.

Já a mutatio Libelli ocorre quando o fato narrado inicialmente não for observado no âmbito da instrução processual. Tal aditamento competirá exclusivamente ao autor da ação penal e uma vez mudada a acusação, deve ser concedido nova prazo para apresentação de defesa, pois os fatos mudaram.

Ademais a sentença penal deverá observar os procedimentos e requisitos previstos em lei, respeitando os direitos e garantias fundamentais, tais como o direito de defesa e ao princípio penal de que ninguém será punido sem crime previsto em lei e sem o devido processo legal.

Porém se houver uma causa de aumento da pena não postulada, se acolhida pelo juiz na sentença, violará o princípio da correlação, caso isso não ocorra, todavia, podemos ter sentenças com os julgamentos citra petita, extra petita ou ultra petita.

Nesses casos, em virtude da colisão com o princípio da ampla defesa, haverá nulidade da decisão. No entanto, em sendo a sentença ultra petita e sendo possível a supressão do excesso de julgamento, o Tribunal assim poderá proceder, evitando a realização de um novo (e possivelmente longo) julgamento.

O princípio da correlação entre o objeto da ação penal e a decisão judicial, é de fundamental importância para que se manifeste no término do procedimento, a verdade real dos fatos e possibilitando o juiz fazer uma apreciação justa da imputação condenando ou inocentando sempre respeitando o direito de defesa e o devido processo legal.

4 REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença. São Paulo: RT, 2000. p. 188-190.

BARBOSA, Adriano. Palavra de quem entende: o princípio da correlação no processo penal pátrio. Disponível em: <https://blog.grancursosonline.com.br/palavra-de-quem-entende-o-principio-da-correlacao-no-processo-penal-patrio>>. Acesso: 26 mai. 2022.

BRASIL. Código de Processo Penal de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso: 26 mai. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. São Paulo, 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre>. Acesso em: 01. jun. 2012.

BRASILEIRO, Renato de Lima. Manual de Processo Penal. Volume único. Salvador: Jus Podivm 8. ed., p. 1657-1665, 2020.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal / Fernando Capez. – 19. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. P. 532-537.

LOPES, Aury Júnior. Direito Processual Penal. 17. ed., p. 1397, – São Paulo : Saraiva. Educação, 2020.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código de Processo Penal Interpretado. São Paulo: Atlas 10. Ed., p. 989, 2003.

SILVA, Franklyn Roger Alves. O Princípio da Correlação no Processo Penal à Luz da Lei nº 11.719/08. Rio de Janeiro, 2010.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal / Eugênio Pacelli. – 24. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. p.803-818.

SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti. Do Princípio da Correlação entre o Pedido e o Objeto da Decisão no Processo Penal: a Emendatio Libelli e a Mutatio Libelli. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/943/Do-principio-da-correlacao-entre-o-pedido-e-o-objeto-da-decisao-no-Processo-Penal-a-Emendatio-Libelli-e-a-Mutatio-Libelli>. Acesso em: 18 Set. 2022.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA APLICABILIDADE NA LEI 11.343/2006

YDRIA KATHERINNE DE SOUZA SILVA:

Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana de Manaus - CEUNI/FAMETRO

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo apresentar as divergências da aplicação da insignificância nos crimes previstos no art. 28 da lei 11.343/2006, considerando para sua aplicação o preenchimento integral dos quatro requisitos reconhecidos pelos tribunais superiores. A despeito disso, a doutrina apresenta contraposição quanto a aplicação da insignificância nos crimes da lei de drogas, sendo um dos entendimentos baseados no fato de que os crimes previstos na lei são crimes de perigo abstrato, classificados como crimes hediondos. Contudo, o atual entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, defende a aplicação da insignificância desde que preenchidos os requisitos legais. Posto isso, o artigo pretende analisar e defender a aplicação da insignificância por meio da quantidade apreendida, devendo ser considerados para fixação de pena a proporção da conduta, nos termos do art. 28 da lei nº 11.343/06.

Palavras-Chave: Princípio da insignificância, lei de drogas, proporcionalidade, art. 28, usuário, traficante, classificação, Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This article aims to present the divergences of the application of insignificance in the crimes under art. 28 of law 11.343/2006, considering for its application the full fulfillment of the four requirements recognized by the higher courts. Despite this, the doctrine presents a contraposition regarding the application of insignificance in the crimes of the drug law, one of the understandings being based on the fact that the crimes provided in the law are crimes of abstract danger, classified as heinous crimes. However, the current understanding adopted by the Federal Supreme Court defends the application of insignificance provided that the legal requirements are met. That said, the article intends to analyze and defend the application of insignificance through the quantity seized, and the proportion of the conduct should be considered for fixing the penalty, under the terms of art. 28 of law 11.343/06.

Key-words: Principle of insignificance, drug law, proportionality, art. 28, user, trafficker, classification, Supreme Court.

1. INTRODUÇÃO

A promulgação da Lei nº 11.343/2006 instituiu mecanismos e métodos visando coibir a disseminação da propagação do uso e tráfico de entorpecentes em território brasileiro, por meio do SISNAD – Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas.

À luz do que preconiza o art. 28 da lei em comento, considera-se como usuário de drogas aquele que adquire, guarda, mantém em depósito, transporta ou carrega consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Desse modo, observa-se que a principal característica apontada para a imposição do crime previsto no art. 28, atrela-se a quantidade de droga portada, sendo esse fato extremamente necessário para a fixação da sanção penal cabível.

Na doutrina hodierna, persiste o constante dissenso acerca da aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes relacionados ao uso de substâncias entorpecentes, sendo a corrente negativa baseada na impossibilidade de aplicação em decorrência de crime abstrato e proteção do bem jurídico tutelado.

Tal entendimento, baseia-se, principalmente, na impossibilidade de reconhecimento da insignificância em razão do crime de drogas ser constitucionalmente considerado como crime hediondo, por força do art. 5, XLIII da Constituição Federal.

Por outro lado, a corrente positiva prevê a aplicação do princípio, em decorrência do atendimento integral dos requisitos objetivos, tais como a mínima ofensividade da conduta, o reduzido grau de reprovabilidade, nenhuma periculosidade da ação e inexpressiva lesão provocada ao bem jurídico tutelado.

Além disso, destaca-se ainda, a exigência de requisitos subjetivos, que devem ser analisados sob a ótica do caso concreto, de modo a considerar o lugar da apreensão, os antecedentes criminais do acusado e a quantidade portada de substâncias ilícitas.

Nesse sentido, o presente artigo objetiva ilustrar as teses defendidas por cada corrente doutrinária, no sentido de analisar e defender a aplicação do princípio para a coibição de imposição de penas desproporcionais e desarrazoadas, com fundamento legal no entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a aplicação da insignificância nos casos de quantidades ínfimas de entorpecentes apreendidos, com o conseqüente afastamento da tipicidade material do delito, ante a inexistência de lesão considerável ao Estado.

2. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

2.1. Contexto Histórico.

Com o fim de elucidar a conceituação do princípio em discussão, é oportuno compreender sua origem e contexto histórico no âmbito dos processos penais, de modo a possibilitar a melhor aplicação do princípio ao cometimento de atos ilícitos, haja vista que o princípio da insignificância descaracteriza a conduta como crime, de modo a reconhecer a atipicidade material.

O princípio da insignificância ou bagatela, não possui previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, sendo aplicado de acordo com o entendimento da doutrina majoritária. Tal princípio deriva do axioma jurídico *non curat praetor*, que se pode traduzir na desnecessidade de intervenção do direito penal em assuntos irrelevantes ao bem jurídico tutelado pelo Estado.

Oportuno esclarecer, que persistem duas divergências doutrinárias acerca da origem principiológica da bagatela, sendo uma delas calcada no direito romano antigo, onde o que se buscava era a penalização de delitos relevantes para a comunidade estatal, enquanto que a outra máxima jurídica baseia-se nas relações em sociedade civil exercidas nos tempos do direito romano.

Em virtude da ausência de consenso entre os doutrinadores acerca da origem da insignificância, convém trazer à baila o entendimento consolidados das duas correntes existentes, que, a seu modo, reconhecem a existência de rastros do princípio desde o tempo do direito romano antigo.

A primeira corrente baseia-se na ideia de que o princípio deriva do direito romano, tese defendida pelo doutrinador Diomar Ackel Filho, que ao lecionar sobre o tema, manifesta que o pretor não se ocupava de assuntos insignificantes:

“No tocante à origem, não se pode negar que o princípio já vigorava, no Direito Romano, onde o pretor não cuidava de modo geral, de causas e delitos de bagatela, consoante à máxima contida no brocardo *minima non curat praetor* (ACKEL FILHO, 1988, p. 73)”.

Por outro lado, a segunda corrente afirma que não há possibilidade de o princípio da insignificância derivar do direito romano, considerando que o princípio versa sobre a legalidade de condutas e que o direito romano prioriza o direito privado, razão pela qual não se aplica, conforme entendimento do doutrinador Maurício A. Ribeiro Lopes:

“O Direito Romano foi notadamente desenvolvido sob a óptica do Direito Privado e não do Direito Público. Existe naquele brocardo menos do que um princípio, um mero aforismo. Não que não pudesse ser aplicado vez ou outra a situações de Direito Penal, mas qual era a noção que os romanos tinham do princípio da legalidade? Ao que me parece, se não nenhuma, uma, mas muito limitada, tanto que não se fez creditar aos romanos a herança de tal princípio. (LOPES, 2000, p. 41-42)”

Ainda sobre o tema, o doutrinador Fernando Capez afirma a reformulação dada por Roxin, em 1964, de forma a entender o princípio da seguinte forma:

“a) Insignificância ou bagatela: originário do Direito Romano, e de cunho civilista, tal princípio funda-se no conhecido brocardo de *minimis non curat praetor*. Em 1964 acabou sendo introduzido no sistema penal por Claus Roxin, tendo em vista sua utilidade na realização dos objetivos sociais traçados pela moderna política criminal. (CAPEZ, 2011, p.29)”.

Por derradeiro, compreende-se que apesar da existência de duas correntes doutrinárias, o princípio da insignificância integra o ordenamento jurídico brasileiro, sendo aplicado aos casos concretos em que persistem o atendimento aos requisitos legais, gerando para o agente a atipicidade da conduta, ou seja, a exclusão do tipo penal incriminador, de modo a justificar a ação

ou omissão do agente em razão de uma premissa baseada no princípio constitucional da razoabilidade e proporcionalidade.

2.2. Conceito e Aplicação da Insignificância.

À luz do entendimento definido por Rogério Greco, pode-se conceituar o princípio da insignificância com base na materialização do fato e tipicidade da conduta, de modo a afastar o tipo penal incriminador do caso concreto:

“Princípio da insignificância Analisado em sede de tipicidade material, abrangida pelo conceito de tipicidade conglobante, tem a finalidade de afastar do âmbito do Direito Penal aqueles fatos que, à primeira vista, estariam compreendidos pela figura típica, mas que, dada a sua pouca ou nenhuma importância, não podem merecer a atenção do ramo mais radical do ordenamento jurídico. Os fatos praticados sob o manto da insignificância são reconhecidos como de bagatela. (GRECO, 2017, p. 22)”.

Trata-se, em síntese, da atipicidade material de um fato tido como criminoso, mas que, por sua natureza fática e insignificante, represente irrelevância em frente ao direito penal, de modo a causar a exclusão da tipicidade, em razão de ofensa mínima ao bem jurídico tutelado, consoante disciplina Fernando Capez:

“A tipicidade penal exige um mínimo de lesividade ao bem jurídico protegido, pois é inconcebível que o legislador tenha imaginado inserir em um tipo penal condutas totalmente inofensivas ou incapazes de lesar o interesse protegido. (Capez, 2020)”.

A aplicação do princípio da insignificância ou bagatela no atual ordenamento jurídico pátrio, está condicionada ao atendimento de quatro requisitos intrínsecos para o reconhecimento da irrelevância e por consequência, da atipicidade da conduta.

Para ser reconhecida a insignificância, o legislador deve considerar os aspectos que a conduta ocasionou ao bem jurídico tutelado, sendo requisitos indispensáveis para o reconhecimento: a existência de mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão provocada.

Nesse sentido, destaca-se que o entendimento atual dos Tribunais Superiores defende a necessidade incontroversa desses requisitos, conforme pode-se extrair dos julgados a seguir ementados:

“HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. UTILIZAÇÃO DE CHEQUE FALSIFICADO. PREJUÍZO QUE BEIRA UM SALÁRIO MÍNIMO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO. EXISTÊNCIA DE CIRCUSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS.

MULTIPLICIDADE DE CONDENAÇÕES. EXASPERAÇÃO NA PRIMEIRA E SEGUNDA ETAPAS DO CRITÉRIO TRIFÁSICO. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA.

1. Para a aplicação do referido postulado, devem ser obedecidos quatro requisitos, a saber: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. Na hipótese, o prejuízo causado com a ação do paciente foi avaliado em R\$220,00 (duzentos e vinte reais). Tal valor não pode ser taxado de insignificante, principalmente se considerado que à época dos fatos (5.5.02), ele se aproximava a 1 (um) salário mínimo. 3. De mais a mais, a utilização de cheque falsificado evidencia a presença de periculosidade social da ação, afastando a incidência do referido princípio. 4. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza a fixação da pena-base acima do patamar mínimo e o estabelecimento de regime prisional mais gravoso. 5. No caso, a Juíza do processo fixou a pena-base em 5 (cinco) meses acima do piso legal, apontando como desfavoráveis a personalidade do agente e as consequências dos crimes. Assim, não há que falar em constrangimento ilegal. 6. Além disso, havendo multiplicidade de condenações, nada obsta a exasperação da sanção na primeira e na segunda etapas do critério trifásico de aplicação da reprimenda, sem que isso configure bis in idem. 7. Ordem denegada.” (STJ HC 83.144/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES SEXRA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 21/06/2010).

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. REITERAÇÃO DELITIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE AGRAVO IMPROVIDO. – A Aplicabilidade do princípio da insignificância n delito de furto, para afastar a tipicidade penal, é cabível quando se evidencia que o bem jurídico tutelado sofreu mínima lesão e a conduta do agente expressa pequena reprovabilidade e irrelevante periculosidade social. – O fato de o agente possuir maus antecedentes indica que o delito em questão não é fato isolado em sua vida, o que demonstra que as sanções penais anteriormente impostas não se revelaram suficientes para impedir o retorno do paciente às atividades criminosas, não se mostrando, pois, a reiteração compatível com a aplicação do princípio da insignificância. Agravo improvido.

(STJ – AgRg no HC: 239046 MS 2012/0073944-3, Relator: Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), Data de Julgamento: 11/06/2013, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/06/2013)”.

“PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 1. O entendimento do STF

é firme no sentido de que o princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (i) mínima ofensividade da conduta do agente, (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento; (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada, ressaltando, ainda, que a contumácia na prática delitiva impede, em regra, a aplicação do princípio. Hipótese de paciente condenado pelo crime de furto qualificado pelo abuso de confiança, não estando configurados, concretamente, os requisitos necessários ao reconhecimento da irrelevância material da conduta. 2. Agravamento regimental desprovido.

(STF - AgR HC: 175945 PR - PARANÁ 0029602-83.2019.1.00.0000, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 27/04/2020, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-119 14-05-2020”.

Destaca-se, que de fato o atendimento integral aos requisitos gera o reconhecimento da insignificância, de forma objetiva. Contudo, frisa-se que persiste ainda a existência de requisitos subjetivos, relacionados a característica do agente, condenação penal, reincidência penal e especificidades da vítima, que devem ser analisados conforme o caso concreto para aplicação do princípio (Masson, 2020, pag. 41).

Dessa forma, é nítido que a aplicação do princípio da insignificância objetiva aplicar a penalidade adotando como critérios o grau de ofensividade e lesividade ao bem jurídico tutelado, de modo a não impor penalidade excessiva e desproporcional a fatos irrisórios, o que por via de resultado, garante a diminuição de processos criminais e aplicabilidade correta da justiça.

3. ART. 28 DA LEI 11.343/06.

3.1. Da aplicação da insignificância aos crimes previstos no art. 28 da Lei de Drogas.

A Lei nº 11.343/2006 instituiu o SISNAD – Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, com o limite de prescrever e adotar medidas públicas de prevenção e combate ao uso indevido e a comercialização de tóxicos, estabelecendo formas de repressão, reinserção social, definição de crimes, e definição do conceito de usuário e de traficante.

De acordo com o que leciona o art. 28 da lei, considera-se usuário de drogas aquele que adquire, guarda, mantém em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Enquanto que considera-se traficante de drogas, aquele que importa, exporta, remete, prepara, produz, fabrica, adquire, vende, expõe a venda e oferece entorpecentes de forma onerosa ou gratuita, nos termos do art. 33 da lei.

Ressalta-se, que o ponto definidor da distinção entre usuário e traficante de drogas é baseado na quantidade de ilícitos sob posse do acusado, devendo ser aplicado a sanção penal com

base no princípio constitucional da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando que a lei tange a ser mais branda nos casos de destinação de narcóticos para consumo pessoal.

Apesar da omissão da legislação sobre a quantidade determinada para classificação de usuário e traficante, observa-se que a sua fixação é predeterminada pelas condições da apreensão, de modo a considerar os antecedentes criminais do acusado, o lugar da apreensão, as condições sociais e econômicas e a quantidade portada.

Sob esse prisma, é imperioso esclarecer e abordar as divergências doutrinárias preexistentes sobre a aplicação do princípio da insignificância ou bagatela nos casos fundamentados no art. 28 da lei 11.343/06, considerando que de um lado a doutrina defende a sua inaplicabilidade, sob alegação de se tratar de crime abstrato que presumidamente coloca em risco a saúde da sociedade civil, cumulado com a caracterização de crime hediondo, nos termos do art. XLIII da Constituição Federal.

Nesse interim, convém frisar que o entendimento adotado por essa corrente doutrinária se coaduna com o entendimento lecionado pelo emérito Professor Nucci, que conceituou o crime de perigo abstrato da seguinte forma:

“Perigo abstrato, quando a probabilidade de ocorrência de dano está presumida no tipo penal, independentemente de prova (ex.: porte ilegal de substância entorpecente – arts. 28 e 33, Lei 11.343/2006, conforme a finalidade –, em que se presume o perigo para a saúde pública)”.

Por via diversa, a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal aponta pela possibilidade de reconhecimento da insignificância nos casos de apreensão de quantidades irrisórias de drogas, bastando para a sua concessão o preenchimento dos requisitos inerentes ao princípio, que podem ser traduzidos pela mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, grau reduzido de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Tal fato se interliga com o entendimento aduzido pelo doutrinador Fernando Capez (2020, pág. 84), que ao lecionar sobre a possibilidade da aplicação da insignificância ao acusado detido por quantias irrisórias de entorpecentes, defendeu sabiamente que “se a finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico, sempre que a lesão for insignificante, a ponto de se tornar incapaz de lesar o interesse protegido, não haverá adequação típica”.

Ainda, como melhor define o jurista Cezar Bitencourt (BITENCOURT, Código Penal Comentado, 2012, p. 171), “a tipicidade penal exige 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”.

Dessa forma, defende-se que a aplicação da insignificância nos casos de posse irrisória de entorpecentes é perfeitamente possível, de modo a afastar a tipicidade da conduta, com medidas alternativas de apreensão, tendo em vista que a ofensividade da conduta gerou mínima

lesão ao Estado, bastando para seu reconhecimento, o atendimento dos requisitos objetivos e subjetivos.

3.2. Do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

O entendimento atual do Supremo Tribunal Federal aponta para a aplicação do princípio da insignificância nos casos de processos penais que versem sobre a apreensão de quantidades irrisórias de substâncias ilícitas.

Com base nesse entendimento, a corte superior concedeu Habeas Corpus para trancar processo criminal, com fundamento na insignificância da conduta imputada, considerando que o acusado foi detido pelo crime de posse de drogas por portar a quantia de 1,8 gramas de cigarro de *cannabis sativa*, popularmente conhecida como maconha.

O relator do acórdão, Ministro Gilmar Mendes, defendeu que a recusa para a aplicação da insignificância nos crimes relativos ao uso de narcóticos, está mais atrelada a decisão política-criminal do que propriamente a impossibilidade legislativa e doutrinária, explicando a sua tese no seguinte sentido:

“O principal argumento levantado por aqueles que sustentam tal inaplicabilidade é o de que o ilícito se revela um crime de perigo abstrato, que tutela bens jurídicos difusos (segurança pública e paz social), e que, portanto, repele o emprego do princípio da insignificância. Isso significa que se não houver, no caso concreto, uma clara comprovação da possibilidade de risco de dano da conduta do agente ao bem jurídico tutelado, estaremos diante de um comportamento atípico do ponto de vista material, ainda que haja uma subsunção formal da conduta do tipo penal de perigo abstrato”.

À título de elucidação, convém destacar a ementa do julgado, *ipsis litteris*:

“Penal e processual penal. Habeas corpus. Possibilidade de aplicação do princípio da insignificância em porte de entorpecentes para consumo pessoal. 1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. 2. Paciente que portava 1,8g de maconha. Violação aos princípios da ofensividade, proporcionalidade e insignificância. 3. Precedentes: HC 110475, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 15.3.2012; HC 127573, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 25.11.2019. 4. Ordem concedida para trancar o processo penal diante da insignificância da conduta imputada. (STF - HC: 202883 SP, Relator: RICARDO

LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 15/09/2021, Segunda Turma, Data de Publicação: 20/09/2021”.

Sendo assim, o ministro reconheceu que a imposição de condenação por posse de drogas estipulada em 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, ofende de forma significativa os princípios da proporcionalidade, ofensividade e insignificância da conduta, tendo em vista que a quantidade apreendida de entorpecentes era irrisória, sendo a imposição de tal pena desarrazoada e desproporcional.

Imperioso salientar, que o entendimento adotado no julgamento do Supremo Tribunal Federal do Habeas Corpus supramencionado, não se trata de inovação jurisprudencial, uma vez que a corte vem reconhecendo a insignificância de quantias ínfimas de drogas desde o ano de 2019, conforme se alude:

“Habeas Corpus HC 175945 AgR / PR – PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 1. O entendimento do STF é firme no sentido de que o princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (i) mínima ofensividade da conduta do agente, (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento; (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada, ressaltando, ainda, que a contumácia na prática delitiva impede, em regra, a aplicação do princípio. Hipótese de paciente condenado pelo crime de furto qualificado pelo abuso de confiança, não estando configurados, concretamente, os requisitos necessários a reconhecimento da irrelevância material da conduta. 2. Agravo regimental desprovido. (HC 175945 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/04/2020, ROCESSO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 13-05-2020 PUBLIC 14-05- 2020)”.

“Habeas corpus. 2. Posse de 1 (um grama) de maconha. 3. Condenação à pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado. 4. Pedido de absolvição. Atipicidade material. 5. Violação aos princípios da ofensividade, proporcionalidade e insignificância. 6. Parecer da Procuradoria-Geral da República pela concessão da ordem. 7. Ordem concedida para reconhecer a atipicidade material. (HC 127573, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-256 DIVULG 22-11-2019 PUBLIC 25-11-2019). (STF - HC: 127573 SP - SÃO PAULO 0001074-78.2015.1.00.0000, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 11/11/2019, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-256 25-11-2019)”.

Ainda, no ano de 2012, o relator Ministro Dias Toffoli reconheceu a aplicação do princípio da bagatela no julgamento do Habeas Corpus sob nº 110.475 SC, tendo como fundamento o seguinte argumento:

“Na realidade, considerados, de um lado, o princípio da intervenção penal mínima do Estado (que tem por destinatário o próprio legislador) e, de outro, o postulado da insignificância (que se dirige ao magistrado, enquanto aplicador da lei penal ao caso concreto), na precisa lição do eminente Professor René Ariel Dotti (Curso de Direito Penal - Parte Geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 68, item nº 51), cumpre reconhecer que o direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. (2012, Pág. 4 e 5)”.

“Não há dúvida de que o Estado deva promover a proteção de bens jurídicos supraindividuais, tais como a saúde pública, mas não poderá fazê-lo em casos em que a intervenção seja de tal forma desproporcional, a ponto de incriminar uma conduta absolutamente incapaz de oferecer perigo ao próprio objeto material do tipo. (2012, pag.14)”.

Sendo assim, repisa-se que a ausência de quantidade determinada para separar o usuário do traficante de drogas, agrega ao magistrado a necessidade de análise do caso concreto e de todas as circunstâncias presentes no ato de apreensão do acusado, haja vista a impossibilidade de afirmar que o acusado se associa a instituições criminosas.

No entanto, frisa-se, que apesar do entendimento adotado pelo STF, os tribunais estaduais e o Superior Tribunal de Justiça, ainda permanecem contra a aplicação do princípio, fundamentando suas decisões baseadas no crime de perigo abstrato com a suposta tutela da saúde pública.

No ano de 2021, durante o julgamento da apelação criminal nº 1502632-68.2020.8.26.0536, a relatora Ely Amioka defendeu a não aplicabilidade do princípio, sob o seguinte fundamento:

“Impossível, ainda, se cogitar na aplicação do princípio da insignificância, eis que, nos delitos relacionados a entorpecentes, frise-se de perigo abstrato, o que se busca é a proteção da saúde pública, como já destacada, de forma que o delito em questão efetivamente atinge os bens jurídicos protegidos pelo direito penal. (2020, pag. 8)”.

No mesmo sentido, o entendimento adotado pelo STJ harmoniza com o voto da relatora, no sentido de não reconhecer a aplicação do princípio da insignificância, independentemente da quantidade portada pelo agente, conforme se nota no julgamento do Habeas Corpus nº 387.874 - MS (2017/0027200-0), no qual a defesa pleiteou a absolvição da acusada que portava 3,3 gramas de entorpecente.

Convém esclarecer que a penalidade aplicada aos crimes do art. 28 da lei nº 11.343/06 possui característica "*sue generis*", com penalidades que implicam na conversão de medidas alternativas para proibição do uso de drogas, reintegração e ressocialização social do usuário.

Desse modo, é conveniente ressaltar que a imposição de penas ao acusado portador de quantidades ínfimas de drogas, se mostra excessivamente desarrazoada e desproporcional, em virtude do baixo grau de reprovabilidade da conduta e da quase inexistência de lesão ao bem jurídico tutelado, ou seja, deve ser realizado o controle de proporção em sentido estrito, de modo que a fixação de penas não caracterize desproporção do oferecimento do *jus puniendi* do Estado.

Mister consignar ainda, que o reconhecimento da insignificância nos crimes relativos ao uso de drogas, desafoga o poder judiciário, de modo que a demanda de processos criminais repetitivos e caracterizados por quantidades insignificantes diminuirá, conforme a aplicação do entendimento consolidado pelo STF.

A despeito disso, é incontroverso que a aplicação do princípio da insignificância nos crimes previstos no art. 28 da lei 11.343/06 é cabível desde que presentes os requisitos intrínsecos de admissibilidade, de modo que a conduta perpetrada pelo acusado não gere lesão ao bem jurídico tutelado e que a quantidade apreendida seja ínfima.

Portanto, observa-se que se trata de medida de justiça tomando como preceito legal a razoabilidade e proporcionalidade aplicadas ao caso concreto, com o objetivo de coibir a imposição de penas desarrazoadas e desproporcionais, atrelados a entendimentos já superados pelos tribunais estaduais, devendo ser reconhecida o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal.

4. CONCLUSÃO

De forma linear, o princípio da insignificância caracteriza a exclusão da tipicidade penal, de modo a escusar o cumprimento de sanção penal por fatos que gerem mínima ofensividade da conduta, reduzido grau de reprovabilidade, nenhuma periculosidade da ação e inexpressiva lesão provocada.

O entendimento doutrinário sobre a aplicação do princípio da insignificância diverge em dois pontos distintos, sendo o entendimento negativo agregado a prática de crimes abstratos, enquanto que o entendimento positivo funda-se no atendimento dos requisitos objetivos e subjetivos do princípio calcados na quantidade irrisória de entorpecentes.

Nesse sentido, considerando a máxima do *jus puniendi* do Estado, é imprescindível esclarecer que a aplicação da insignificância nos casos do art. 28 da lei nº 11.343/06 é medida da mais lme justiça, tendo em vista que condenações diversas ocasionam desproporção inequívoca de condutas e decisões desarrazoadas, com fundamentos já superados pela jurisprudência atual.

É fato que a aplicação deve seguir o atendimento dos requisitos objetivos e subjetivos do tipo penal, com a devida análise da especificidade de cada caso, e a individualização de cada acusado, de modo a impor condições proporcionais e razoáveis para resolução da contenda, com

fundamento legal no entendimento adotado pela jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal.

É evidente portanto, que se espera a aplicação do princípio aos casos submetidos a tutela jurisdicional do Estado, de modo a coibir a imposição de penas desproporcionais por apreensões insignificantes, o que pode auxiliar no desafogamento da estrutura carcerária, bem como na diminuição de condenações desnecessárias.

É incólume ressaltar que a lei nº 11.343/2006 versa sobre medidas alternativas para a penalização dos usuários de narcóticos, de modo a auxiliar no processo de reintegração, reabilitação e interrupção do vício, sendo tal medida obrigatória e de caráter indispensável por parte do Estado, devendo ser aprimoradas as pautas e o orçamento já previstos no planejamento estatal, com o fim de educar e evitar o crescimento do consumo ilícito de entorpecentes. Tal prática visa a redução da criminalidade e, por via de consequência, o desafogamento do poder judiciário no combate aos crimes relacionados com o uso e a comercialização de drogas.

Por derradeiro, o presente artigo apresentou a inexistência de consenso por parte da doutrina sobre a aplicação da insignificância nos crimes da lei de drogas, ilustrando a especificidade dogmática sobre o tema e o entendimento jurisprudencial atual, que defende a aplicação da insignificância, de modo a afastar a tipicidade penal nos casos de condenações por quantidades irrelevantes de entorpecentes, que geram mínima lesão ao bem jurídico tutelado pelo Estado.

5. REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Especial. Vol. 2. 20ª edição, Ed. Saraiva.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1. 17ª edição, Ed. Saraiva.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 1 de novembro de 2022.

BRASILIA. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Habeas Corpus HC 175945 AgR / PR – PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 1. O entendimento do STF é firme no sentido de que o princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (i) mínima ofensividade da conduta do agente, (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento; (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada, ressaltando, ainda, que a contumácia na prática delitiva impede, em regra, a aplicação do princípio. Hipótese de paciente condenado pelo crime de furto qualificado pelo abuso de confiança, não estando configurados, concretamente, os requisitos necessários ao reconhecimento da irrelevância

material da conduta. 2. Agravo regimental desprovido. (HC 175945 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 13-05-2020 PUBLIC 14-05-2020) Paraná. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur424095/false>. Acesso em 1 de novembro de 2022.

CAPEZ, Fernando Parte geral / Fernando Capez. Coleção Curso de direito penal. Vol. 1. 24ª Edição São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 784 p. Bibliografia 1. Direito 2. Legislação 1. Título 20 – 0014.

MASSON, Cleber Direito penal: Parte Geral (art.1º a 120º) – v, 1/ Cleber Masson – 14. Ed. – Rio De Janeiro. Forense, São Paulo: Método. 2020.

D'Urso, Umberto Luiz Borges. Desafios do uso de drogas a população carcerária. Migalhas, 2020. Disponível em: Acesso em 25 de outubro de 2022.

Habeas Corpus nº 202883/SP. <https://www.conjur.com.br/dl/hc-insignificancia.pdf>. BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Habeas Corpus 127.573/São Paulo. Rel. Gilmar Mendes. 11 de novembro de 2019. Disponível no site <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751457286> ano 2019, acesso 1 de novembro de 2022.

Lei nº 11.343/2006. BRASIL. lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm- acesso em 01 de novembro de 2022.

Brasília (DF). Superior tribunal de justiça. HABEAS CORPUS Nº 387.874 - MS (2017/0027200-0). Rel: Ministro Rogerio Schietti. Agravo regimental no habeas corpus. Porte de substância entorpecente para consumo próprio. Princípio da insignificância. Impossibilidade. Recurso não provido. Julgado em 03 de agosto de 2017. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700272000&dt_publicacao=10/08/2017. 01 de novembro de 2022.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Habeas Corpus 127.573/São Paulo. Rel. Gilmar Mendes. 11 de novembro de 2019. Disponível no site <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751457286> ano 2019, acesso 01 de novembro de 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza Manual de direito penal / Guilherme de Souza Nucci. – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

A CRISE MIGRATÓRIA VENEZUELANA: UMA ANÁLISE ACERCA DAS EXIGÊNCIAS LEGAIS PARA INSERÇÃO DE MIGRANTES NO MERCADO DE TRABALHO

MARA LAISA DE BRITO CARDOSO:

Graduanda no curso de Direito pelo Centro Universitário Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO

RESUMO: Este artigo analisa a crise migratória venezuelana para o Brasil. Por meio da pesquisa bibliográfica, de cunho exploratório, busca compreender quais exigências legais são cobradas para que o migrante possa ser inserido no mercado de trabalho, seus entraves e quais meios o governo usa para a interiorização e integração desse povo. O regime ditatorial do governo de Nicolas Maduro, tornou a vida do cidadão venezuelano um verdadeiro caos, o obrigando a buscar meios de sobrevivência em outro país através da migração involuntária. A maioria dos migrantes entraram no país pela fronteira norte do Brasil, no Estado de Roraima, e se concentra nos municípios de Pacaraima e Boa Vista, capital do Estado. Atualmente, o território brasileiro recebe milhares de pessoas, que buscam oportunidades de inserção no mercado de trabalho e melhor qualidade de vida. Porém, esse intenso fluxo migratório desencadeou diversos problemas em território nacional, principalmente porque a maioria dos imigrantes concentrou-se em um único estado, Roraima." Ante esta situação, foi necessário que o governo do Estado, solicitasse ajuda federal para conter a entrada desenfreada dos migrantes e buscassem meios de atender de forma digna aqueles que haviam chegado. Para esse fim, criou-se a Operação Acolhida para dá assistência emergencial aos migrantes e refugiados. Foram diversos os programas de apoio espalhados pelo país. Constituiu-se um dos maiores desafios dos últimos anos prestar assistência de emergência aos mais de 20.000 migrantes Venezuelanos que chegam em busca de uma vida melhor.

Palavras-chave: Crise; Migração; Interiorização; Integração; Mercado de Trabalho.

ABSTRACT: This article analyzes the Venezuelan migration crisis to Brazil. Through bibliographical research, of an exploratory nature, it seeks to understand what legal requirements are charged so that the migrant can be inserted in the labor market, its obstacles and what means the government uses for the interiorization and integration of this people. The dictatorial regime of Nicolas Maduro's government, made the life of the Venezuelan citizen a true chaos, forcing him to seek means of survival in another country through involuntary migration. Most migrants entered the country through the northern border of Brazil, in the state of Roraima, and are concentrated in the municipalities of Pacaraima and Boa Vista, the state capital. Currently, the Brazilian territory receives thousands of people, who seek opportunities to enter the labor market and better quality of life. However, this intense migratory flow triggered several problems in the national territory, mainly because the majority of immigrants were concentrated in a single state, Roraima." Faced with this situation, it was necessary for the state government to request federal aid to contain the unbridled

entry of migrants and seek ways to provide dignified assistance to those who had arrived. To this end, the Acolhida Operation was created to provide emergency assistance to migrants and refugees. There were several support programs throughout the country. It constituted one of the largest challenges of recent years provide emergency assistance to more than 20,000 Venezuelan migrants who arrive in search of a better life.

Keywords: Crisis. Migration. Interiorization. Integration. Labor Market.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. CONCEITOS E DIFERENÇA ENTRE MIGRANTE E REFUGIADO 2. CAUSAS DA MIGRAÇÃO E AS ESTRATÉGIAS PARA INSERÇÃO DOS VENEZUELANOS NO MERCADO DE TRABALHO. 3. PRINCIPAIS ENTRAVES NO PROCESSO DE INTERIORIZAÇÃO E AS INICIATIVAS PARA MITIGAÇÃO DOS IMPACTOS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A situação política da Venezuela, fez desmoronar os setores de saúde, educação e principalmente economia, fazendo com que seus cidadãos fossem forçados a migrarem de seu país, deixando para trás suas origens, bens e história para dar continuidade a vida em outro lugar. Segundo dados do governo federal, em junho de 2021, cerca de 260 mil refugiados e migrantes venezuelanos vivem no Brasil.

A Constituição Brasileira de 1988 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, da qual o Brasil é signatário, visam proteger os refugiados como pessoas dotadas de direitos, as quais os Estados devem acolher auxiliar e integrar.

O fluxo migratório originado na Venezuela com destino a diversos países, principalmente latino-americanos, é a mobilidade humana mais expressiva das Américas na contemporaneidade. Até julho de 2021 cerca de 5,6 milhões de venezuelanos e venezuelanas já estavam residindo fora de seu país, dos quais, em 2020, foram: 2,6 milhões de imigrantes da Venezuela com visto de residência, 850 mil solicitantes de refúgio e 171,8 mil com o reconhecimento do refúgio (**Plataforma R4V, 2021**).

Desemprego, desespero, fome e medo fizeram seus cidadãos vender suas casas, seus bens, arrumarem pequenas malas, e fugiram para o Brasil. Alguns chegava de carro, mas em suma chegavam a pé. Após longos dias de caminhada, por estradas e outras vezes por matas, enfrentando todo tipo de adversidade, mas com a esperança de uma vida melhor. Pacaraima dormiu tranquila e serena, amanheceu com o barulho do choro de alegria daqueles que conseguiram ultrapassar as fronteiras.

A fronteira entre Venezuela e Brasil possui 2.199 km de extensão, a maior parte em áreas de floresta ou de reservas, sejam elas biológicas ou indígenas. A região litorânea possui uma baixíssima densidade demográfica

e quase nenhuma estrutura de contato entre os dois países. Além disso, os dois países são signatários de um tratado de não edificação em uma área que perpassa toda a linha divisória até a distância de 30 metros adentro para o interior de cada país (**Petot, 2018**).

Há de se recordar que a própria formação da população do Brasil é marcada com grande fluxo migratório de europeus, esses não sofriram com políticas ditatoriais, mas com a escassez de alimentos situação de penúria em que o povo venezuelano se encontra no atual momento.

Em meio a todo esse movimento, surgem as discussões sobre quais vias serão utilizadas para receber, socializar, integrar e inserir essa comunidade não só no território nacional, mas também no mercado de trabalho.

A maioria dos imigrantes almeja trabalhos temporários e outros buscam, com urgência, por cuidados médicos, pois o sistema de saúde venezuelano está em colapso. Tudo isso acarreta sobrecarga do sistema público de saúde de Roraima. Embora a migração não repercuta necessariamente como uma ameaça à saúde, ela pode aumentar a vulnerabilidade dos sujeitos. Não obstante, a sobrecarga no sistema não pode ser motivo de restrições automáticas de atendimentos aos imigrantes, considerando que isso representa uma grave violação aos direitos humanos (**Ayres et al., 2003; Guerra; Ventura, 2017; Lima 2018; Roa, 2018**).

Diante disso, este artigo busca analisar o contexto atual da crise migratória venezuelana no Brasil sob o olhar da seguridade de direitos. Para tanto, utiliza-se de pesquisa bibliográfica, de cunho exploratório, por meio de artigos e legislações pertinentes ao tema e documentos informativos das organizações sociais

1 CONCEITOS E DIFERENÇA ENTRE MIGRANTE E REFUGIADO

Com milhares de pessoas forçadas a se deslocar no mundo e as travessias das fronteiras brasileiras por venezuelanos até mesmo a pé nas manchetes dos jornais, tornou-se comum ver os termos 'refugiado' e 'migrante' confundidos, tanto nos discursos da mídia, quanto no público em geral. Porém se faz necessária uma diferenciação o emprego do termo correto indica a problemática enfrentada por cada uma das populações.

Destacamos neste ponto a necessidade de conceituar os termos migrantes e refugiados para melhor compreensão da situação de vulnerabilidade em que se encontram.

Segundo o Estatuto do Refugiado Lei nº 9.474/1997

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

A Convenção de Genebra de 1951 definiu que o termo refugiado se aplica a qualquer pessoa que, "temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e (...) não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele" ressaltando a condição de extrema vulnerabilidade em todos os aspectos, condição ainda mais agravada pela Pandemia da COVID 19.

Cavalcanti, Botega, Thonati e Araújo (2017) explicam que com as mudanças ocorridas desde as duas grandes guerras, principal marco de deslocamento em massa das populações, com a intensificação dos deslocamentos forçados em muitas partes do mundo o que os tornou ainda mais complexos, em 1984 adotou-se na América Central e na América Latina a própria definição regional ampliada do termo refugiado. O Brasil incluiu parcialmente a definição trazida pela declaração de Cartagena no art. 1º, III, da Lei de Refúgio brasileira (Lei nº 9474/1997).

Resta claro que refugiadas são pessoas que deixaram tudo para trás para escapar de conflitos armados ou perseguições e constantemente, sua situação é tão perigosa e intolerável que devem cruzar fronteiras internacionais para buscar segurança nos países mais próximos, e então se tornarem um 'refugiado' reconhecido internacionalmente, com o acesso à assistência dos Estados e de outras organizações.

A proteção dos refugiados tem muitos ângulos, que incluem a proteção contra a devolução aos perigos dos quais eles já fugiram; o acesso aos procedimentos de asilo justos e eficientes; e medidas que garantam que seus direitos humanos básicos sejam respeitados e que lhes seja permitido viver em condições dignas e seguras que os ajudem a encontrar uma solução a longo prazo. Os Estados têm a responsabilidade primordial desta proteção.

Noutro aspecto se coloca conforme a Organização Internacional para Migrações 2020 o termo migrante, que se refere a:

Qualquer pessoa que tenha residido fora do seu local de residência habitual, seja dentro de um país ou por uma fronteira internacional, independentemente do status jurídico da pessoa; seja o deslocamento involuntário ou voluntário; quais sejam as causas do deslocamento, ou a duração da estadia.

Embora no âmbito internacional, não exista uma definição universalmente aceita do termo migrante, no contexto de crise que se instalou na Venezuela observou-se situações de extrema de escassez de alimentos, itens de necessidade básica, como material de higiene e limpeza, obrigando os migrantes deixar em seu país forçadamente em busca de melhores condições de vida nos países vizinhos como é o caso do Brasil.

Esse contexto deu origem ao termo migração forçada de acordo com Cavalcanti, Botega, Thonati e Araújo (2017), que é uma subcategoria da migração internacional, tem como seu aspecto chave a involuntariedade.

Enquanto os migrantes escolhem se deslocar não por causa de uma ameaça direta de perseguição ou morte, mas principalmente para melhorar sua vida em busca de trabalho ou educação, por reunião familiar ou por outras razões. Os refugiados, não podem voltar ao seu país, os migrantes, na maioria das vezes, continuam recebendo a proteção do seu governo.

Cavalcanti, Botega, Thonati e Araújo (2017) afirmam que para os governos, estas distinções são importantes. Os países tratam os migrantes de acordo com sua própria legislação e procedimentos em matéria de imigração, enquanto tratam os refugiados aplicando normas sobre refúgio e a proteção dos refugiados – definidas tanto em leis nacionais como no direito internacional. Os países têm responsabilidades específicas frente a qualquer pessoa que solicite refúgio em seu território ou em suas fronteiras.

2 CAUSAS DA MIGRAÇÃO E AS ESTRATÉGIAS PARA INSERÇÃO DOS VENEZUELANOS NO MERCADO DE TRABALHO

As mais diversas causas podem estar associadas a esses deslocamentos, como a busca por trabalho, melhor colocação profissional e melhores condições de vida; desastres naturais e situações climáticas extremas; crises políticas e socioeconômicas; e perseguições étnicas e religiosas.

Entre as principais causas para migração estão destacadas, os desastres naturais, como é o caso dos haitianos cujo país foi assolado por terremotos, além de fatores políticos e econômicos, que também influenciaram essa população a deixar o país de origem em busca de melhores condições de vida.

Outro fator que implica no abandono da terra natal são as crises políticas e socioeconômicas, desde 2018 o Brasil tem recebido diariamente milhares de migrantes venezuelanos fugindo de um regime ditatorial imposto no seu país, regime este que os obrigou a abandonar tudo para buscar melhores condições de vida.

De acordo com Silva, Cavalcanti, Oliveira e Macedo (2020, p.5):

A investigação das motivações que levaram essas pessoas a cruzar as fronteiras dos seus países de origem, ou de residência habitual, revela que essas ações, em alguns casos, ocorrem em situações nas quais a mobilidade é reconhecida por dispositivos legais, nacionais e internacionais, como um imperativo, dado seu caráter coercitivo. Estes são os refugiados e os solicitantes de reconhecimento da condição de refugiado, pessoas que deixaram seus países de origem em virtude de conflitos armados, de violações de direitos humanos e de outras situações de violência, buscando a proteção em outro Estado.

A situação dos migrantes venezuelanos, tomou proporções volumosas desencadeando uma crise humanitária que se instalou na Venezuela após a implantação do regime ditatorial pelo presidente Nicolas Maduro, este cenário somado à uma grave crise econômica que perdura até os dias atuais, ocasionou o deslocamento em massa da população em direção aos países vizinhos, aos quais inclui-se o Brasil.

Historicamente o Brasil é um dos países que mais abrigam refugiados e migrantes, ao longo dos anos já foram abrigados por aqui japoneses, italianos, judeus, palestinos, cada um desses povos que a sua época esteve em deslocamento, carregava uma forte motivação para deixar sua pátria, motivos econômicos, políticos, sociais, perseguição religiosa, fato é que o Brasil é um país de povo hospitaleiro e humano que até os dias atuais acolhe outros povos.

Mais recentemente, para ser exata desde 2017 o Brasil tem abrigado venezuelanos que precisaram deixar o país de origem em busca de melhores condições de vida, com a crise humanitária. No caso em comento o destino escolhido dá-se na maioria das vezes pela proximidade, já que a Venezuela faz fronteira com o Brasil, por meio da cidade de Pacaraima, localizada no estado de Roraima.

Em resposta à situação de crise devido ao número exponencial de venezuelanos que cruzaram as fronteiras brasileiras principalmente por meio dos estados de Roraima e Amazonas, em busca da própria sobrevivência, o Governo Federal do Brasil, as Forças Armadas, a Agência da Organização das Nações Unidas - ONU para Refugiados no Brasil – ACNUR, a Organização Internacional para as Migrações – OIM, outras agências da ONU e parceiros da sociedade civil no país, apoiam a gestão em Roraima e no Amazonas.

Segundo dados da ACNUR, o intenso fluxo de refugiados e migrantes venezuelanos observado a partir de 2017 conduziu a um decreto federal, em fevereiro de 2018, que reconheceu a situação como sendo uma crise humanitária. Entre julho de 2017 e outubro de 2020, mais de 260 mil venezuelanos foram acolhidos no país. E as estimativas mostram que a maioria entrou e se estabeleceu na região norte, em Roraima (50%) e no Amazonas (19%), inicialmente.

Nesse sentido começou-se a buscar respostas para o seguinte questionamento: De que forma garantir proteção, salvaguardar direitos, prover assistência social, saúde, educação, moradia, facilitar meios de inserção no mercado de trabalho para um expressivo número de migrantes que chegam em um curto espaço de tempo?

Conforme o a OIM (2021) a integração socioeconômica dos migrantes venezuelanos na sociedade brasileira constitui um desafio, como também uma oportunidade que pode ser verdadeiramente aproveitada com soluções potencializadoras de benefícios da migração, tanto para os que chegam, como para os que acolhem. Entre esses, está a riqueza da diversidade cultural e experiencial que trazem; novas ligações a outros países e mercados; e a contribuição para a redução da pobreza nos países de origem, através do envio de remessas financeiras aos familiares que lá permaneceram.

Neste sentido quatro áreas de atuação foram adotadas pelo governo brasileiro para responder à migração venezuelana:

- Fornecimento de acomodação e assistência humanitária básica nos abrigos para migrantes em Roraima;
- Realocação de migrantes em outros Estados do País (interiorização);
- Integração de migrantes na sociedade brasileira e no mercado de trabalho;
- Apoio aos migrantes dispostos a voltar para a Venezuela voluntariamente.

Vale ressaltar que os principais desafios enfrentados pelos governos federal, estadual e municipal no Brasil diante da enorme demanda de migrantes vulneráveis socioeconomicamente consideram justamente a busca de ferramentas adequadas para a inserção qualitativa na busca de soluções eficazes, identificando onde a comunidade venezuelana mais pode complementar a economia nas cidades onde vier a se estabelecer e quais as barreiras a ultrapassar para que ela possa fazê-lo.

Constituiu-se um dos maiores desafios dos últimos anos prestar assistência de emergência aos mais de 20.000 migrantes Venezuelanos que chegam à Manaus, foi com a preocupação de

possibilitar primeiramente a acolhida e o abrigo que pensou-se em estratégias de promoção e integração, por meio das quais fosse possível proporcionar acesso às condições básicas de sobrevivência partindo da e posteriormente a inserção no mercado de trabalho.

Conforme Simões (2017) desde a chegada dos haitianos no Brasil, no início de 2010, o governo brasileiro passou a empreender esforços a fim de fortalecer o quadro institucional e normativo para garantir proteção mínima aos novos grupos de não-nacionais que estão de passagem ou decidem se estabelecer em território brasileiro. Em relação aos venezuelanos, diante do expressivo fluxo, foi necessário empreender uma operação logística em âmbito nacional: a Operação Acolhida.

Assim essas ações que inicialmente eram realizadas por organizações religiosas e outras entidades sem fins lucrativos passaram a ser absorvidas pelo Estado, deram origem às estratégias de integração como assistência emergencial prestada através da Operação Acolhida, estratégia do Governo Federal Brasileiro administrada pelas Forças Armadas.

Em funcionamento desde junho de 2018, esta estratégia conta com a atuação integrada de servidores federais, militares, profissionais de organismos internacionais e entidades da sociedade civil, totalizando mais de 100 parceiros. A Operação Acolhida oferece assistência emergencial aos refugiados e migrantes venezuelanos que entram no Brasil pela fronteira com Roraima.

Os 3 eixos da operação estão organizados da seguinte forma: ordenamento de fronteira e documentação; fornecimento de assistência humanitária, incluindo abrigo; e interiorização que envolve a realocação voluntária de venezuelanos. Cada eixo da operação abarca etapas que são de fundamental importância para o resultado positivo de todo o processo desde o primeiro contato.

A ACNUR esclarece que a interiorização é uma ação do governo federal brasileiro para a população venezuelana que vive em Roraima que visa, com segurança, mudar para outras partes do Brasil. O programa prioriza venezuelanos(as) que estão em situação de vulnerabilidade nas cidades de Boa Vista e Pacaraima, tanto em abrigos quanto fora deles. O processo de interiorização é completamente voluntário e gratuito.

Sendo a necessidade primeira o ingresso no mercado de trabalho, algumas organizações realizaram pesquisas e estudos voltados à viabilização dessa demanda. Uma das estratégias pensadas para tal fim, foi criada pela OIM(2021) uma estratégia com o objetivo principal identificar um conjunto de ações estratégicas para que os atores que atuam no âmbito da resposta ao fluxo migratório venezuelano, desenhadas para inserção laboral de refugiados e migrantes venezuelanos alocados em Manaus que são parte da população economicamente ativa.

A partir de iniciativas como essa e de pesquisas que tiveram como foco mapear os principais entraves na concretização dos objetivos pelo público migrante, foi possível identificar que entre os

principais entraves podem ser destacadas a falta de documentação exigida não apenas pelas empresas, mas também para permanência e livre circulação em território nacional, seguida pela falta de fluência da língua portuguesa, dificultam ainda mais esse processo.

A Agência da ONU tem apoiado o Governo Brasileiro na implementação desse pilar da Operação Acolhida, que facilita a garantia de direitos, autonomia e integração local de pessoas refugiadas e migrantes venezuelanas que estão no Brasil. O ACNUR enfatiza ainda seu apoio a todas as modalidades de interiorização e atua em todas as suas fases, seja antes da partida, durante a viagem e no destino final.

No mesmo sentido a estratégia de interiorização referenciada pela Operação Acolhida tem se mostrado eficaz na intermediação de oportunidades de trabalho formal, possibilitando integração dos venezuelanos à sociedade brasileira de maneira humanizada.

Segundo dados da ACNUR de 2022 a estratégia de interiorização já realocou cerca de 50 mil venezuelanos de Roraima para outras cidades brasileiras, onde há maiores oportunidades de geração de renda e integração social e econômica.

Conforme EGAS (2018) a resposta brasileira está alinhada com as recomendações dos organismos multilaterais sobre o acesso a seu território e adotar respostas adequadas e pragmáticas orientadas à proteção, tendo como base as boas práticas existentes na região e sob o princípio da proteção internacional como um ato humanitário e apolítico, consistentes com o espírito de solidariedade internacional.

De acordo com os dados relacionados a uma pesquisa de 2017(SIMÕES, 2017), apontou-se que 77% do total de venezuelanos entrevistados em Roraima aceitariam se deslocar para outras cidades brasileiras caso houvesse ajuda do governo brasileiro. A principal razão para aceitar o deslocamento é a possibilidade de emprego (79,6%), seguida de ajuda econômica (11,2%) e ajuda com moradia (5,2%).

Desse modo, a partir de diagnósticos e da nítida precária situação em que milhares de venezuelanos se encontravam em Roraima, o governo federal patrocinou o deslocamento de pessoas com interesse de partir daquele estado em direção a outros estados brasileiros.

Concernente a este deslocamento, em recente relatório sobre a matéria (BRASIL; OIM, 2020), identificou-se que 42.496 venezuelanos foram beneficiados com o programa federal de interiorização desde abril de 2018, sendo 15.296 somente em 2020. Os municípios que mais receberam esses migrantes foram Manaus (AM), São Paulo (SP), Curitiba (PR), Dourados (MS) e Porto Alegre (RS), de um total de 608 municípios espalhados por todo o Brasil.

Além do ponto de partida e o destino final que recebe este contingente, são também estabelecidas casas de passagem em pontos geográficos intermediários, permitindo o recebimento e acolhimento de venezuelanos por um curto período de tempo.

O processo de interiorização foi também fundamental para a diminuição da pressão econômica e social que ocorria no estado de Roraima. Melhores perspectivas econômicas ainda são o principal motor para a interiorização de venezuelanos em diversas cidades brasileiras, já tendo a Operação Acolhida patrocinado a emissão de mais de 89 mil Carteiras de Trabalho para venezuelanos (BRASIL, Casa Civil, 2020).

A título exemplificativo, anteriormente à Operação Acolhida, o perfil dos migrantes já refletia uma razoável dificuldade deste contingente de acessar o mercado de trabalho brasileiro, principalmente formal e de altos salários. Uma pesquisa (CNIg, 2017) demonstrou que 60% dos venezuelanos possuía alguma atividade remunerada, sendo somente 28% formalmente empregados. Ademais, a maioria deste contingente atuava no comércio (37%), seguido por serviço de alimentação (21%) e construção civil (13%).

3 PRINCIPAIS ENTRAVES NO PROCESSO DE INTERIORIZAÇÃO E AS INICIATIVAS PARA MITIGAÇÃO DOS IMPACTOS

O regime ditatorial do governo de Nicolas Maduro tornou a vida do cidadão venezuelano um verdadeiro caos, o obrigando a buscar meios de sobrevivência em outro país através da migração involuntária. As maiorias dos migrantes entraram no país pela fronteira norte do Brasil, no Estado de Roraima, e se concentra nos municípios de Pacaraima e Boa Vista, capital do Estado. Essa situação tornou-se caótica. Uma vez que nem Estado, quanto menos municípios estavam preparados para um contingente tão volumoso de pessoas, da noite para o dia, a cidade viu suas ruas e praças tomadas por estrangeiros, entre eles via-se famílias inteiras (crianças de colo, grávidas, idosos e até mesmo cadeirantes).

As notícias veiculadas pela mídia sobre a Venezuela mostraram o estado do povo que se encontra sem perspectiva de vida, vê-se que nem todos entraram no país por meios legais. Outras vezes mostram-se muitos casos de pessoas que ao chegarem ao Brasil, não conseguiram lugar para ficar, restando à rua como casa, que ocasionou por vezes a marginalização de quem já está carregada de dor e desespero.

Exemplo disto foi o episódio onde as fronteiras precisaram ser fechadas, devido a rapidez com que chegavam mais e mais migrantes de modo legal, como também ilegal, o que impediu o município de Pacaraima de controlar questões sanitárias, fazendo com que ressurgissem no Brasil doenças que já haviam sido erradicadas a mais de trinta anos como no caso do (sarampo).

O Ministério da Saúde (2018), divulgou informações do número de casos da doença destacando 788 casos de sarampo no Amazonas e 281 em Roraima. Além desses casos, alguns casos isolados foram registrados no Rio de Janeiro (14), Rio Grande do Sul (13), Pará (2), Rondônia (1) e São Paulo (1). Esses casos totalizam 1100 casos confirmados de sarampo no Brasil. Até tal data havia sido registradas 5 mortes (3 estrangeiros e 2 brasileiros).

Os serviços públicos (saúde, educação e segurança) não conseguiam atender a todos o que gerou a marginalização dos migrantes uma vez que estes não tinham acesso a documentação e por consequência ao mercado de trabalho.

Esse fluxo desordenado e sem acompanhamento, causou medo aos residentes locais. Alguns recebiam com carinho, outros os hostilizavam. Ante esta situação, foi necessário que o governo do Estado, solicitasse ajuda federal para conter a entrada desenfreada dos migrantes e buscassem meios de atender de forma digna aquele que haviam chegado. Para esse fim, como já citado anteriormente o governo federal iniciou a Operação Acolhida.

Por ser o Brasil um país com grandes dimensões territoriais, era injusto que apenas o Estado de Roraima recebesse e que buscasse formas de acolher o povo venezuelano. Assim iniciou o processo de interiorização. Os estados do Amazonas, São Paulo, Santa Catarina, Mato Grosso do Sul, Paraná e Rio Grande do Sul entre outros, foram os que mais receberam migrantes através da operação federal que, antes de interiorizá-los, disponibilizou serviços de emissão de documentos para a livre circulação e inserção no mercado de trabalho.

Embora, a maioria dos migrantes tenha estudo, formação educacional, capacidade e vontade de trabalhar ao chegarem às cidades que se propuseram a acolhê-los, se viram rodeados por desemprego e pelo medo da fome, situações das quais eles já haviam fugido. Isto acontece devido à ausência de programas que possa preparar a população local para receber os migrantes.

Algumas estratégias foram criadas com o objetivo de viabilizar o acesso às políticas públicas, no estado do Amazonas, por exemplo, foram realizadas pesquisas e a tabela abaixo mostra de forma objetiva os pontos que mais se destacaram como obstáculo para o processo de interiorização dos venezuelanos tornando-se uma barreira para inserção no mercado de trabalho na capital do Amazonas.

Para Mandalah e Heimbeck (2021) existem dois tipos de barreiras que dificultam a inserção laboral de refugiados e migrantes venezuelanos na economia manauara, as condições limitantes, ou seja, aquelas que são particulares do público venezuelano, que o afetam de forma única e as características gerais de mercado, que podem variar ao longo do tempo e afetam de forma similar todos aqueles que buscam trabalho, refugiado se migrantes.

Entre as cinco principais barreiras enfrentadas por venezuelanos na hora de procurar trabalho; quatro são condições limitantes, não características gerais do mercado. Portanto, são esses os principais fatores que prejudicam sua interação com o mercado de trabalho. Propostas de mitigação das mesmas são, portanto, cruciais.

CONDIÇÃO LIMITANTE	Dificuldades com a língua, com o português	45%
	Falta de recursos (para transporte e alimentação)	30%
	Preconceito/Desconfiança dos contratantes por eu ser imigrante	23%
CARACTERÍSTICA DE MERCADO	Muita competição, Muitas pessoas para poucas vagas	12%
CONDIÇÃO LIMITANTE	Desconhecimento sobre onde e como procurar emprego aqui	11%
CARACTERÍSTICA DE MERCADO	Falta de oportunidades na minha área de atuação aqui	10%
CONDIÇÃO LIMITANTE	Problemas com documentação, regularização da minha situação	9%
CARACTERÍSTICA DE MERCADO	Distância entre o local onde eu moro e onde existem as vagas	8%
CONDIÇÃO LIMITANTE	Não tem qualificação, cursos nas áreas em que existem vagas	7%
	Meus diplomas ou certificados não serem aceitos	6%
	Não conhecer pessoas daqui	6%
CARACTERÍSTICA DE MERCADO	Oportunidades de trabalho muito precárias	3%
	Golpes e fraudes	2%
CONDIÇÃO LIMITANTE	Não ter endereço fixo ou como comprovar meu endereço	1%

Fonte: Survey CEBRAP/OIM-ONU, maio de 2020.

Enquanto os migrantes legais sofrem com a xenofobia "(aversão ou discriminação a pessoas estrangeiras)", os ilegais padecem por não conseguir ter a livre circulação e com o medo de serem deportados de onde já fugiram. Neste cenário, ainda existem aqueles que mesmo legais, não conseguem falar a língua local, dificultando o acesso ao mercado de trabalho.

A realocação de migrantes em outros Estados do país é sem sombra de dúvidas uma grande ajuda, no entanto no que tange a integração de migrantes na sociedade brasileira e no mercado de trabalho, acesso a moradia, saúde e educação necessita ser melhor explicados.

O fechamento das empresas durante a pandemia causou um enorme número de desemprego no país. Muitos perderam tudo que tinham, incluindo seus empregos. Apesar, da oferta em dinheiro e da ajuda emergencial, a maioria até os dias atuais continuam desempregados e quando observam que os migrantes chegaram a pouco e já estão trabalhando, gera neles uma sensação de merecimento por parte dos governantes estaduais e municipais oportunidades às quais este cidadão brasileiro não está tendo acesso.

Talvez a população local devesse ter conhecimento prévio de como isso é feito, de onde sai a verba para esse processo de travessia, quem está pagando a conta, ou seja, a falta de

conhecimento da população sobre como o governo realiza esses atos, cria um entrave na política integração.

Em meio as grandes dificuldades e obstáculos enfrentados pelo Brasil nesse processo, o país tem se mostrado amigo, tem recebido e amparado o povo venezuelano que conseguiu chegar até aqui. Mas não bastava receber, precisava integrar esse povo de forma digna. E foi dessa forma que surgiram iniciativas com intuito de fomentar condições para efetivação das ações da resposta humanitária nacional.

- a) Operação Acolhida - que conseguiu desafogar a cidade de Pacaraima e por consequência o Estado Roraima uma vez que o governo chegou a limitar o atendimento de saúde para venezuelanos para que não faltasse aos brasileiros residentes locais.
- b) Criação de residências temporárias que retiraram das ruas centenas de famílias estrangeiras que estavam vivendo em situação de calamidade.
- c) Fornecimento de cerca de 34 mil refeições aos venezuelanos que estão nos abrigos e alojamentos, evitando o surgimento e o ressurgimento de doenças que já haviam sido erradicadas.

Nos estados que receberam migrantes, também foram desenvolvidos projetos para favorecer a interiorização e integração ao mercado de trabalho.

Em Manaus a OIM (2021) viabilizou as integrações por meio da criação da seguinte estratégia E: estruturar um banco de dados integrado; M: mitigar condições limitantes para empregabilidade; P: prospectar ativamente vagas de trabalho; L: legitimizar as habilidades e o grau de instrução dos mais escolarizados; E: elevar qualificação dos menos escolarizados; O: oficializar Manaus como Cidade-Origem no Programa Vaga de Emprego sinalizada da Operação Acolhida - E.M.P.L.E.O a sigla foi elaborada e a partir do:

Plano de Ação buscou-se o menor número de ações, com a maior escala e efetividade possível, levando sempre em consideração as potencialidades e as limitações do "ecossistema" de acolhimento e de inserção laboral já existente. Existiu também a preocupação em "embalar" um eventual Plano de Ação de forma a potencializar o seu "marketing institucional" e memória visual junto aos mais diversos atores, dos quais se espera um papel ativo na execução das propostas aqui apresentadas. A formulação do título, "E.M.P.L.E.O. Manaus" é um resultado desta consideração.

Vê-se na inserção laboral adequada condição fundamental no processo de integração da população venezuelana no Brasil, com fins de garantir-lhe um acesso efetivo ao mercado de

trabalho e a renda, para que cada indivíduo possa assim sustentar suas famílias, e, com o tempo, desenvolver estratégias de desenvolvimento profissional e adquirir a sua autonomia econômica.

A recuperação econômica local encontrava-se lenta desde a crise que o país viveu entre 2014 e 2016. Desde 2017, Manaus gerou uma média de 6 mil novos postos de trabalho ao ano. Em que pese a contração em 2020 do mercado, devido aos impactos da COVID 19, iniciou-se um segundo ciclo de recuperação já a partir de 2021, com o efetivo controle da crise sanitária. Mercado este que deve ser impulsionado pelos mesmos setores que vinham impulsionando a economia desde 2017: Comércio; Saúde; setor de Segurança e Conservação Predial; alguns setores da Indústria; setor de Transporte e Logística; a Construção Civil; e alguns sub setores de Serviços (como Limpeza e Tecnologia da Informação).

A criação de condições para a inserção laboral de milhares de refugiados e migrantes venezuelanos na economia brasileira nos próximos anos pode se beneficiar de estruturas e experiências que Manaus já possui.

Outras iniciativas podem ser destacadas no Amazonas e São Paulo Projeto “Ven, Tú Puedes!”, da Visão Mundial, em Manaus, Amazonas – Designou equipes para cadastrar os migrantes no projeto, elaboraram currículos, emitiram a carteiras de trabalho e orientam os venezuelanos sobre direitos humanos e questões trabalhistas.

Em São Paulo a Casa Venezuelana- principais áreas de ação são a inserção laboral e sociocultural. Para isso contam com a parceria de organizações que atuam na área, do governo brasileiro e de países que apoiam a causa, bem como de empresas privadas. Também defendem os valores democráticos, com o respeito às liberdades individuais e aos direitos humanos.

No Rio Grande do Sul o Centro Ítalo-Brasileiro de Assistência e Instrução às Migrações (Cibai Migrações), entidade vinculada à Igreja Nossa Senhora do Rosário de Pompéia e mantida pela Agência dos Estados Unidos para o Desenvolvimento Internacional (USAID), o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e o Scalabrini International Migration Network (SIMN). de Porto Alegre.

São diversos os programas de apoio aos migrantes espalhados pelo país. Um fato corriqueiro observado nos grupos viajantes são os de mulheres que chegam sozinhas outras vezes com os filhos e maridos, porém, são abandonadas com suas crianças e precisam aprender a viver um novo lugar com suas crianças e desempregadas.

Morando há 4 anos no Brasil, Vanessa, com incentivo da mãe, criou em sua própria casa, em Roraima, um espaço para dar aulas de reforço para crianças e adolescentes. As dificuldades em conseguir emprego na sua área de atuação foram o motivo para criar um empreendimento no ramo. “Na Venezuela, eu era professora universitária e também dava aulas para alunos

do ensino médio. Eu tinha um bom salário e conseguia viver bem com minha família, porém, com as dificuldades que o país enfrentava e com meu filho ficando doente, eu decidi largar tudo e vir morar no Brasil”, relembra. (<https://brazil.unfpa.org/>)

Pensando nessas mulheres, a ACNUR, ONU Mulheres e UNFPA, criou a MOVESE - Empoderamento Econômico de Mulheres Refugiadas e Migrantes no Brasil tem como objetivo garantir as venezuelanas refugiadas e migrantes a oportunidade de desenvolvimento econômico

Iniciativas assim como estas listadas a cima, garantem os migrantes a galgarem melhores condições de vida e muitas vezes através desses, a vida de cidadãos brasileiro também podem melhor.

CONCLUSÃO

No ano de 2017, o Brasil sem perceber, teve suas fronteiras com a Venezuela invadidas silenciosamente por uma massa de migrante que fugiam desesperados do regime cruel e ditatório do governo andino. A Venezuela vinha sofrendo com a alta inflação, mesmo antes da morte do ex-presidente Hugo Chávez. Com a chegada de Maduro os produtos alimentícios passaram a ter preços que saltaram do alto para o exorbitante, já não atendendo a população, a situação política era duvidosa, a Venezuela estava desmoronando com um alto nível de desemprego.

Concluimos que era necessário um esforço conjunto para garantir assistência mínima em condições dignas ao mesmo tempo para um número tão grande de pessoas, proteção, direitos, saúde, moradia, educação e o mais importante emprego, mas de que forma? Como garantir ao estrangeiro aquilo que o próprio Brasil estava buscando para a população?

Desemprego, desespero, fome e medo fizeram seus cidadãos vender suas casas, seus bens, arrumarem pequenas malas, e fugiram para o Brasil. Alguns chegava de carro, mas em suma chegavam a pé. Após longos dias de caminhada, por estradas e outras vezes por matas, enfrentando todo tipo de adversidade, mas com a esperança de uma vida melhor. Pacaraima dormiu tranquila e serena, amanheceu com o barulho do choro de alegria daqueles que conseguiram ultrapassar as fronteiras.

Respirou o venezuelano aliviado e pensou o brasileiro “e, agora o que fazer para ajudar esse povo”?

O Brasil sempre foi um país acolhedor e de boas relações com os vizinhos venezuelanos, porém não se esperava receber seus cidadãos em grande massa. Ainda assim, buscou meios para garantir direitos básicos. Desenvolveu projetos de acolhimento, forneceu documentações e acomodações, assistência humanitária (alimentação e consultas médicas com vacinação

emergencial). Realocou famílias para outros estados brasileiros com ajuda da Força Aérea Nacional promovendo a interiorização, buscou ONG's que pudesse ajudar na formação com cursos técnicos, encaminhamento para empresas e apoio financeiros para quem tivesse interesse em tornar-se micro empreendedor.

Em resumo, observou-se que o Brasil, embora tenha apresentado uma grande vontade de inserir os migrantes venezuelanos na sociedade de forma geral, a integração ainda é precária. O migrante traz força de anseios, experiência, inovação, traz saberes e outras culturas. Tendo posse desse conhecimento ele pode auxiliar no desenvolver de novos projetos na empresa na qual estiver trabalhando ou até mesmo criar a sua, e gerar renda para si e outros.

REFERÊNCIAS

ACNUR. Dados sobre refúgio no Brasil. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/dados-sobre-refugio-no-brasil/>>. Acesso em: 30 Jan 2022.

ACNUR. Entenda o que é a estratégia de interiorização e por que ela é referência global. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/2021104/20/entenda-o-que-e-a-estrategia-de-interiorizacao-e-porque-ela-e-referencia-global/>>. Acesso em: 30 Jan 2022.

AYRES, J. R. C. M. et al. O conceito de vulnerabilidade e as práticas de saúde: novas perspectivas e desafios. In: CZERESNIA, D.; FREITAS, C. M. Promoção da saúde: conceitos, reflexões, tendências. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003. p. 117-139.

MUCI-MENDOZA, R. Venezuela: violence, human rights, and health-care realities. *The Lancet*, London, v. 383, n. 9933, p. 1967-1968, 2014.

NASCIMENTO, L. C. N. et al. Theoretical saturation in qualitative research: an experience report in interview with schoolchildren. *Revista Brasileira de Enfermagem*, Brasília, DF, v. 71, n. 1, p. 228-233, 2018.

PACHECO-CORAL, A. D. P. Statelessness, exodus, and health: forced internal displacement and health services. *Cadernos Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 34, n. 4, p. e00027518, 2018.

PRODANOV, C. C. Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

ROA, A. C. Sistema de salud en Venezuela: ¿un paciente sin remedio? *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 34, n. 3, p. e00058517, 2018.

RODRIGUES, E. RR registra quase 2 mil casos de AIDS e HIV e maioria são homens. *Folha de Boa Vista*, Roraima, 26 jun. 2019. Disponível: <Disponível: <https://bit.ly/2ylkpuk> >. Acesso em: 29 mar. 2022.

RORAIMA. Decreto nº 26.577-E, de 24 de fevereiro de 2019. Decreta estado de calamidade na Saúde Pública do Estado de Roraima, em face da crise humanitária e violência na Venezuela impactando o serviço de saúde nos hospitais do Estado localizados nos municípios de Pacaraima e Boa Vista. Diário Oficial do Estado de Roraima, Boa Vista, ed. 3425, p. 2, 25 fev. 2019.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Análise e Avaliação do Desenvolvimento Institucional: da Política de Imigração No Brasil para o Século XXI. FGV: DAPP, Rio de Janeiro, 2015.

JUBILUT, Liliana Lyra. O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 1. ed. Brasil: Método, 2007. 272 p. v. 1. ISBN 9788576601982. Disponível em: [https://www.acnur.org/portugues/wpcontent/uploads/2018/02/O-Direito-Internacional dos-Refugiados-e-suaAplica%C3%A7%C3%A3o-no-OrdenamentoJur%C3%ADdico Brasileiro.pdf](https://www.acnur.org/portugues/wpcontent/uploads/2018/02/O-Direito-Internacional-dos-Refugiados-e-suaAplica%C3%A7%C3%A3o-no-OrdenamentoJur%C3%ADdico-Brasileiro.pdf). Acesso em: 1 jun. 2022.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS (ACNUR). A Resposta Humanitária no Brasil: Uma análise sobre a Estratégia de Interiorização, REACH, 2019. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wpcontent/uploads/2020/07/REACH_Relat%C3%B3rio-de-Interioriza%C3%A7%C3%A3o-FINAL-PORTUGUESE.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2022.

BAENINGER, Rosana; **PERES,** Roberta. Migração de crise: a migração haitiana para o Brasil. Revista Brasileira de estudos de População, v. 34, n. 1, p. 119-143, 2017.

BRASIL. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Diário

Oficial da União, Brasília. DF, 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em: 1 jun. 2022.

BIOPIRATARIA NA AMAZONIA: A EXPLORAÇÃO NÃO AUTORIZADA DE VEGETAIS PARA USO FARMACEUTICO X A PERDA DA PROPRIEDADE DO CONHECIMENTO TRADICIONAL

CINDY BRENDA CORREA DOS SANTOS:

Graduanda do curso de Direito pela Faculdade Metropolitana de Manaus (FAMETRO).

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo mostrar como a biopirataria se instaura e permite uma distribuição desigual de lucros obtidos através dos recursos da Amazônia, entre os estados, grandes corporações multinacionais e comunidades indígenas, além disso, objetiva pesquisar medidas alternativas para dar espaço a globalização e promover o desenvolvimento sustentável associado à produção e comercialização de produtos da Amazônia, bem como os conhecimentos tradicionais das comunidades indígenas, visando sempre a cautela para não degradar o meio ambiente. Partindo do método indutivo e dedutivo, pesquisa bibliográfica e análise de caso, percebe-se que os países que detêm uma grande quantidade de riqueza de patrimônio genético da Amazônia e fornecedores de recursos biológicos precisam de uma nova estrutura legal, com fortes mecanismos de fiscalização, eficazes e suficientes para regular os contratos de bioprospecção e proteger o uso de recursos genéticos e o conhecimento tradicional, associando essas medidas a um ótimo ambiente de conservação.

PALAVRAS-CHAVE: Biopirataria. Conhecimento tradicional. Vegetais. Exploração.

ABSTRACT: This article aims to show how biopiracy is established and allows an unequal distribution of profits obtained through the resources of the Amazon, between states, large multinational corporations and indigenous communities, in addition, it aims to research alternative measures to give space to globalization and promote sustainable development associated with the production and commercialization of products from the Amazon, as well as the traditional knowledge of indigenous communities, always seeking to be careful not to degrade the environment. Starting from the inductive and deductive method, bibliographic research and case analysis, it can be seen that countries that hold a large amount of wealth of genetic heritage in the Amazon and suppliers of biological resources need a new legal structure, with strong inspection mechanisms, effective and sufficient to regulate bioprospecting contracts and protect the use of genetic resources and traditional knowledge, associating these measures with an optimal conservation environment.

KEYWORDS: Biopiracy. Traditional knowledge. Vegetable. Exploration.

1 INTRODUÇÃO

O grupo ETC (Grupo de Ação sobre Erosão, Tecnologia e Concentração) definiu o termo biopirataria como a "apropriação do conhecimento e dos recursos genéticos de agricultura e comunidades indígenas por indivíduos ou instituições que buscam controle de monopólio exclusivo (patentes ou propriedade intelectual) sobre esses recursos e conhecimento.

Convém citar que outra definição muito mais simples para a biopirataria "é roubo, ou apropriação ilegal de material genético sem o consentimento das partes interessadas". Esta prática

ilegal contribui para a destruição do meio ambiente e põe a biodiversidade em risco, não somente do Brasil, mas de todo o mundo.

A biopirataria permite uma distribuição desigual de lucros obtidos através dos recursos da Amazônia, entre os estados, grandes corporações multinacionais e comunidades indígenas.

A falta de uma divisão justa se torna uma apropriação indevida dos recursos naturais de um país que não participou da repartição dos benefícios gerados pelo uso dos recursos genéticos nascidos em seu território, esta prática viola as disposições da Convenção sobre Biodiversidade Biológica (CDB).

A Convenção sobre Biodiversidade Biológica (CDB), em conjunto com o Protocolo de Nagoya regulamentam o uso dos recursos naturais e busca prevenir a atuação da biopirataria internacionalmente.

O Brasil também promulgou a Lei nº 13.123 de 20 de Maio de 2015 e os decretos legislativos que serviram para implementar as disposições da CDB. No entanto, essas leis são vagas, fazendo com que não sejam rigorosamente cumpridas.

Essa Lei, teve uma grande participação de setores como pesquisadores e indústrias, mas foi esquecido algo importante, o papel das comunidades tradicionais. Sendo assim, a exclusão dessa população em relação as atividades associadas a biodiversidade contradizem totalmente o que diz a Convenção 169 da OIT, da qual o Brasil é signatário.

No Brasil, a retirada descontrolada de recursos naturais é uma ocorrência regular que ameaça a rica biodiversidade brasileira e cria injustiças sociais que contribuem para a pobreza entre as comunidades indígenas, conseqüentemente, o aumento da pobreza leva à corrupção.

A falta de melhores oportunidades dos povos indígenas acompanhada pela perda de recursos naturais permite o crescimento do comércio ilegal no Amazonas. As comunidades indígenas precisam vender animais e plantas para suprir suas necessidades de subsistência.

No entanto, nem toda exploração da biodiversidade de um país é ilegal ou é um caso de biopirataria. A bioprospecção é a exploração "legal" de biodiversidade para fins comerciais e pode ser visto como um incentivo para os países em desenvolvimento protegerem a biodiversidade e conhecimento enquanto desenvolvem a biotecnologia.

Primeiramente este artigo irá apresentar uma visão geral dos impactos da biopirataria na Amazônia brasileira. Essa parte ilustra como a ilegalidade e a exploração da fauna e da flora colocam espécies em risco de extinção, e investigar o papel das comunidades indígenas.

Em seguida, será apontado como a estrutura legal internacional que regula a repartição de benefícios, como a CDB e o Protocolo de Nagoya, desempenham um papel importante na regulação da comercialização internacional de recursos genéticos. Neste decorrer considerasse como tais regulamentações afetam o aumento das atividades relacionadas à biopirataria.

Mais à frente, será discutido o papel dos direitos de propriedade intelectual como obstáculo para implementar a repartição de benefícios. Examina a linguagem de TRIPS e como isso entra em conflito com a CDB e o Protocolo de Nagoya, além de fornecer uma breve visão geral sobre como as patentes dos EUA e a lei de marcas registradas facilita a biopirataria ao permitir o registro de produtos nativos para a Amazônia brasileira.

Este artigo irá descrever a estrutura legal existente no Brasil e examinar as deficiências de suas leis atuais sobre contratos de bioprospecção e proteção da biodiversidade. Além disso, ele examina como a bioprospecção pode proporcionar a conservação da biodiversidade e o desenvolvimento sustentável.

Por fim, explica como mudanças na legislação vigente podem impedir a biopirataria, o que protegerá a rica biodiversidade da Amazônia, bem como as comunidades indígenas que dependem da floresta para sua subsistência.

2 BIOPIRATARIA NA AMAZÔNIA BRASILEIRA

O Brasil possui cerca de 10% a 20% de toda a diversidade biológica de todo o planeta, mais do que qualquer outra nação. A floresta amazônica é o maior bioma do país, abrange aproximadamente 49% do território brasileiro e abriga diversas comunidades indígenas. (IBGE, 2022).

Diante de um país que está em processo de busca de desenvolvimento social e econômico, é possível observar o perigo que essas mudanças trazem para a biodiversidade e comunidades indígenas, já que todo o processo é realizado sem leis que os assegurem.

A biopirataria não abrange apenas o comércio ilegal de espécies de animais e plantas, mas também a apropriação ilegal e o monopólio do conhecimento das populações tradicionais brasileiras sobre o uso de recursos existentes no ambiente em que vivem.

Essa exploração resulta na perda de direitos de propriedade sobre os recursos naturais essenciais para os indígenas sobreviverem em suas comunidades. Além disso, contribui para a extinção de espécies ameaçadas e graves problemas ambientais.

Produtos e subprodutos derivados da biodiversidade amazônica são utilizados principalmente pelas indústrias farmacêuticas e de biotecnologia, um grande exemplo desses artefatos são os chamados "óleo verde".

Apesar do aspecto muito lucrativo dessa atividade, o Estado explorado e as comunidades indígenas cujos conhecimento ajudou a indústria a encontrar e comercializar o óleo verde não recebem qualquer porcentagem dos lucros das empresas estrangeiras.

E assim se cria um círculo vicioso da biopirataria na floresta, onde pessoas físicas e jurídicas estrangeiras se beneficiam do conhecimento tradicional e compram os recursos necessários a um custo muito baixo. Uma fórmula muito simples dessa exploração se ergue diante dos seguintes elementos: conhecimento livre + recurso barato = milhões de dólares em produtos.

Anualmente, estima-se que o Brasil perde mais de US\$ 5 bilhões com o tráfico de extratos de plantas nativas, madeira, animais silvestres e outros biológicos. Esse resultado se dá pela falta de melhores políticas públicas ambientais e má aplicação da legislação existente. (ARAUJO, 2021).

Infelizmente, a maior parte dos recursos é obtida por meio da biopirataria, afastando a possibilidade do Brasil, juntamente com os indígenas e outras comunidades tradicionais participarem de uma divisão justa desses lucros.

2.1 Extração ilegal de plantas

A exploração descontrolada de plantas é responsável pela perda da biodiversidade amazônica. O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) estima que milhares de plantas medicinais e madeira são exportados ilegalmente a cada ano.

Além disso, dois terços das plantas utilizadas pelas empresas farmacêuticas são provenientes de florestas tropicais.

Cientistas estrangeiros vieram ao Brasil a frente de uma ONG, supostamente para promover a conservação dos recursos naturais encontrados na Amazônia. Mas a realidade é que sob a ONG havia uma máscara que escondia a verdadeira vinda desse grupo, esses cientistas trabalhavam ilegalmente com as comunidades indígenas para catalogar plantas e suas capacidades medicinais e, em seguida, vendê-los para corporações estrangeiras.

O comércio de madeira é uma ameaça significativa para as florestas tropicais do Brasil. Os Estados Unidos, por exemplo, são o maior importador de mogno.

A extração excessiva desse tipo de madeira causa desmatamento. O desmatamento é resultado não só da extração do mogno em si, mas também o corte de árvores em áreas próximas do local de extração, devido à necessidade de espaços abertos para permitir o transporte das toras.

Esse desflorestamento causa alterações de habitat e, conseqüentemente, perda de biodiversidade. Ademais, além da madeira, muitas outras plantas são exportadas sem quaisquer medidas regulamentares.

As plantas nativas da Amazônia são amplamente utilizadas nas indústrias farmacêutica, cosmética, alimentícia e de pesticidas. Empresas estrangeiras obtiveram patentes para muitas plantas brasileiras.

Por exemplo, a Aveda, uma corporação norte-americana, tem uma patente sobre a "copaíba", uma árvore amazônica. A Merck Laboratories tem uma patente do "jaborandi" que contém a molécula "pilocarpina", que é um importante componente da medicina do glaucoma.

Na tentativa de evitar patentes internacionais de seus produtos naturais, o governo brasileiro criou uma lista com mais de 5.000 nomes genéricos dos recursos biológicos brasileiros e o enviou aos organismos internacionais para desencorajar o registro.

3 PARTICIPAÇÃO E CONHECIMENTO DAS COMUNIDADES TRADICIONAIS

Um dos componentes da biodiversidade é o conhecimento tradicional. As tradicionais comunidades da Amazônia, como os povos indígenas, os "quilombolas" (descendentes de escravos africanos), e a população que vivem em pequenas comunidades ribeirinhas chamadas de ribeirinhos, dependem dos recursos naturais para sua subsistência.

Essa população realiza técnicas, não só de pesca e caça, mas também de como usar esses recursos naturais para fins médicos. Por esta razão, as comunidades tradicionais desempenham um papel fundamental no processo da biopirataria.

As comunidades tradicionais são vítimas e precisam de proteção especial contra a exploração. Além do mais, eles precisam ser capacitados e informados sobre suas importantes funções na conservação e no desenvolvimento sustentável das regiões em que habitam.

Essa participação das comunidades tradicionais na biopirataria ocorre de duas formas: seja porque seu conhecimento é roubado ou porque eles foram coagidos a vendê-los.

O conhecimento tradicional é a parte essencial da biopirataria porque para saber onde encontrar os recursos e o que pode ser usado deles, os exploradores precisam da ajuda das comunidades locais. Fazendo-se passar por cientista ou turista, os criminosos enganam as pessoas para obter informações.

As comunidades que habitam a Amazônia são amigáveis, simples e em sua maioria, não bem-educados, facilitando com que os chamados "cientistas" se passem como amigos confiáveis e extraíam informações que fazem toda a diferença na hora de produzir remédios e outros produtos da biotecnologia.

Outra dimensão do problema é a pobreza. Como as comunidades indígenas carecem de soluções financeiras, o único meio de sobrevivência é vender plantas, animais e o conhecimento sobre esses bens naturais para o comércio ilegal.

Ademais, as populações tradicionais são os principais contribuintes para o comércio ilegal de espécies ameaçadas de extinção devido ao alto nível de pobreza que essas comunidades enfrentam. A falta de recursos em tempo de seca, por exemplo, leva essas comunidades a vender animais selvagens por sobrevivência.

Alguns grupos têm a sorte de se tornarem mais bem informados sobre a valorização do conhecimento tradicional com a ajuda de organizações não governamentais ("ONGs"). Um bom exemplo é o caso da Natura que é uma empresa de cosméticos líder no Brasil.

No ano de 2007, o Ministério Público ajuizou uma ação civil em nome de uma tribo sobre a possível utilização de conhecimento tradicional não autorizado pela empresa. Esta ação é um passo na direção certa; entretanto, muito mais precisa ser feito para capacitar as comunidades tradicionais, como o empoderamento em forma de educação e as melhores infraestruturas.

As populações tradicionais em todo o mundo são vítimas de exclusão política, perseguição e muitas outras limitações, incluindo a falta de seus direitos civis. Suas atividades econômicas e de subsistência são cruciais para a proteção do meio ambiente.

Portanto, é extremamente importante respeitar os direitos humanos dessas pessoas para que possam viver suas vidas com dignidade. Eles precisam entender a importância de proteger seu conhecimento, seu habitat e a biodiversidade ao seu redor.

4 REPARTIÇÃO DE BENEFÍCIOS NO PANORAMA JURÍDICO INTERNACIONAL

O direito internacional desempenha um papel importante na proteção da biodiversidade. Como resultado da migração de animais entre continentes e plantas sendo comercializados em todo o mundo, o aumento do comércio internacional de biotecnologia criou uma interconexão entre a conservação da biodiversidade e os direitos de propriedade intelectual.

O valor econômico da biodiversidade pode ser medido por seu uso diverso de finalidade, alguns exemplos são: comércio de vida selvagem, ecossistema, serviços, agricultura e segurança alimentar. Portanto, existem uma série de tratados sobre o assunto.

A biodiversidade tem valor e é definida pelo direito internacional como "a variabilidade entre os organismos vivos de todas as fontes, incluindo, entre outros, ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos dos quais fazem parte; isso inclui diversidade dentro das espécies e dos ecossistemas". Essa definição abrange não apenas o valor intrínseco dos animais e plantas como organismos vivos, mas também o valor econômico da biodiversidade.

As três fontes mais relevantes do direito internacional em questão são a CBD, TRIPS e o Protocolo de Nagoya. A CDB (Convenção sobre Diversidade Biológica) concentra-se principalmente na conservação da biodiversidade. Seus principais objetivos são a "repartição equitativa dos benefícios decorrentes da utilização dos recursos genéticos" e a "proteção do conhecimento tradicional".

O TRIPS, por outro lado, é um contrato de direito de propriedade intelectual ("DPI") e suas disposições conflitam com a CDB, porque protege apenas os direitos de propriedade intelectual sem reconhecer a repartição de benefícios ou o conhecimento tradicional.

O desenvolvimento mais recente no contexto de repartição de benefícios é o Protocolo Nagoya que teve um atraso de 10 anos para ser ratificado. O Brasil finalmente realizou esta ratificação em 4 de março de 2021, sancionado pelo presidente da República, Jair Bolsonaro.

Esse protocolo versa sobre o acesso a Recursos Genéticos e o Direito Justo e Equitativo das Repartição de benefícios decorrentes de sua utilização à Convenção sobre Diversidade Biológica.

O principal objetivo do Protocolo de Nagoya é garantir que as partes do acordo estão adotando a disposição de repartição de benefícios da CDB.

Assim, há uma crescente consciência internacional de que a biodiversidade é indispensável para garantir a existência contínua de vida humana neste planeta. Portanto, a conservação é uma questão de sobrevivência e as práticas de biopirataria precisam acabar em todo o mundo.

4.1 A Convenção sobre Diversidade Biológica

A Convenção sobre Diversidade Biológica foi adotada em junho 1992, na Cúpula da Terra do Rio de Janeiro, Brasil. As partes que negociaram a convenção chegaram à conclusão de que a preservação da biodiversidade era uma "preocupação comum da humanidade".

Apesar das críticas à linguagem vaga da CDB, a Convenção tem vários conceitos ambientais positivos, ela incentiva o uso sustentável dos recursos naturais por meio de leis nacionais de conservação de seus Estados membros e prevê o reconhecimento do saber tradicional e sua relevância para conservação da biodiversidade.

Um dos artigos mais controversos da CDB é o Artigo 15, que fala acerca da repartição de benefícios. Esse artigo estabelece que a compensação deve ser dada pelo uso dos recursos genéticos de um país. Isso significa uma parte equitativa dos benefícios e resultados obtidos da utilização dos recursos genéticos ou do conhecimento tradicional associado a esses recursos deve ser compartilhada. Em outras palavras, o Sul facilita o acesso à biodiversidade para fins comerciais e a Norte deve pagar por isso.

Este é o tipo legal de biopirataria também conhecido como bioprospecção. O objetivo da provisão de repartição de benefícios é que os países ricos em biodiversidade possam fazer acordos de comércio para acesso a recursos genéticos.

Os Estados Unidos assinaram, mas não ratificaram a convenção. Suas principais objeções eram as provisões de propriedade intelectual, compartilhamento de benefícios e os requisitos para conservação doméstica. Ele detém muitas patentes de recursos genéticos localizados em outros países. Portanto, os EUA não têm interesse na repartição de benefícios, apenas no beneficiamento próprio.

4.2 Protocolo de Nagoya

Um dos objetivos mais importantes da CDB é o acesso a recursos genéticos e repartição de benefícios previsto no artigo 15 da Convenção.

Ao reconhecer os direitos soberanos dos Estados provedores sobre seus recursos naturais, a Convenção estabeleceu que os Estados possuem autoridade para determinar o acesso a recursos genéticos em áreas dentro de sua jurisdição. Além disso, os Estados membros têm a obrigação assegurar a repartição dos benefícios derivados da sua utilização.

Os Estados Partes da CDB adotaram o Protocolo de Nagoya sobre acesso aos recursos genéticos e à repartição justa e equitativa de benefícios decorrente de sua utilização para a Convenção sobre Diversidade Biológica na décima reunião da conferência das partes, realizada em Nagoya, Japão, em outubro de 2010.

O Protocolo exige que suas disposições sejam implementadas por seus Estados Partes na legislação nacional. O principal objetivo do Protocolo de Nagoya é criar mais certeza e transparência para os provedores e usuários dos recursos genéticos de determinado país. No entanto, o sucesso também depende da adoção e aplicação de fortes legislação interna pelas partes no acordo.

Esse regulamento é um grande passo para acabar com a biopirataria porque essas transações devem ser feitas contratualmente, o que poderia garantir recursos econômicos usados para conservação e compensação do conhecimento tradicional.

A adoção deste acordo de repartição de benefícios ajudará as comunidades tradicionais e os países em desenvolvimento a superar a falta de proteção contra ameaças domésticas e internacionais.

5 INSTRUMENTOS DEFICIENTES DO ATUAL SISTEMA BRASILEIRO

Um dos maiores desafios do Brasil para combater a biopirataria no Amazônia é a falta de instrumentos jurídicos fortes que possam regular o acesso à biodiversidade. Há, no entanto, um grupo de leis federais que complementam a Constituição Federal.

A estrutura legal responsável por regular a pesquisa, o uso da biodiversidade e a repartição de benefícios é extensa. Todas as leis seguem a ratificação da CDB como mecanismos de implementação.

As regulamentações mais importantes são: Decreto 2.519/98, Lei 13.123/15, e Decretos 8.772/16, 4.339/02, 5.439/05. Este trabalho terá como foco a Lei 13.123/15 como principal instrumento legal abordando o uso comercial de recursos genéticos e conhecimento.

5.1 A Constituição Federal Brasileira

A Constituição Federal Brasileira é a lei máxima do Brasil e expressa os princípios e valores nacionais sobre a conservação da biodiversidade brasileira. Reconhece que biodiversidade pertence ao povo.

Os artigos relevantes da Constituição estabelecem diretrizes federais para a pesquisa científica, o direito à ambiente saudável, conservação ambiental e proteção de povos indígenas e conhecimentos tradicionais.

A disposição para pesquisa científica encontra-se no artigo 218, que prevê que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação". O § 2º exige que esta pesquisa deve focar principalmente na solução do problema brasileiro e para o desenvolvimento dos sistemas produtivos nacional e regional.

O direito a um ambiente saudável no artigo 225 da Constituição garante a todos os cidadãos brasileiros "o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado". Esta disposição também

incorpora o princípio do desenvolvimento sustentável e impõe ao governo "o dever de defender e preservar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras."

Adiante, no **§ 1º, II** afirma que o governo é responsável pela preservação da "diversidade e integridade do patrimônio genético do País" e pela fiscalização de "entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético."

O direito dos povos indígenas à terra e aos recursos naturais está expresso no artigo 231. Ele reconhece a "organização social, costumes, línguas, crenças e tradições" dos povos indígenas brasileiros e protege seus interesses, bem como seus direitos originais às "terras que tradicionalmente ocupam".

O **§ 1º** explica que as terras tradicionalmente ocupadas são "aquelas terras em que os índios habitam permanente, aquelas utilizadas para suas atividades produtivas, as indispensáveis para a preservação dos recursos ambientais necessários para seu bem-estar e os necessários à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições".

Além do parágrafo 1º do artigo 231, o parágrafo 6º estabelece que qualquer exploração da riqueza natural dessas terras será "nula" e não produzirá efeito jurídico "exceto no caso de relevante interesse público da União, conforme disposições de lei.

Assim, o parágrafo 6º abre a porta para a legislação que permite a comercialização e o acesso à biodiversidade das terras ocupadas pelos indígenas.

A Constituição foi adotada em 1988 e estabeleceu normas federais para quaisquer leis que o Congresso sancione. De acordo com suas disposições, o governo tem a responsabilidade de seguir esses padrões para fins científicos, desenvolvimento, conservação da biodiversidade e proteção de pessoas.

Em 1994, o governo brasileiro ratificou a CDB e desde então, o Brasil promulgou várias leis para implementar a CDB em jurídico interno. A Constituição e outras leis criaram instrumentos e instituições governamentais para explorar a vasta biodiversidade do Brasil.

5.2 A insuficiência da Lei 13.123/15 na proteção do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais

A Lei nº 13.123/15, foi bem recepcionada por algumas categorias, por exemplo, os cientistas e indústrias farmacêuticas, pois houve uma grande simplificação em relação aos procedimentos legais que eram usados anteriormente, que praticamente inviabilizavam o acesso aos produtos naturais da Amazônia e os conhecimentos tradicionais do povo ao redor, em razão de obstáculos impostos à inovação e às patentes.

Essa lei é regulamentada pelo Decreto nº 8.772/2016, surgiu no ordenamento jurídico nacional com o objetivo de regulamentar o Art. 225, §1º, II e o § 4º da Constituição Federal de 1988; bem como o art. 1, art. 8, j, art. 10, art. 15, e art. 16, §§ 3º e 4º da Convenção sobre Diversidade Biológica.

De acordo com a nova lei, “os procedimentos e autorização prévia foram substituídos por um cadastro durante a fase da pesquisa e desenvolvimento tecnológico e por uma notificação antes do início da exploração econômica de um produto acabado ou material reprodutivo oriundos do acesso ao patrimônio genético do país e do acesso ao conhecimento tradicional associado. Ou seja, a repartição dos benefícios ocorre somente quando da comercialização destes produtos”.

Desde quando começou a vigorar essa lei é objeto de muitas discussões, principalmente por ser marco legal de acesso ao patrimônio genético, da proteção e acesso ao conhecimento tradicional e da repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade.

Diversos defensores dessa legislação, afirmam que nela existem vários estímulos para o desenvolvimento tecnológico associado a biodiversidade. Alegam ainda que essa lei tem o enalço de compatibilizar a proteção ao meio ambiente com as normas aplicáveis à questão da propriedade intelectual.

Outrossim, a legislação que antecedeu a Lei nº 13.123/15 obrigava a solicitação de autorização prévia para pesquisa. No entanto, atualmente essas exigências foram retiradas, eliminando os longos processos para o início da exploração da biodiversidade.

Apesar de algumas categorias recepcionar muito bem a edição dessa lei, a mesma traz um grande retrocesso relacionado aos direitos das comunidades tradicionais, quanto aos seus conhecimentos em relação a biodiversidade do local em que vivem.

É importante ressaltar que o processo de tramitação da lei em questão, foi realizado em regime de urgência, não dando importância as normas de direito internacional, especialmente a Convenção 169 da OIT (Organização Social do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais), que foi promulgada em nosso ordenamento jurídico por meio do Decreto nº 5.051/2004.

A referida Convenção é um tratado internacional e embora não compreenda caráter constitucional, possui força supralegal, ela visa a preservação dos usos, costumes e tradições dos povos indígenas, além de assegurar a essas comunidades o reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa humana.

A norma citada garante a população tradicional o direito de serem consultados quando ocorrerem medidas que possam afetá-los diretamente. Porém esse direito de consulta não foi observado no processo legislativo que deu origem ao marco legal da biodiversidade, o que já permite questionar a aplicabilidade e a própria validade da Lei nº 13.123/15.

Em relação ao conteúdo da lei, observa-se a valorização sobretudo dos aspectos econômicos, privilegiando pesquisadores e empresas, deixando de lado os aspectos sociais. No entanto, a interpretação dessa lei deveria ser em prol dessas comunidades indígenas, mas não é o que acontece.

Ou seja, a Lei nº 13.123/15, “embora fundamentada na proteção da natureza e dos conhecimentos tradicionais, abre a porta para o acesso barato aos capitais interessados em explorar a natureza e os conhecimentos tradicionais associados”, violando a Constituição Federal.

Dentre os pontos importantes que integram à biodiversidade, estão os conhecimentos tradicionais, eles são um patrimônio cultural brasileiro, além disso, os artigos 215 e 216 da Constituição Federal falam sobre esse direito à cultura.

Para mais, o artigo 2º da Lei nº 13.123/15, conceitua esses direitos culturais como sendo a “informação ou prática de população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional sobre as propriedades ou usos diretos ou indiretos associada ao patrimônio genético”.

Para que se tenha acesso a esses conhecimentos tradicionais, presumisse a necessidade de que haja um aviso prévio daqueles que os possui. Esses pressupostos podem ser comprovados de várias maneiras, como um termo de consentimento, registro audiovisual de consentimento e vários outros.

No entanto, esse consentimento é exigido apenas nos casos em que o conhecimento é de origem identificável. Porém há situações na qual esse consentimento é dispensável, como quando não há a possibilidade de vincular a origem desses saberes a pelo menos uma população. Apesar de ter essa segunda opção a importância da consulta e do consentimento prévio é incontestável.

Segundo os escritores Ribeiro e Brito, a evolução do ser humano só continua sendo possível, pois há uma relação com o ecossistema, através de estudos e utilizações dos recursos biológicos e naturais de onde se tira o que é necessário para manter a vida.

No entanto, essa relação foi se modificando, passou “a basear-se na prevalência do ser humano sobre os demais componentes da biodiversidade, e na objetificação da natureza, que possibilita uma atuação de dominação e exploração”.

Percebe-se, contudo, que a Lei nº 13.123, teve uma grande participação de setores como pesquisadores e indústrias, mas foi esquecido algo importante, o papel das comunidades tradicionais. Sendo assim, a exclusão dessa população em relação as atividades associadas a biodiversidade contradizem totalmente o que diz a Convenção 169 da OIT, da qual o Brasil é signatário.

Embora o conteúdo da lei mostre ter pontos positivos, ainda é possível observar a presença de alguns retrocessos quanto ao consentimento prévio em relação ao uso do conhecimento tradicional dos povos da Amazônia. Ademais, ainda há de se falar da repartição de benefícios, direcionando ainda mais o pensamento de que essa norma prioriza mais o caráter econômico do que o social.

Logo, o disposto na Lei nº 13.123 não faz jus aos objetivos que são trazidos em seus enunciados, mostrando-se insuficiente à proteção do patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade brasileira.

6 CONTRATO DE BIOPROSPECÇÃO

O termo biodiversidade refere-se à diversidade genética encontrada em populações, espécies, comunidades, habitats, ecossistemas e paisagens. Essa diversidade dos genes resultou, ao longo do tempo, não somente na enorme variedade de organismos que habitam o planeta, como também na grande diversidade genética dentro de cada espécie. (JUNIOR, Nilo. 2012)

Nos regulamentos existentes, ainda ocorrem diversos impedimentos à sua aplicação adequada, apesar da existência de um extenso corpo de regulamentações normativas sobre o acesso à biodiversidade. Sendo assim, todos os dispositivos que seriam para a proteção dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais, não são eficazes no Brasil.

Antes da promulgação da Medida Provisória nº 2186-16/01, revogada posteriormente pela Lei nº 13.123/15, a Associação Brasileira de o Uso Sustentável da Biodiversidade da Amazônia (BIOAMAZONIA) celebrou um contrato de bioprospecção de três anos com a empresa farmacêutica suíça Novartis Pharmaceuticals. A empresa concordou em pagar à BIOAMAZONIA US\$ 3 milhões de todo o mundo vendas.

A Novartis contratou o direito de criar produtos a partir de extratos de amostras biológicas, e que teriam o direito exclusivo de uso dos extratos por um período de dez anos após a invenção do produto.

A BIOAMAZONIA em troca receberia 1,6 milhões de reais por cada produto clinicamente testado, R\$ 750.000 para cada patente registrada, R\$ 500 mil no primeiro dia em que um produto fosse colocado no mercado, e um 1% (por cento) de todos os royalties durante um período de dez anos.

Os opositores do contrato alegaram que isso causaria sérios danos ao meio ambiente, também alegaram que se tratava de uma usurpação de conhecimento tradicional porque não previa investimento em conservação ou compensação para as comunidades tradicionais.

O acordo com a BIOAMAZONIA-Novartis viola o artigo 218 da Constituição, porque a pesquisa não está focando nos problemas brasileiros. Um dos grandes problemas enfrentado pelo Brasil é o esgotamento e a exploração generalizada da biodiversidade da Amazônia e, portanto, qualquer pesquisa científica tem que levar isso em consideração.

Críticos dizem que o acordo BIOAMAZONIANovartis permite uma forma de biopirataria em larga escala na coleta e exportação de cerca de 30.000 amostras biológicas, autorizadas pelo governo por meio de decreto executivo. Além disso, o acordo não contribui para o desenvolvimento da ciência e tecnologia brasileira, impede o crescimento da pesquisa removendo os materiais que poderiam ter sido objeto de investigações científicas e impede a formação de cientistas brasileiros em novas técnicas contribuindo para a perda de oportunidades de trabalho e crescimento econômico do país.

Esse acordo também viola o artigo 225 da Constituição, porque o acordo não protege o meio ambiente ao permitir que a Novartis retire 30.000 amostras biológicas da Amazônia. 260

Após forte oposição pública chamando o acordo BIOAMAZONIANovrtis de forma legalizada de biopirataria, o governo brasileiro rescindiu o contrato.

A problemática da legislação brasileira é um obstáculo para a criação de contratos que possam realmente beneficiar o Brasil e acabar com a biopirataria. Se os contratos de bioprospecção fossem bem estabelecidos, poderiam exigir que as partes estabelecessem fundos para a geração de empregos para cientistas brasileiros, remuneração para comunidades tradicionais e, o mais importante, destinar recursos para a conservação da biodiversidade.

Deve ser reconhecido o quão importante são as patentes e o incentivo que dão aos contratos de bioprospecção. Contudo, deve ser avaliada a adoção de medidas alternativas, combinando a proteção dos direitos intelectuais das comunidades ao redor da Amazônia, em relação aos conhecimentos tradicionais, com a CDB e os direitos intelectuais com a CDB e os interesses dos países fornecedores de recursos genéticos e biológicos. (BRITO. Nathalia.2012)

Por fim, conclui-se que nenhuma medida será eficaz e suficiente, se não tiver uma legislação nacional adequada para assuntos direcionados ao acesso de recursos biológicos da Amazônia brasileira. A soberania dos Estados sobre a riqueza de seu patrimônio biológico e genético, já está assegurado pela CDB, agora cabe a cada uma, fortalecer a fiscalização dos contratos de modo que a proteção da biodiversidade seja garantida. O meio pelo qual tudo isso pode ser feito é adequando a legislação conforme as peculiaridades e necessidades do país que detém esse tesouro chamado Amazônia.

7 CONCLUSÃO

A Amazônia brasileira é a maior região tropical intocada do mundo, devendo ser imprescindível a conservação da sua biodiversidade, tanto pelo governo brasileiro quanto pelas comunidades tradicionais que dependem dos recursos advindos da floresta para sobreviver.

Ademais, a melhor abordagem política para conservar a biodiversidade amazônica é dar espaço para a globalização e promover desenvolvimento sustentável associado à produção e comercialização de produtos da Amazônia, mas não deixando de lado a preservação dos ambientes onde se encontram esses artigos.

Portanto, o Brasil pode aumentar suas vantagens econômicas, através da exploração consciente dos recursos genéticos da Amazônia, visando sempre a cautela para não degradar o meio ambiente e além de tudo dar uma importância para o compartilhamento dos benefícios de maneira adequada, para evitar que a biopirataria e os direitos de propriedade intelectual coloquem em risco a biodiversidade da Amazônia.

Contudo, para que se cumpra os objetivos de repartição de benefícios da CBD e que seja alcançado um eficiente desenvolvimento sustentável na Amazônia, o Brasil precisa de uma nova estrutura legal, com fortes mecanismos de fiscalização para regular os contratos de bioprospecção

e proteger o uso de recursos genéticos e o conhecimento tradicional associado a um ótimo ambiente de conservação.

8 REFERÊNCIAS

AMBIENTE BRASIL. Biopirataria na Amazônia. 2020. Disponível em: https://ambientes.ambientebrasil.com.br/amazonia/floresta_amazonica/biopirataria_na_amazonia.html Acesso em: 25 de outubro. 2022.

ARAUJO, Júlio. Revista. "Biopirataria: A prática que destrói o Brasil a séculos"; Mega curioso. 2021. Disponível em: <https://www.megacurioso.com.br/estilo-de-vida/119767-biopirataria-a-pratica-que-destroi-o-brasil-ha-seculos.htm> Acesso em: 22 de outubro.2022.

BIO, Portal. "Convenção sobre diversidade biológica". 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mma/pt-br/assuntos/biodiversidade/convencao-sobre-diversidade-biologica#:~:text=A%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Diversidade%20Biol%C3%B3gica,internacionais%20relacionados%20ao%20meio%20ambiente> Acesso em: 22 de outubro.2022.

BRASIL. Jus. "Artigo 218 da Constituição Federal". 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10647013/artigo-218-da-constituicao-federal-de-1988> Acesso em: 26 de outubro. 2022.

BRASIL. Jus. "Artigo 225 da Constituição Federal". Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10645661/artigo-225-da-constituicao-federal-de-1988> Acesso em: 26 de outubro. 2022.

CAMPOREZ, André. "As madeiras mais cobiçadas pelo mercado são mogno, jacarandá e ipê"; CNN Brasil. 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/mogno-jacaranda-e-ipe-sao-as-madeiras-mais-cobicadas-pelo-mercado/> Acesso em: 25 de outubro.2022.

CARELI, Maria. "Amazônia: Maior biodiversidade do planeta; Flora Junior. 2021. Disponível em: <https://www.florajunior.com/post/amazonia-maior-biodiversidade-do-planeta> Acesso em: 25 de outubro. 2022.

CARQUEJA, Larissa. "Brasil aprova a ratificação do protocolo de nagoya com dez anos de atraso"; NABC.2021. Disponível em: <https://www.abc.org.br/2021/03/23/brasil-aprova-a-ratificacao-do-protocolo-de-nagoya-com-10-anos-de-atraso/> Acesso em: 25 de outubro. 2022.

DANLEY, Vanessa. "Biopiracy in the Brazilian Amazon: Learning from International and Comparative Law Successes and Shortcomings to Help Promote Biodiversity Conservation in Brazil". 2012. Disponível em: <https://commons.law.famu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1065&context=famulawreview> Acesso em: 25 de outubro. 2022.

DIREITO, Emporio. "Os conhecimentos tradicionais associados a biodiversidade e sua proteção pelas convenções. 2018 Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/os-conhecimentos-tradicionais-associados-a-biodiversidade-e-sua-proteção-pelas-convenções-internacionais> Acesso em: 25 de outubro.2022.

EDUCA. IBGE. "Biomás brasileiros". 2022. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/territorio/18307-biomás-brasileiros.html> Acesso em: 31 de outubro. 2022.

FRANCISCO, Wagner. "Biodiversidade no Brasil"; Prepara ENEM. 2022. Disponível em: <https://www.preparaenem.com/geografia/biodiversidadenobrasil.htm> Acesso em 22 de outubro de 2022.

GALVÃO. Maria. "O problema da biopirataria na Amazônia"; Internacional da Amazônia. 2021. Disponível em: <https://internacionaldaamazonia.com/2021/06/06/o-problema-da-biopirataria-na-amazonia/> Acesso em: 27 de outubro. 2022.

GUITARRARA, Paloma. "Floresta Amazônica"; Brasil Escola. 2021. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/brasil/floresta-amazonica.htm> Acesso em: 25 de outubro.2022.

LEON. Lucas. "Study finds evidence of biopiracy of indigenous knowledge from Brazil"; Agencia Brasil. 2022. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/en/geral/noticia/2022-04/study-finds-evidence-biopiracy-indigenous-knowledge-brazil#> Acesso em: 25 de outubro. 2022.

MARIUZZO. Patrícia. "Legislação ainda não garante a repartição dos benefícios"; Sociedade Brasileira para o Progresso da Sociedade. 2022. Disponível em: [http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S000967252013000100003#:~:text=A%20C3%A1rvore%20de%20jaborandi%20\(Pilocarpus,multinacional%20alem%C3%A3%20do%20ramo%20farmac%C3%AAutico](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S000967252013000100003#:~:text=A%20C3%A1rvore%20de%20jaborandi%20(Pilocarpus,multinacional%20alem%C3%A3%20do%20ramo%20farmac%C3%AAutico) Acesso em: 25 de outubro. 2021.

MONGABAY. "Plantas medicinais". 2015. Disponível em: <https://global.mongabay.com/pt/rainforests/1007.htm> Acesso em: 25 de outubro.2022.

MONTIEL, Flávio. Novas leis contra a biopirataria. 2020. Disponível em: <https://sindireceita.org.br/legado/146legado-publicacoes/100960-novas-leis-contra-a-biopirataria> Acesso em: 25 de outubro. 2021.

PA. G1. "MP pede à Justiça condenação da empresa de cosméticos Natura por dano ambiental no Pará"; Rede Liberal. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2019/06/21/mp-pede-a-justica-condenacao-da-empresa-de-cosmeticos-natura-por-dano-ambiental-no-para.ghtml> Acesso em: 25 de outubro. 2021.

PLANALTO. "Decreto Nº 8.772, de 11 de maio de 2016". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/Ato2015-2018/2016/Decreto/D8772.htm#art119> Acesso em: 27 de outubro. 2022.

PLANALTO. "Lei Nº13.123, de 20 de maio de 2015" Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm#art50 Acesso em: 25 de outubro.2022.

PORTAL. "Convenção nº 169 da OIT - Povos indígenas e tribais". Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/conven%C3%A7ao-n-169-da-oit-povos-indigenas-e-tribais#:~:text=A%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20169%20da%20OIT,e%20espirituais%20pr%C3%B3prias%20desses%20povos> Acesso em: 27 de outubro. 2022.

QUIROZ, Luiz. "São uns Santos"; Capital Digital. 2019. Disponível em: <https://capitaldigital.com.br/sao-uns-santos/> Acesso em: 25 de outubro. 2021.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; BRITO, Nathalia Bastos do Vale. Participação das comunidades tradicionais na lei de acesso aos recursos genéticos: diálogos com a Teoria Discursiva do Direito em Habermas. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 149-175, abr. 2018. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito> Acesso em: 31 de outubro. 2022.

ROCHA. Maria. "Biopirataria das plantas medicinais enquanto apropriação dos conhecimentos tradicionais da Amazônia brasileira". 2021. Disponível em: <https://www.ufsm.br/cursos/pos-graduacao/santa-maria/ppgd/biopirataria-das-plantas-medicinais-enquanto-apropriacao-dos-conhecimentos-tradicionais-da-amazonia-brasileira/> Acesso em: 27 de outubro. 2022.

COMUNIDADE LGBTQIA+ E A CONQUISTA DE DIREITOS

PATRÍCIA DE MEDEIROS BRAUNS:

Graduação: Universidade Federal do Rio de Janeiro e Pós- Graduação: Universidade Estácio de Sá.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo abordar a evolução dos direitos conquistados pela comunidade LGBTQIA+ nas últimas duas décadas. Tal análise perpassa pela importante atuação contramajoritária do Poder Judiciário, que muitas das vezes atuou de forma ativa com objetivo de suprir a inércia legislativa, possibilitando a efetivação dos direitos existenciais que eram reivindicados.

Palavras- chaves: Direitos LGBTQIA+, Direitos homoafetivos. Poder Judiciário, Atuação contramajoritária, Inércia Legislativa.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo procura apresentar uma linha cronológica dos direitos alcançados nas últimas duas décadas pela comunidade LGBTQIA+⁴⁸ no Brasil, visando particularmente, analisar e salientar o papel fundamental do Poder Judiciário na efetivação dos direitos hoje vigentes.

Buscou-se compilar Atos normativos e legislações esparsas com o objetivo de oferecer uma reflexão sobre o significado de cada direito alcançado e o processo político-legislativo para que fossem efetivados.

Após a Constituição Federal de 1988, o Brasil passou por um processo de redemocratização e por importantes redefinições políticas, morais e sociais que tiveram como centro da discussão a dignidade da pessoa humana em todos os aspectos existenciais.

Essa modernização no campo político-social se deu com o auxílio do Poder Judiciário que efetivou direitos reivindicados há décadas pela comunidade LGBTQIA+.

Apenas com a atuação proativa do Poder Judiciário frente a inércia do Poder Legislativo foi possível a constituição das entidades familiares homoafetivas, o reconhecimento da união civil entre pessoas do mesmo sexo e sua posterior conversão em casamento; perpassando por diversos outros aspectos existenciais, como a possibilidade de alteração do prenome e gênero no Registro Geral de Pessoas Naturais apenas pela expressão do gênero autopercebido do indivíduo.

⁴⁸ LGBTQIA+ Tal sigla significa Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transsexuais, Transgêneros, Transsexuais e Queer, Assexuais e Intersexuais. Essa sigla será a utilizada nesta monografia, pois é a mais abrangente, já que o símbolo "+" abarca todos os demais segmentos que perfazem esse grupo tão plural e heterogêneo. O símbolo "+" representa outros grupos com Aliados e Pansexuais, que por sua vez, não tiveram suas iniciais na composição desta sigla.

A Constituição Federal de 1988, também chamada de Constituição Cidadã, trouxe em seu artigo 1º, como um dos fundamentos da República Federativa, a dignidade da pessoa humana, tida pela doutrina majoritária como uma cláusula geral de tutela, protegendo a todos os indivíduos sejam eles homossexuais, heterossexuais, cisgêneros⁴⁹ ou transgêneros.

Sendo assim, o Poder Público em todas as suas diretrizes e atuações deve se guiar com o fim de promover o bem de todos, sem incorrer em quaisquer tipos de preconceito. Sendo este, inclusive, um mandamento constitucional expresso no art.3º, inciso IV da Constituição Federal, como sendo um dos objetivos da República Federativa do Brasil.

Os aspectos existenciais expressos na Constituição Cidadã de 1988 geraram infindáveis discussões sobre como deveriam ser tutelados devidamente e efetivados pelo Estado, seja dando amparo legal, seja efetivando tais direitos por meio de Políticas Públicas.

A princípio, muitas discussões podem parecer afetas ao campo da moralidade ou se direcionam a minorias muito específicas, entretanto, essa visão míope inviabiliza a tutela de direitos que, a bem da verdade, incidem diretamente na estruturação da sociedade e na consolidação de grupos como dominantes e a marginalização de outros.

A exposição de situações discriminatórias e a recusa de direitos foram expostos a amplos debates, já que são a base das lutas e reivindicações mais antigas do movimento político-social LGBTQIA+.

A efetivação de direitos existenciais básicos como: direito a identidade de gênero autopercebida, direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo e a constituição de famílias socioafetivas e parentalidade socioafetiva são apenas aspectos iniciais de toda uma luta por igualdade material de direitos.

As divergências quanto a homossexualidade, assim como sobre outras formas existenciais relativas ao corpo, gênero e à orientação sexual, fazem parte de uma batalha muito mais ampla em torno do que era tido como saudável, moral e legítimo quanto às relações pessoais de afeto e de outros aspectos que constituem o senso básico de dignidade da pessoa humana e seus laços sociais mais elementares.

Portanto, a sexualidade, está longe de ser uma matéria confinada à intimidade e à privacidade de cada um, pelo contrário, ela é essencialmente política e estrutural. Essa questão é essencialmente definidora de papéis sociais de domínio e poder ou subjugação e marginalização.

⁴⁹ Cisgênero é o termo utilizado para se referir ao indivíduo que se identifica, em todos os aspectos, com o seu gênero de nascença. No âmbito dos estudos relacionados ao gênero humano, o cisgênero é a oposição do transgênero, pois este último se identifica com um gênero diferente daquele que lhe foi atribuído quando nasceu.

A sexualidade sempre foi um fator de regulação de condutas e exercício de poder, não raro convertendo-se em uma forma de estigma, sofrimento e opressão.

Tal afirmação se deve ao fato de que em torno da sexualidade e de suas inúmeras expressões, discursam múltiplas vozes discordantes, que tentam se sobrepor a uma minoria tida como diferente, provocando embates nas ruas, parlamentos e tribunais.

2. A jurisdição contramajoritária no Brasil e os direitos alcançados pela população LGBTQIA+

Na obra *The Least Dangerous Branch*, de Alexander Bickel, constitucionalista estadunidense, ele desenvolveu a teoria da “dificuldade contramajoritária” da jurisdição constitucional, para caracterizar o aparente paradoxo de um sistema democrático, em que um Judiciário não eleito e por não representar diretamente a vontade popular detém o poder de invalidar leis elaboradas pelo Legislativo e pelo Executivo, legitimamente eleitos.⁵⁰

Nessa toada, entende-se a partir da lógica da democracia representativa, que a medida que o Poder Judiciário invalida uma legislação proposta pelo Poder Legislativo estaria decidindo, em tese, contra o próprio povo.

Todavia, essa ideia parece se apoiar na premissa de que a posição tomada pelos representantes eleitos necessariamente corresponde à decisão apoiada pela maioria da população.⁵¹

Nesse sentido o Ministro Luís Roberto Barroso entende que:

*a doutrina da dificuldade contramajoritária [...] assenta-se na premissa de que as decisões dos órgãos eletivos, como o Congresso Nacional, seriam sempre a expressão da vontade majoritária.*⁵²

Entretanto, como bem se sabe, a vontade dos órgãos políticos pode não ser a mesma da população que os elegeu e visam muitas vezes representar os interesses econômicos daqueles que promoveram o financiamento das campanhas eleitorais, desvendando, em verdade, a sub-representação de grupos sociais como: mulheres, indígenas, negros e LGBTQIA+.

Por esta razão, ao lado da noção tradicional da dificuldade contramajoritária, que decorre da invalidação de uma lei ou decisão tomada por um poder legitimamente eleito, também é possível utilizar a ideia de contramajoritariedade em sentido distinto, qual seja, para caracterizar as

⁵⁰ BICKEL, A. *The Least Dangerous Branch*.p.49

⁵¹ Com efeito, o autor destaca que, embora seja possível falar em problemas de representatividade, no caso do sistema político estadunidense, em que há ampla necessidade de consenso e compromisso entre as diversas instâncias de poder, *e.g* entre Câmara e Senado, e entre estes e a Presidência -, estas falhas perderiam muito sua força, o que favoreceria uma maior sintonia entre as decisões dos poderes majoritários e a visão de sociedade em geral.

⁵² BARROSO, Luiz Roberto. “A razão sem voto” p.24

decisões tomadas pelo Judiciário que contrastam com a opinião pública ou aos moldes de uma determinada sociedade mais conservadora, de forma independente da visão dos poderes eleitos, sobre o assunto.

É diante desse quadro, que nos deparamos com um dos principais entraves do constitucionalismo moderno mundial, o desenvolvimento de uma teoria normativa que concedesse um espaço legítimo e democraticamente justificável para o exercício da *judicial review*.⁵³

Embora a ideia e as correntes adotadas por autores sobre as justificativas para a atuação contramajoritária fuja ao escopo do presente trabalho, vale ressaltar que uma das justificativas mais comuns à jurisdição contramajoritária constitucional é a tutela dos direitos fundamentais das minorias, principalmente daquelas socialmente estigmatizadas, a partir do entendimento de que os direitos fundamentais são de aplicação imediata e indistinta, não estando submetidos a qualquer condição, quanto mais a considerações majoritárias.

Tendo compreendido as considerações iniciais sobre jurisdição contramajoritária, damos início a enumeração de direitos alcançados pela comunidade LGBTQIA+ decorrentes de tais atuações judiciais.

2.1 Direitos conquistados pela população LGBTQIA+

2.1.1 - Concessão de pensão por morte e auxílio-reclusão ao companheiro do mesmo sexo – 2000

O direito à Previdência Social é um direito social, reconhecido como direito humano nas Convenções internacionais e como direito fundamental no âmbito da Constituição Federal.

No plano internacional, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948 reconheceu a Previdência Social como um direito humano em seu artigo XVI.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC, promulgado em 1966 e aprovado no Brasil em 1991 também propugna, em seus arts. 09 e 10, o dever dos Estados Partes de reconhecerem o direito à Previdência Social e a Seguridade Social, além de tutelarem a família, a maternidade, as crianças e os adolescentes, bem como de proporcionarem condições de melhoria de vida à população.

Na Constituição Federal de 1988, a Seguridade Social goza de *status* de direito fundamental, previsto em seu art. 194.

⁵³ A *Judicial Review* já ocorreu no Brasil na confirmação da constitucionalidade das cotas raciais para acesso ao ensino público superior. (ADPF 186)

A pensão por morte, também um direito fundamental, prevista no inc. V do art. 201 da CRFB/88, é devida ao conjunto dos dependentes do segurado falecido, chamada de família previdenciária.

A Lei nº 8.213/91 é a lei que rege esse benefício para os segurados no Regime Geral de Previdência Social pelo INSS. Pode-se depreender dessa lei que são três as classes de dependentes: (1) o cônjuge, companheiro(a) e filhos menores de 21 anos ou inválidos, desde que não se tenham emancipado; (2) os pais; e (3) irmãos não-emancipados, menores de 21 anos ou inválidos.

A Constituição Federal de 1988 pluralizou o conceito de família passando a admitir como espécies desse gênero o casamento, a união estável e a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes.

Em qualquer desses arranjos familiares, o que interessa é o cumprimento das necessidades pessoais, associados a comunhão de sentimentos, afeto e vida⁵⁴.

A família transformou-se em um lugar de acolhimento e florescimento pessoal, onde ocorre a união de pessoas em busca da felicidade mútua. Trata-se da concepção eudemonista da família: não é o indivíduo que existe para a família, mas a família que existe para fazer do indivíduo alguém feliz.

Quanto ao Regime Geral de Previdência Social, estabelecido pela Lei nº 8.213/1991, a situação dos casais homoafetivos só teve uma normatização específica pelo INSS em 2000, por determinação judicial expedida pela juíza da Terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre, ao deferir medida liminar em Ação Civil Pública, com eficácia *erga omnes*⁵⁵.

O INSS cumprindo determinação judicial regulou então, através da Instrução Normativa nº 25, de 07/06/2000, os procedimentos com vista à concessão de benefício aos casais em união estável, concedendo o direito de pensão por morte ao companheiro ou companheira homoafetiva.

Essa norma administrativa interna foi posteriormente revogada e atualmente é regulamentada pela Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 06 de agosto de 2010.

Note-se, portanto, que a regulamentação decorreu de ordem judicial e foi regulamentada administrativamente pelo INSS, entidade estatal responsável pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS.

Consta expressamente em seu art. 25 que o companheiro ou a companheira do mesmo sexo de segurado inscrito no RGPS integra o rol dos dependentes e, desde que comprovada a vida em comum, concorre, para fins de pensão por morte e de auxílio-reclusão com os demais dependentes.

⁵⁴ WELTER, Belmiro Pedro. Estatuto da união estável. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003 p. 15

⁵⁵ Essa determinação judicial foi expedida pela juíza Simone Barbasin Fortes, da 3ª Vara Previdenciária de Porto Alegre, ao deferir medida liminar na Ação Civil Pública 2000.71.00.009347-0.

Dessa forma, o tratamento a ser dispensado ao partícipe de uma união homoafetiva é o mesmo de uniões estáveis heterossexuais. Bastando a prova da vida em comum com o vínculo afetivo, para ter direito aos benefícios do regime geral de previdência.

Já nos Regimes Próprios de Previdência Social - RPPS, a situação dos companheiros do mesmo sexo ainda não encontra amparo normativo expresso.

A Lei nº 8.112/1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, e a Lei nº 3.765/1960 (com a redação da Medida Provisória nº 2.215-10/2001), que dispõe sobre as pensões militares, não estipulam expressamente a possibilidade do companheiro do mesmo sexo do servidor receber pensão por morte, auxílio-reclusão ou auxílio-funeral, contudo tais benefícios são concedidos administrativamente sob pena da negativa impulsionar uma reclamação constitucional ao STF, pois este entendimento já foi firmado por decisão do STJ com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante⁵⁶.

Nesse contexto de vácuo legislativo, enquanto a norma não se amolda à realidade, os juízes assumiram o dever de emprestar efeitos jurídicos adequados às relações já existentes e que estão a reclamar diariamente sua manifestação, de modo a evitar que o silêncio normativo dê margem a práticas discriminatórias violadoras de um direito fundamental e personalíssimo que é o da Previdência Social.

2.1.2 União estável homoafetiva como entidade familiar -2011

Passo a análise de um dos pontos mais importantes da pauta de demandas de direitos LGBTQIA+ que foi levado ao STF, sendo reconhecimento ao final do julgamento a validade das uniões entre pessoas do mesmo sexo e sua caracterização enquanto entidades familiares.

Apesar da decisão emblemática sobre o tema ter sido o julgamento da ADPF n.º 132 e a ADI n.º 4277, julgadas no ano de 2011, o assunto já havia sido levado ao STF anteriormente.⁵⁷

O reconhecimento das uniões homoafetivas também já tinha sido outrora analisado pelo STF, em 2006, perante a Medida Cautelar da ADI n.º 3300, sendo decidida de forma monocrática pelo Min. Celso de Melo.

Nesta ação pedia-se que o art. 1º da lei 9.278/96 fosse reconhecido como inconstitucional, pois o mesmo limitava a união estável a casais compostos por pessoas de diferentes sexos.

⁵⁶ Recurso Especial nº 026.981/RJ, Relatora Min. Nancy Andrigui

⁵⁷ A primeira vez que o STF se manifestou positivamente sobre a concessão de efeitos jurídicos às uniões homoafetivas foi na Petição nº 19.984, decidida pelo Ministro Marco Aurélio, em 2003, onde se atribuiu efeito nacional obrigando o reconhecimento das uniões homoafetivas para fins previdenciários - Ação Civil Pública 2000.71.00.009347-0.

Contudo, quando ocorreu o julgamento já estava em vigor o Código Civil de 2002 que entendeu estar revogado tacitamente o artigo supracitado, por isso o Ministro Celso de Mello entendeu que a ação estava sem objeto⁵⁸.

Por fim, o STF em 2011 reconheceu expressamente a legitimidade constitucional das uniões homoafetivas, em decisão proferida no julgamento conjunto da ADI nº4277 proposta pela Vice-Procuradora Geral da República Deborah Duprat e da ADPF n.º 132, ajuizada pelo então Governador do Rio de Janeiro, à época, Sérgio Cabral⁵⁹.

As duas ações pediam que fosse dada interpretação conforme a Constituição ao art. 1723 do CC/02, que regula as uniões estáveis, para que nele estivessem albergadas as uniões homoafetivas.

A decisão foi unânime, salvo o Ministro Dias Toffoli que não pode votar por estar impedido, haja vista já ter dado parecer positivo à questão em votação quando era Advogado Geral da União.

Vale o destaque sobre alguns votos, como o do Ministro Ayres Britto que reconheceu a liberdade sexual a partir da proibição da discriminação em razão do sexo; e negou qualquer limitação pela CRFB/88 quanto ao reconhecimento familiar unicamente composto por casais heterossexuais, confirmando o caráter aberto da norma e a capacidade de renovação conforme a "caminhada na direção do pluralismo" e o "avanço no campo dos costumes".

O Ministro Celso de Melo explicou que esse julgamento se insere na função contramajoritária do STF, pois requer uma atuação específica e perspicaz, se utilizando do novo paradigma do direito de família, defendendo a equiparação das uniões estáveis homoafetivas ao patamar alcançado pelas heteroafetivas.

O Ministro Joaquim Barbosa ressaltou o caráter estigmatizado da população homoafetiva enquanto minoria e a progressiva abertura da sociedade em reconhecer-lhes direitos. Em seu voto o Ministro ressaltou a importância do Poder Judiciário para impedir que haja uma asfixia dos direitos relativos a esse grupo minoritário e, por vezes vulnerável, às normativas elaboradas pelas maiorias estabelecidas.

Os Ministros Carmen Lucia e Luiz Fux compartilharam dos fundamentos utilizados pelo Relator Ayres Britto quanto ao fato de que as relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo são um fato social não vedado pelo direito.

⁵⁸ Esta ADI 3300 foi proposta pela Parada do orgulho LGBT de São Paulo e a Associação ao incentivo À Educação e Saúde De São Paulo.

⁵⁹ Cabe salientar que Sérgio Cabral, quando era Senador apresentou em 2003 a PEC n.º 70 que alterava o §3º do art 226 da CRFB/88 para previsão expressa da possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, embora tenha retirado essa PEC em 2006.

A Ministra, por sua vez, entendendo que a Carta Magna garante o direito de cada um determinar seu modo de vida, incluídos a vida afetiva, deixou claramente exposto a sua negativa a que determinadas pessoas sejam tratadas como “cidadãos de segunda classe”.

O Ministro Gilmar Mendes fez uma digressão sobre as propostas legislativas quanto ao assunto, demonstrando que nenhuma logrou êxito apesar de longos anos de espera, concluindo que há uma barreira política no Congresso Nacional quanto a produção de normas atinentes às causas LGTQIA+, tendo por consequência um desabrigo normativo a uma minoria vulnerável.

Entendeu, portanto, que diante desse quadro de hiato legislativo a atuação judicial não seria propriamente um “ativismo judicial” e sim “o cumprimento da essência da jurisdição constitucional”, haja vista que o reconhecimento dos efeitos jurídicos das relações homoafetivas decorreria de uma proteção de um direito fundamental do qual o Poder Judiciário não poderia se furtar a decidir.

Pelo todo exposto, entendeu-se majoritariamente pela possibilidade de interpretação conforme do artigo 1.723 do Código Civil e pela obrigatoriedade constitucional em reconhecer as uniões homoafetivas e pela necessidade de legislação que disciplinasse as uniões homoafetivas, não existindo espaço para discriminações quanto as relações afetivas.

Portanto o artigo 226, §3º foi objeto de uma interpretação conforme a Constituição, nas palavras do Ministro Ayres Britto uma “ interpretação superadora da literalidade”, para entender que as palavras “homem e mulher” seriam apenas um reforço, quando a época da sua elaboração, à igualdade entre os gêneros no âmbito familiar, demonstrando que o homem não deveria se sobrepor a mulher no tocante aos assuntos da vida íntima e doméstica; não podendo tal dispositivo ser interpretado de forma a discriminar casais homoafetivos, reforçando ainda mais preconceitos.

Nessa perspectiva, a decisão do STF serviu como um ponto final às discussões jurídicas e sociais sobre o assunto e um “ponto de partida”, nas palavras do Ministro Fux, a outros direitos relativos a causa LGTQIA+, em seu voto:

A par de quaisquer juízos de valor, há um movimento inegável de progressiva legitimação social das uniões homoafetivas, o que se verifica, com particular agudeza, no campo previdenciário. Uma plethora de decisões judiciais proferidas na última década, por diversos órgãos do país, reconheceu aos homossexuais o direito a percepção de pensão por morte de seus parceiros[...] Portanto, o acolhimento dos pedidos formulados nas ações ora em exame será, ao fim e ao cabo, um ponto de partida, (...) resultante de outros vetores que já se encaminhavam para as mesmas conclusões.

Portanto, pode-se dizer que este julgamento se tornou uma vitória para população LGTQIA+, servindo como a solidificação de uma tendência que já se revelara coerente há anos na jurisprudência.

2.1.3 Conversão da união estável homoafetiva em casamento – 2013

Conforme já exposto no item anterior, os efeitos da decisão do STF quanto a união estável homoafetiva foi posteriormente ratificado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no dia 14 de maio de 2013, quando foi expedida a Resolução n.º 175.

Tal resolução reconheceu a legitimidade do casamento homoafetivo, determinando expressamente que as autoridades cartorárias habilitassem diretamente, celebrassem o casamento civil e a conversão imediata de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo, sob pena da negativa ser comunicada imediatamente ao Juiz Corregedor do Tribunal para que fossem tomadas as providências cabíveis quanto a desobediência.

Antes dessa normatização infralegal pelo CNJ alguns Tribunais de Justiça já tinham editado provimentos determinando que cartórios locais realizassem a conversão de uniões estáveis homoafetivas em casamentos civis e a habilitação direta ao casamento.⁶⁰

A edição da resolução pelo CNJ demonstra o quanto foi positiva a recepção da decisão do STF quanto às uniões estáveis homoafetivas, pois, dificilmente seria possível a implantação de uma norma administrativa se não houvesse a aceitação plena por um número considerável de juízes e Tribunais.

Assim, a Resolução n.º 175/2013 do CNJ se insere na cadeia cronológica dos direitos conquistados pela população LGBTQIA+ por meio do Poder Judiciário que, por suas decisões contramajoritárias, busca a concretização de direitos nos limites em que é provocado pela população.

Apesar da celebração por grande parte da mídia e da enorme quantidade de pedidos de conversão e habilitações de casamento homoafetivos, a resolução n.º 175 do CNJ recebeu severas críticas por parte inclusive de membros do STF.

Alguns Ministros dissidentes em seus votos quanto a união estável homoafetiva, como o Min. Gilmar Mendes, criticou publicamente o ato normativo, dizendo que a decisão do STF teria se limitado ao tema da união estável, de tal forma que a normatização extrapolaria o teor do julgamento.

Ademais, houve críticas sobre a extrapolação da competência normativa do órgão, prevista no art. 103-B, §4º da CRFB/88, invadindo a competência do Poder Legislativo.⁶¹

⁶⁰ Já haviam editado provimentos internos os Tribunais de Justiça de Alagoas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Paraná, Piauí, Rio de Janeiro, Rondônia, Santa Catarina e São Paulo e Sergipe.

⁶¹ Nesse sentido COSTA, Cezar Augusto Rodrigues da. "Órgão administrativo não tem poder de legislar" Consultor Jurídico. Publicado em 22.05.2013. Disponível em <http://conjur.com.br/2013-mai-22/luiz-carvalho-orgao-administrativo-nao-poder-legislar>; e COSTA, Cezar Augusto Rodrigues da. "CNJ legisla com resolução casamento gay" Consultor Jurídico. Publicado em 30.05.2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-mai-30/cezar-augusto-resolucao-cnj-casamento-gay-tentativa-legislar>

Por fim, embora a regulamentação do casamento entre pessoas do mesmo sexo já viesse sendo feita, a miúdo, pelos Tribunais Estaduais, concedê-lo via ato administrativo não é a maneira mais usual e segura para concessão de direitos, principalmente em se tratando do direito ao casamento, que tem reflexos em inúmeros outros ramos do Direito.

Entretanto, esta foi a maneira encontrada pelo Poder Judiciário para dar efetividade às decisões que vinha tomando na seara do Direito das Famílias quanto às demandas da comunidade LGBTQIA+, dando-lhes concretude.

2.1.4 - Concessão de licença-maternidade para adotante homem - 2013

A licença maternidade é um direito constitucional previsto no art. 7º, inciso XVIII da CRFB/88, com viés trabalhista, concedido às mulheres gestantes ou adotantes para que possam se afastar temporariamente de suas atividades laborais pelo período de 120 (cento e vinte) dias com objetivo de dar ao recém-nascido todo suporte afetivo e material que é necessário nesse momento de suma importância para o desenvolvimento saudável do bebê.

Ocorre que com a possibilidade de constituição de entidades familiares por pessoas do mesmo sexo, deu azo ao surgimento de algumas situações inéditas como quanto ao nascimento ou a adoção de filhos por casal homoafetivo composto por 2 (dois) homens, o que ainda não tinham sido regulamentado pela legislação vigente.

Portanto, surgiram dúvidas de como proceder diante de situações até o presente momento peculiares ao direito posto como: adoção/nascimento de uma criança numa família composta por mulheres lésbicas; adoção de uma criança por um casal de homens gays; quem poderia gozar da licença maternidade nesses casos? Ambas as mulheres, pois ambas seriam mães? Nenhum dos pais, pois nenhum deles foi gestante?

A partir de situações como as acima descritas, que geralmente são levadas às áreas de recursos humanos de empresas e órgãos públicos, iniciou-se uma cascata de negativa de direitos por parte das instituições empregadoras, por falta de legislação que desse guarida a esses requerimentos.

Sendo assim, pelo fato de haver uma omissão legislativa quanto a esses assuntos, somado a negativa de direitos por parte dos empregadores fundamentada exatamente nessa omissão, o Poder Judiciário foi novamente provocado como sendo a única opção pela qual os casais homoafetivos tinham para efetivar seus direitos.

Um caso emblemático que se tornou paradigma para outras decisões judiciais semelhantes, foi o do servidor público federal de Campo Grande (MS), que mantendo uma união homoafetiva, conseguiu o direito de licença-maternidade integral em razão da obtenção da guarda judicial conjunta de uma criança de menos de um ano.

Após um agravo de instrumento e tutela antecipada recursal, o servidor teve o direito a licença maternidade de 120 dias, prorrogável por mais 60 dias concedido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

No caso, somente o servidor federal, lotado no TRE-MS (Tribunal Regional Eleitoral do estado), teve direito à licença, já que seu parceiro trabalhava como autônomo e não era filiado à Previdência Social.

A licença foi concedida com base no artigo 2º, §1º, do Decreto 6.690/2008. Na decisão, o relator do caso disse:

o órgão especial deste Tribunal considerou inconstitucional o art. 210 da Lei nº. 8.112/90, por violar o art. 227, § 6º da Constituição da República, que proíbe a discriminação dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, assegurando-lhes os mesmos direitos e qualificações.

Na oportunidade, restou consignado que a licença à gestante é um direito também da criança, pois sua finalidade é 'propiciar o sustento e o indispensável e insubstituível convívio, condição para o desenvolvimento saudável da criança', razão pela qual o adotante faria jus ao prazo de 120 (cento e vinte dias) de licença remunerada".

Estabeleceu o julgador em sua decisão⁶²:

Pelas mesmas razões, é razoável a alegação de que importaria em violação à garantia de tratamento isonômico impedir a criança do necessário convívio e cuidado nos primeiros meses de vida, sob o fundamento de falta de previsão constitucional ou legal para a concessão de licença no caso de adoção ou de guarda concedidas a casal homoafetivo.

A partir dessa decisão inúmeras outras foram tomadas no mesmo sentido, tendo como premissa a possibilidade de concessão do direito de licença maternidade independentemente do gênero do requerente, à parturiente ou a um dos adotantes.

Todavia, como se não fosse suficiente toda polêmica que tais decisões geraram em meio a sociedade pelo fato da licença ter um gênero estabelecido, em 2019 o STF reconheceu a existência de repercussão geral⁶³ sobre a possibilidade de concessão de licença-maternidade à mãe não gestante de casal homoafetivo, cuja companheira engravidou após inseminação artificial.

Afirmou o Relator Luiz Fux:

Emerge relevante questão jurídica que tangencia não só a possibilidade de extensão da licença-maternidade à mãe não gestante, em união

⁶²MS n. 2002.03.026327-3, Rel. Des. Fed. André Nabarrete, julgado em 24.11.05; TRF da 3ª Região.

⁶³ RE 1.211.446 - Repercussão Geral TEMA: 1072

homoafetiva, mas também os limites e parâmetros fixados para essa extensão.

A votação integral sobre o tema ainda não acabou, mas já foi alcançado o quórum mínimo de quatro votos para o reconhecimento da repercussão geral, pois votaram a favor da repercussão geral os ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Dias Toffoli e Alexandre de Moraes.

A questão foi acolhida para ter repercussão geral pelo fato de os Ministros considerarem que o período de afastamento, seja de quem ou qual gênero for, se baseia na Cláusula Geral do Melhor Interesse da Criança, portanto, poderia conceder a licença-maternidade de 180 dias à servidora, que não era a gestante, já que a mãe que engravidou não teve licença, pois é autônoma.

Esse argumento vem sendo criticado por outros segmentos do Poder Público, por entenderem que a interpretação extensiva atribuída ao direito à licença-maternidade contraria o Princípio da Legalidade Administrativa, uma vez que não existe autorização legal para tanto.

Além disso, afirma o Município de São Bernardo do Campo, empregador da servidora, que o afastamento remunerado, conforme a Constituição Federal, é exclusivo para a mãe gestante, que precisa de um período de recuperação após as alterações físicas e psíquicas que gravidez e o parto provocam nas mulheres.

2.1.5- Tratamento dos transexuais e travestis no Sistema Penitenciário - 2014

Em 2014, foi editada uma Resolução Conjunta n.º 1 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP e do Conselho Nacional de Combate à discriminação – CNCD/LGBT regulamentando administrativamente a conjuntura lamentável a que são submetidas as pessoas LGBTQIA+ em acolhimento carcerário.

Contudo, apesar Resolução Conjunta n.º 1, de 15 de abril de 2014 estar em consonância com as normas internacionais de direitos humanos relativas as pessoas encarceradas, como as Regras Mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos – Regras de Mandela, Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras - Regras de Bangkok e todos os outros instrumentos internacionais aplicáveis à matéria, bem como os Princípios de Yogyakarta (Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero), ela não atingiu a efetividade esperada à época de sua edição devido à falta de orçamento e estrutura do sistema carcerário brasileiro.

A partir desse momento, passa-se a analisar alguns dos direitos elencados por essa Resolução Conjunta que julgam-se importantes:

2.1.5.1 - Direito ao uso do nome social – art. 2º:

O direito ao uso do nome social se refere às pessoas transexuais e travestis que têm o direito de serem chamadas pelo prenome que declaram e querem ser

reconhecidas perante a sociedade de acordo com o gênero ao qual se autoidentificam.

2.1.5.2 - Direito a utilização de espaços de convivência específicos – art. 3º:

Visando a segurança física e psicológica das pessoas LGBTQIA+ dentro do ambiente carcerário, reconhecidamente hostil para essa população, eles devem ter espaços distintos para convivência e relacionamento, não se podendo destinar tais locais para execução de medidas disciplinares ou quaisquer métodos coercitivos.

Ademais, a transferência para esses espaços requer anuência expressa do encarcerado.

2.1.5.3 - Direito a transferência dos transexuais para prisões femininas – art. 4º

Da mesma forma que o direito supracitado visa preservar a segurança física e psíquica das pessoas transsexuais (femininas ou masculinas), a transferência de mulheres-transsexuais para presídios femininos se dá como uma forma de proteção às essas pessoas de situações com: agressões verbais, castigos físicos e hostilidades geralmente perpetradas por homens à pessoas LGBTQIA+ em presídios masculinos.

Isso porque, de maneira geral as mulheres, tendem a ser mais empáticas, tolerantes e acolhedoras perante as diferenças.

2.1.5.4 Direito de usar roupas e caracteres secundários conforme a identificação do gênero – art. 5º

Como é cediço os homens encarcerados são obrigados a rasparem os cabelos e se manterem regularmente sem barba desde que o dia que entram no sistema penitenciário.

Tal imposição é feita pelo próprio Estado com a justificativa pífia de que este é um procedimento de segurança e higiene dentro dos presídios.

Ocorre que essa imposição acaba por desumanizar os encarcerados, retirando-lhes sua autodeterminação como seres humanos singulares, distintos dos demais, tendo um abalo psicológico significativo durante o período de adaptação ao cárcere e durante todo o cumprimento da pena.

Ademais, essa justificativa cai por terra quando se nota que as mulheres encarceradas não se submetem ao mesmo tratamento e tendem a ter um ambiente mais limpo e saudável no cárcere, apesar de manterem seus cabelos no mesmo comprimento desde antes do cumprimento da pena.

Desse modo, essa regra é de suma importância principalmente para os travestis e mulheres-transsexuais, que apesar de aceitarem seus corpos com características físicas masculinas, opostas ao gênero que se autoidentificam, se travestem de acordo com as suas autopercepções femininas de gênero.

Assim sendo, por essa regulamentação travestis e mulheres-transsexuais poderiam se vestir com trajes que se identifiquem sem qualquer tipo de imposição institucional em sentido contrário.

2.1.6 Adoção Homoafetiva - 2015

No final do ano de 2015, o Parlamento português aprovou uma lei que autorizava a adoção de crianças por casais homoafetivos e a notícia correu o globo sendo largamente festejada e comentada por diversos setores da sociedade civil.

O assunto por coincidência também estava em voga no Brasil, especialmente após a divulgação do projeto de lei do Estatuto da Família, que tinha por objetivo definir a entidade familiar como aquela única e exclusivamente composta por um homem e uma mulher.

Em contrapartida, para fazer frente ao projeto de lei supracitado, levantaram-se vozes para que houvesse uma regulação legislativa a favor ou que autorizasse a adoção por casais do mesmo sexo aqui no Brasil.

Não obstante as reivindicações quanto a elaboração de uma lei diametralmente oposta ao Estatuto da Família, que por sua vez, pra muitos juristas já nasceria morta por ser incompatível com a Constituição Federal; não seria, portanto, necessária tal legislação, haja vista que o Estatuto da Criança e do Adolescente, lei 8.069/90 regulamenta de forma ampla e indiscriminada, ou seja, sem diferenciar núcleos familiares aptos a adoção de crianças e adolescentes, sejam eles compostos por casais, pessoas solteiras, hetero ou homoafetivos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA não faz qualquer menção à orientação sexual como um fator a ser considerado durante o processo de adoção nem cita que a futura família da criança deva ser composta por pais de gêneros distintos.

Como já exposto acima, desde que o casal homoafetivo atenda aos requisitos estabelecidos pelo ECA e demonstrem condições psicológicas e sociais de serem bons pais ou boas mães, não há qualquer impedimento à adoção.

Pelo fato de já ser reconhecida a união estável entre pessoas do mesmo sexo no Brasil a partir de decisões do Supremo Tribunal Federal⁶⁴, entendeu-se que a definição de família como a união de um homem e de uma mulher, estabelecida por nossa Constituição Federal, não excluiria outras formas de família existentes.

⁶⁴ ADPF n.º 132 e a ADI n.º 4277

E se a partir de 2013, também já era possível que pessoas do mesmo gênero se casassem, após o Conselho Nacional de Justiça editar a Resolução nº 175/2013, que ordenava os cartórios a celebrassem casamentos entre pessoas do mesmo sexo em todo território nacional, o direito à adoção seria uma decorrência lógica desse direito conquistado pela comunidade LGBTQIA+.

Entretanto, antes disso, quando união entre pessoas homoafetivas ainda não era juridicamente reconhecida como entidade familiar, muitas vezes se negava a adoção por estes casais sob a alegação de que a dupla não vivia em união estável, nem era casada, portanto não formavam um núcleo familiar, requisito objetivo expresso no art. 42, §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA.

Atualmente, entretanto, após a equiparação de direitos das uniões hétero e homoafetivas, a negativa quanto ao requisito do casamento ou união estável desapareceu, tornando-se possível que os homoafetivos atendam todos os requisitos objetivos estabelecidos pela lei.

Em relação aos requisitos subjetivos, o ECA limita-se a estabelecer que a criança ou o adolescente deverá ser colocado em ambiente familiar adequado e que os futuros pais apresentem uma parentalidade responsável, sem mencionar que a composição do casal por pessoas de mesmo gênero seja, de alguma forma, uma característica desabonadora ou prejudicial para a criança.

Vale ressaltar que mesmo antes das decisões do STF quanto a constituição de entidade familiar por uniões homoafetivas, já havia decisões judiciais deferindo pedidos de adoção desde 2005, onde numa ação que corria em Bagé, Rio Grande do Sul, duas crianças já tinham sido adotadas por uma das mulheres anteriormente, e posteriormente, foi concedida a adoção a outra companheira lésbica reconhecendo, portanto, a adoção homoparental do casal homoafetivo.

Quanto à adoção homoafetiva propriamente dita que se tem conhecimento ocorreu em 2006, quando um juiz de 1º grau concedeu a adoção a um casal de homens em Catanduva, São Paulo, sua decisão, inclusive, lhe rendeu manchetes jornalísticas à época⁶⁵.

Vale a nota de que é impossível precisar como era o posicionamento exato da jurisprudência quanto ao tema, pois as ações de adoção correm em segredo de justiça e é grande a possibilidade de que parceiros homoafetivos tenham mascarado sua situação conjugal no passado, requerendo adoções homoparentais como sendo adoções individuais para que pudessem lograr êxito em seus pleitos.

Já quanto a uma decisão de caráter vinculante temos a proferida pelo STF, que se tornou paradigma nesse tema, RE n.º 846.102, que seguiu os entendimentos anteriores do Pretório Excelso nas ações ADPF n.º 132 e na ADI n.º 4277.

O Recurso extraordinário foi decidido em março de 2015, de forma monocrática pela Ministra Carmen Lúcia, reconhecendo expressamente a possibilidade plena de adoção por casais

⁶⁵ BAPTISTA, Renata. "Pela 1ª vez, Justiça autoriza casal gay a adotar criança no Brasil". Folha de São Paulo. Cotidiano. Publicado em 23.11.2006. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2311200622.htm>

homoafetivos como sendo uma decorrência lógica e necessária do reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas como entidades familiares.

Corroborando com esse entendimento há uma decisão do STJ muito interessante negando provimento ao Resp nº 1.540.814 interposto pelo MP/PR que solicitava que uma pessoa homoafetiva ao se inscrever no registro de pessoas interessadas em adoção de menores deveria informar sua orientação sexual, o que lhe imporá um limite de idade para adoção, ou seja, caso uma pessoa homoafetiva se candidatasse à adoção só poderia adotar adolescentes com 12 (doze) anos completos ou mais.

Já em 2017, como se não bastasse o não provimento, houve outra ação constitucional proposta pelo *Parquet* paranaense, tendo sido negado provimento novamente pelo STJ⁶⁶, que pretendia limitar a idade das crianças a serem adotadas por homens homoafetivos.

Cabe ressaltar nesse caso que não havia nenhuma celeuma quanto ao reconhecimento de união estável que pudesse indeferir o pedido de adoção nesse caso, já que o pretendente tinha como objetivo uma adoção *solo*.

Portanto, ficou evidente o caráter discriminatório da posição do *Parquet*, que demonstrou explicitamente seu preconceito conjugando ideias de homossexualidade com pedofilia, o que é absolutamente incoerente e lastimável por advir de uma instituição tão esclarecida e necessária às minorias.

Pelo exposto, é possível afirmar que a decisão da Ministra Carmen Lúcia, em 2015, representou uma nova vitória aos pleitos LGBTQIA+ ao reafirmar a jurisprudência, que por sua vez, já vinha dando sinais positivos de aceitação quanto a decisão sobre as uniões homoafetivas.

2.1.7 Reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade/maternidade socioafetiva e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida - 2017.

Em novembro de 2017 o CNJ, órgão de atuação administrativo do Poder Judiciário, regulamentou por meio do Provimento n.º 63/2017 o reconhecimento voluntário de parentalidade socioafetiva diretamente no cartório, sem necessidade de ordem judicial para tanto.

Esse ato administrativo infralegal editado pelo CNJ também versa sobre questões que atendem à comunidade LGBTQIA+, como o registro de crianças que nasceram por meio de

⁶⁶ Resp. 1.525.714/PR

reprodução assistida, mais precisamente heterólogas⁶⁷ ou por gestação por substituição⁶⁸, institutos constantes respectivamente nos artigos 16 e 17 do Provimento do CNJ, facilitando que casais homoafetivos possam registrar seus filhos sem que para isso precisem provocar os Juízos de Família ou da Infância e da Juventude.

Ademais, a normatização se refere expressamente aos filhos de casais homoafetivos, no art. 16 § 2º estabelecendo que “o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem referência a distinção quanto à ascendência paterna ou materna”.

Ou seja, no assento de nascimento dos filhos de casais homoafetivos só constará “avó”, “avô” sem referência às ascendência “materna” ou “paterna”.

Já quanto ao registro de filhos havidos por gestação por substituição a norma é expressa em seu artigo 17, § 3º:

O conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento do vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o filho gerado por meio da reprodução assistida.

Essa regulamentação quanto ao não reconhecimento de vínculo de parentesco entre o/a doador(a) e o recém-nascido resolve um dos grande problemas enfrentados pelos casais homoafetivos que contratam mãe hospedeira ou um doador de material genético, pois acordam previamente entre si que não haveria nenhuma relação afetiva ou legal entre a criança e o/a doador(a) mas durante a gestação ou posteriormente ao nascimento da criança o/a doador(a) mudam de ideia e impõem que o bebê seja registrado oficialmente como seu filho biológico, violando a boa-fé das relações contratuais, agindo de forma contraditória com sua vontade anteriormente expressa (*venire contra factum proprium*).

2.1.8 Alteração do nome e gênero no Registro de Nascimento diretamente no Registro Civil de Pessoas Naturais - 2018

⁶⁷ A reprodução assistida heteróloga se dá quando há a doação por terceiro anônimo de material biológico ou há a doação de embrião por casal anônimo (Resolução CFM, art. IV e art. V, inciso 3). Perceba que a reprodução humana heteróloga pode ser unilateral (material genético de um doador) ou bilateral (material genético de dois doadores ou por doação de embrião). A reprodução assistida heteróloga é espécie de filiação socioafetiva, muito utilizada por casais lésbicos em que uma das mulheres doa seu material genético para reprodução do bebê junto ao material genético de um homem desconhecido e a outra companheira assume a maternidade socioafetiva; ou quando não há doação de material genético de nenhuma das duas, mas o embrião é implantado do útero de uma das companheiras e ambas assumem a maternidade socioafetiva conforme o art. 1593 do CC.

⁶⁸ Gestação por substituição (também denominada gravidez por substituição, maternidade por substituição ou popularmente barriga-de-aluguel) é um acordo em que uma mulher aceita engravidar com o objetivo de engendrar e dar à luz uma criança a ser criada por outros.

O Conselho Nacional de Justiça por meio do ato normativo infralegal - Provimento nº 73 de 2018 - estabeleceu regras facilitando o trâmite administrativo quanto a averbação da mudança de nome e gênero nas certidões de nascimento ou casamento, pelas pessoas transexuais.

Hoje, tal procedimento pode ser feito diretamente nos cartórios de registro civil sem que para isso necessite de ordem judicial.

A norma estabelece que pessoas transgêneros maiores 18 anos podem requerer a alteração de seus dados pessoais para adequá-los ao gênero autopercebido sem necessidade da realização prévia de procedimento cirúrgico de transgenitalização ou qualquer laudo médico psiquiátrico que aprove tal mudança; podendo alterar suas informações pela simples vontade autodeclarada ao tabelião.

Na prática deve dirigir-se ao cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais - RCPN em que foi feito o seu primeiro registro civil da pessoa, para que lá possa solicitar as alterações de forma administrativa.

Também há a determinação de que as alterações não excluam o sobrenome da família, além disso, é necessário declarar a inexistência de um processo judicial em andamento com o escopo de alterar o nome e/ou o sexo no documento de identificação civil e caso tenha uma ação aberta, deverá comprovar seu arquivamento antes de pedir a mudança diretamente no cartório.

A norma estabelece que as informações sobre a alteração de nome/gênero não serão divulgadas a terceiros, constando somente interna e administrativamente no cartório onde foi feita a alteração, senão, somente por vontade da pessoa ou da Justiça.

A alteração em questão tem caráter sigiloso, por isso a informação sobre a mudança não pode constar das certidões dos assentos, exceto se houver pedido do próprio requerente ou por determinação judicial, hipóteses em que a certidão deverá dispor sobre todo o conteúdo registral.

Quanto aos demais documentos oficiais, os órgãos responsáveis pelo RG, ICN, CPF e passaporte, além do Tribunal Regional Eleitoral serão oficialmente notificados, porém caberá ao próprio requerente procurar essas instituições para que obtenha seus documentos retificados com as mudanças averbadas no Registro Civil de Pessoas Naturais- RCPN .

O Provimento n.º 73/2018 está em plena consonância com as legislações internacionais de direitos humanos como o Pacto de San José da Costa Rica, que prevê o respeito ao direito ao nome, ao reconhecimento da personalidade jurídica, à liberdade pessoal, à honra e à dignidade.

Os direitos fundamentais supracitados foram os mesmos utilizados como argumentação pelo Supremo Tribunal Federal, em março de 2018, ao autorizar pessoas transexuais a mudarem de nome mesmo sem cirurgia ou decisão judicial.

Na decisão do STF⁶⁹, a base argumentativa para todos os outros fundamentos jurídicos trazidos na *ratio decidendi* foi a Cláusula Geral de Tutela da Dignidade da Pessoa Humana.

Embora algumas divergências quanto ao requisito negativo da autorização judicial, nenhum deles foi contra a mudança do nome no registro.

Vale ressaltar as palavras do ministro Celso de Mello em seu voto:

[...] a prévia autorização judicial é desnecessária e encontra equacionamento na lei dos registros públicos, uma vez que se surgir situação que possa caracterizar fraude caberá ao oficial do registro civil a instauração de procedimento administrativo de dúvida⁷⁰.

Mesmo antes da regulação publicada pelo CNJ, alguns Estados já haviam editado regras para os cartórios, assegurando a possibilidade das pessoas transgêneros solicitarem a mudança de nome e sexo no documento apenas com a comprovação de sua vontade diante do registrador, é o caso dos estados de São Paulo, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Goiás, Rio Grande do Norte, Pará, Pernambuco, Sergipe, Ceará e Maranhão.

2.1.9 – Utilização do nome social pelas pessoas transexuais no âmbito do Poder Judiciário - 2018

A Resolução nº 270 do Conselho Nacional de Justiça, editada em novembro de 2018, visa assegurar o uso do nome social em todos os Tribunais do país garantindo às pessoas transexuais e travestis usuárias dos serviços judiciários, aos magistrados, estagiários, servidores e trabalhadores do Poder Judiciário, a utilização do nome social em seus registros funcionais e documentos.

A proposta, que foi apresentada no ano de 2016 e leva em consideração, dentre outros aspectos, a Dignidade da Pessoa Humana e a necessidade de se dar tratamento isonômico aos usuários dos serviços judiciários.

Tal regulamentação é mais uma demonstração da preocupação do Poder Judiciário em garantir o respeito à identidade de gênero e tratamento igualitário a todos, sendo direito de todos serem chamados pelo prenome indicado, nas audiências, pregões e demais atos processuais, devendo, inclusive, constar o nome social nos atos escritos.

Em caso de divergência entre o nome social e o nome constante do registro civil, o prenome escolhido deve prevalecer para os atos que ensejarão a emissão de documentos externos, acompanhado do prenome constante no registro civil, nesses casos especificamente, deve haver a

⁶⁹ ADI 4.275 e RE 670.422

⁷⁰ A decisão foi dada na ADI 4257 ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, com base no artigo 58 da Lei 6.015/1973, que dizia que qualquer alteração de nome deveria ser motivada e aguardar sentença do juízo a que estiver sujeito o registro.

indicação “registrado(a) civilmente como”, para identificar a relação entre o prenome escolhido e prenome civil.

2.1.10 Criminalização da Homotransfobia pelo STF - 2019

Como já exposto na introdução deste artigo, o tema da evolução dos direitos conquistados pela comunidade LGBTQIA+ se tornou interessante a pesquisa pela grande repercussão que a decisão da Suprema Corte teve sobre a criminalização da homotransfobia, equiparando à racismo social existente no Brasil.

Pela ampla cobertura dos meios de comunicação sobre esse julgamento, incontáveis foram as vozes de juristas renomados e pessoas comuns do povo, leigos no Direito, sobre tal decisão judicial, que se levantaram de todos os lados, contra e a favor da legalidade e legitimidade da decisão pelo STF.

Dentre os principais argumentos contrários a decisão do STF ressaltam-se os seguintes: aumento da “cultura da vitimização”, a invasão da função legislativa pelo STF, a violação dos princípios da separação de poderes e da legalidade estrita que rege o Direito Penal, a politização da justiça ocasionada pelo ativismo judicial desenfreado e a sobreposição do Judiciário ao Poder Legislativo.

Passa-se a analisar pontualmente os argumentos levantados contra a decisão do STF que equiparou a homotransfobia ao crime de racismo, ambos crimes de ódio, até que o Congresso Nacional regulamentasse pela via legislativa a situação desses crimes que vêm ceifando brutalmente a vida da população LGBTQIA+ nos últimos anos.

Quanto ao aumento da “cultura do vitimismo”⁷¹ entendeu-se que pelo fato da lei 7.716/89 se referir estritamente aos crimes de preconceito quanto a “raça, cor, etnia e religião”; a equiparação dos crimes de preconceito quanto a orientação sexual e a homotransfobia abriria um precedente para que outros tipos de discriminação fossem abarcados por essa lei, aumentando um processo de “cultura do vitimismo”.

Ou seja, o que se quis afirmar foi que:

Poderemos nos deparar com a criminalização qual racismo da obesofobia, da esqueleticofobia, da gerontofobia, da misoginia, da nanofobia e da gigantofobia (afinal, os anões e as pessoas de baixa estatura, assim como os gigantes, também são gente), da veganofobia, da alopeciaofobia (Alopecia Areta é uma doença que faz faltarem pelos em regiões do corpo

⁷¹CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Criminalização da homofobia pelo STF: Uma aberração jurídica. Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano 69,n.º 501, Julho de 2019 p.42.

ou no corpo todo ou ao menos na cabeça – os carecas também são vítimas de preconceito, entre outras situações imprevisíveis *ad infinitum*.

Ocorre que o autor ao fazer essa análise sobre a interpretação ampliada da lei de racismo para os demais tipos de preconceito ignorou o fato de que os preconceitos elencados se referem única e exclusivamente a uma discriminação pela diferença na aparência física, que, por sua vez, é inerente a condição humana devido não só a genética mas também por padecer de alguma doença deformante.

Esses preconceitos listados são inadmissíveis, porém não se constituem como crimes de ódio capazes de levar a morte daqueles que se mostram diferentes pelo simples fato de serem diferentes na sua cor de pele e na orientação sexual, e esse fato natural não agrada aos conceitos e valores do agressor, que tenta aniquilar tal diferença, por enquadrá-la desviante para toda a sociedade.

A elaboração da legislação penal quanto aos crimes de racismo e sua ampliação analógica aos crimes de homotransfobia não ensejam apenas frear o desvalor, o subjuízo e o preconceito com essas populações (negra e LGBTQIA+) ao entendê-las como sendo inferiores ou cidadãos de segunda categoria na sociedade, o que se pretende é inibir de forma eficaz a violência e toda sorte de agressões sejam físicas, psicológicas e até mesmo a morte dessa população pelo fato de simplesmente estarem vivos e coexistindo em sociedade majoritariamente branca e heterossexual.

O contra-argumento à “cultura do vitimismo” se constitui numa simples indagação “Quantas pessoas portadores de nanismo, *alopecia areata*, carecas ou veganos foram brutalmente assassinados pelo simples motivo de existirem ativamente em sociedade?”.

Certamente a resposta seria um quantitativo ínfimo ou quase tendente a zero, ou seja, um número pífio comparado ao número alarmante de mortes de pessoas negras ou LGBTQIA+ pelo simples fato de seus algozes terem ódio da cor da pele, da orientação sexual ou da identidade de gênero das suas vítimas.

Portanto, não caberia a comparação de situações completamente distintas ou colocá-las numa mesma categoria de “vítimas de preconceito” sem que a intenção do crime, que é o núcleo essencial da analogia, fosse similar e coerente.

Quanto ao argumento de invasão da função legislativa pelo STF, apesar de todo o alvoroço sobre os Ministros estarem legislando ao ampliar o rol da lei 7.716/89, há que se por luz ao fato de que a decisão do STF em nenhum momento criou uma lei inédita ou distinta para abarcar a homotransfobia e sim interpretou uma norma já existente relativa a crimes de ódio, à luz da Constituição, adaptando uma situação rara e excepcional de flagrante “estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional”⁷² quanto ao tema; para então dar uma resposta Estatal

⁷² Expressão retirada do item “a” da decisão proferida no julgamento da ADO 26. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>

satisfatória a uma questão que já havia sido levada ao Congresso Nacional há mais de 13 anos, por meio da PL 122/2006⁷³ em que nenhuma resposta foi dada a essa demanda.

Quanto à violação do Princípio da separação dos Poderes da República; há que se convir que esse princípio permaneceu regente e intocável pela decisão do STF na ADO 26, pois a prerrogativa para legislar de forma ampla do Congresso Nacional foi respeitada e aguardada pacientemente por longos 13 anos antes que outra solução fosse tomada por algum outro poder da República.

Na mesma toada se mostra intacto o Princípio da Legalidade Estrita que rege o Direito Penal, que determina que as leis penais só podem ser elaboradas pelo Poder Legislativo, haja vista proibição constitucional de tratar sobre matéria de direito penal por medida provisória (Poder Executivo)⁷⁴ e quanto ao Judiciário; o STF decidiu que a imputação analógica dos crimes de homotransfobia como crimes de racismo se darão até o momento em que o Congresso Nacional legisle sobre a temática, ou seja, o Judiciário não se colocou como substituto do Legislativo, mas sim como soldado de reserva para solucionar casos que ainda não tenham sido solucionados pelo Legislativo.

Vale a nota que o Congresso Nacional teve a oportunidade de se manifestar sobre a criminalização da homotransfobia, votando sobre projetos propostos na Câmara dos Deputados, porém se quedou inerte dolosamente por mais de uma década, deixando uma demanda importante para a população LGBTQIA+ sem a devida resposta.

Sobre o pronunciamento do STF, se mostra legítimo que a Corte se manifeste sobre a questão, haja vista ter sido provocada sobre assunto constitucional⁷⁵, sendo respeitados todos os requisitos formais e materiais para a propositura de tal ação quanto ao legitimado ativo para propor a ação⁷⁶, a temática a ser tratada e pelo fato de não poder se escusar de julgar qualquer lesão ou ameaça a direito⁷⁷.

Sobre a politização da justiça ocasionada pelo ativismo judicial é interessante ressaltar a dinâmica dual dos movimentos sociais, ou seja, o movimento social das mulheres se sustenta sobre

⁷³ Esse projeto de lei será tratado especificamente no item 3.1.1.4 deste trabalho.

⁷⁴ Art. 62, §1º, alínea b da CF/88

⁷⁵ Artigo 3º, inciso IV da CRFB/88 "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

⁷⁶ Artigo 103, VIII da CRFB/88 "Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: partido político com representação no Congresso Nacional." A ação constitucional foi proposta pelo PPS – Partido Popular Socialista, com representação a época no Congresso Nacional.

⁷⁷ Artigo 5º, XXXV da CRFB/88

a teoria feminista, já o movimento ambientalista se consolida sobre a ecologia política, já o movimento antimanicomial sobre a antipsiquiatria⁷⁸.

Com a mesma dinâmica dos demais, o movimento negro se estrutura na afrocentricidade⁷⁹ e o movimento LGBTQIA+ se estriba na Teoria *Queer* e estudos sobre as minorias sexuais.

Quanto a essa dinâmica, se diz dual pelo fato de ser política-teórica, ou seja, política por ser um movimento homogêneo e representativo que postula e defende temas emancipatórios e teórica por existir um estudo interpretativo acadêmico que compreende a evolução e os processos de exclusão social sofridos por essas pessoas como a misoginia, homofobia ou racismo.

Portanto, quando se trata das reivindicações judiciais dessas minorias não há como se dissociar a política das postulações feitas às autoridades públicas. A reivindicação social desses grupos é intrinsecamente política, haja vista que o preconceito aliado à falta de representatividade dentre os cargos públicos com poder de mudança social os relegou a um vácuo legislativo e a marginalização social por muito tempo.

Sendo assim, não há como imputar esse viés político ao Judiciário, pois ele se manteve inerte aguardando ser provocado, há um dever constitucional dos juízes julgarem quaisquer tipos de demandas que venham a seu conhecimento, logo, se a demanda é político-social o julgamento também assim será.

Isto posto, imputar o aspecto negativo do ativismo judicial quanto a politização judicial das pautas minoritárias é no mínimo ultraje à função jurisdicional-constitucional daqueles que se debruçam e tentam solucionar da melhor maneira possível temas polêmicos, que deveriam ser resolvidos pelo Poder Legislativo, que por sua vez se esquivou em votar a lei, e por consequência lógica de sofrer críticas pela elaboração da lei num ou noutro sentido, deixam para outrem o trabalho árduo e a crítica iminente.

3 - Inércia legislativa frente às demandas da população LGBTQIA+

O Brasil democrático de hoje, regido pela Constituição Cidadã de 1988, se sustenta dentre outros Princípios pela Laicidade e Impessoalidade do Estado.

É possível dizer, portanto que, o Brasil é um país laico, ou seja, não há uma religião tida como oficial pelo Estado, nem favorecida ou subvencionada por ele, havendo, portanto, uma separação entre Estado e a Igreja.

O Estado brasileiro não deve favorecer nem manter laços com nenhuma religião. Porém, isso não quer dizer que o Estado brasileiro “pregue” implicitamente o ateísmo, pelo contrário, um

⁷⁸ CARVALHO, Salo de. Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas ciências criminais. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 1480.

⁷⁹ CARVALHO, Salo de. Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas ciências criminais. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 1480.

dos direitos fundamentais trazidos pela Carta Magna em seu artigo 5º, inciso VIII é a liberdade religiosa.

Um Estado ser laico e sua população ter liberdade religiosa significam dizer que o Estado além de não se filiar a nenhuma religião, seus cidadãos ainda terão liberdade e proteção estatal para professar sua religião, seja ela qual for ou até mesmo não seguir nenhuma, como é o caso dos ateus, sem que sofram nenhum tipo de preconceito ou ingerência estatal sobre essa prática ou abstencionismo.

Devidas as circunstâncias, a questão religiosa foi trazida ao debate pois o grande empecilho às postulações LGBTQIA+ perante o Congresso Nacional tem sido o fundamentalismo religioso de uma parcela de congressistas que manifestam sua fé de forma extremista sendo absolutamente intransigentes às demandas LGBTQIA+.

Como se sabe, os fundamentalistas religiosos ignoram a existência de um ordenamento jurídico, para eles, a lei divina é suprema, acima de qualquer outra, sendo, portanto, a única que tem valor, pois é a norma correta a ser seguida. Há um exagero na manifestação da sua fé; para eles qualquer ordem, lei, ou mesmo costume que contrarie a sua religião, está automaticamente condenado.

Entretanto tal postura para um congressista é um tanto quanto controversa, haja vista que o mesmo irá legislar para toda uma nação. Portanto, esse comportamento é tido como temerário para uma sociedade democrática tão plural e heterogênea como a brasileira.

A liberdade religiosa não é apenas a liberdade cristã, nem pode ser vista como tal, o Brasil apesar de sua colonização advir de Portugal onde se profetizava a religião católica apostólica romana, há que se levar em consideração que a constituição do Brasil como país independente se deu por meio de diversas etnias como colonizadores europeus, negros africanos trazidos para serem escravizados, indígenas originários e imigrantes que vieram buscar aqui um lugar melhor para se viver.

Portanto, o Brasil possui uma diversidade étnico-religiosa incontestada e a existência de fundamentalistas religiosos de um ou outra religião faz com que grande parcela da população seja de alguma forma preterida quanto a sua representatividade no Congresso Nacional.

A laicidade do Estado por conseguinte deveria garantir que os projetos de lei e votações quanto às suas aprovações não fossem influenciadas de forma alguma pela religiosidade dos parlamentares votantes.

A função constitucional do Poder Legislativo federal é a elaboração das leis e a contínua fiscalização dos demais poderes, sem descurar da constante análise da sociedade com o intuito de identificar suas necessidades a serem supridas pela via legislativa, que atenda às demandas dos diversos grupos que formam a sociedade.

Ocorre que atualmente, muitos deputados federais e senadores conseguem se eleger por serem líderes religiosos e terem os votos garantidos de seus fiéis, pois suas propostas eleitorais baseiam-se nos valores na família e dogmas das religiões Cristãs, sejam eles católicos, evangélicos ou neopentecostais.

Porém, a maioria desses candidatos se olvida que a partir do momento que se tornam congressistas, devem legislar em prol da totalidade da população e não só em benefício daqueles que os alçaram aos cargos mais altos do Poder Legislativo.

Expressando com exatidão, nas últimas duas décadas houve um crescimento desenfreado de representantes ou líderes religiosos no Congresso Nacional que são fundamentalistas religiosos e eles se agruparam formando um grupo coeso, a chamada "Bancada Teocrática", mais conhecida pela mídia como a "Bancada Evangélica" por ser, em sua maioria, composta por líderes de igrejas e movimentos neopentecostais.

Como é cediço, hoje a Bancada Evangélica está maior por ter se aliado a outros grupos conservadores do Congresso, formando a chamada bancada "BBB" – bancada da bíblia, do boi e da bala" por ter como componentes grandes latifundiário e apoiadores da redução da maioridade penal e a favor de um crescente Estado de Polícia.

Portanto, o panorama atual sobre a composição dessa parcela significativa do Congresso se inclui na dita bancada conservadora que tem como orientação de sua liderança a negação veemente de quaisquer tipos de pleito que sejam, em tese, considerados "desviantes" da "família tradicional brasileira", da moral e dos bons costumes pregados pela Bíblia (novo e velho testamentos).

A atuação dos Congressistas porém não se dá apenas de forma defensiva, negando ou se omitindo em votar propostas e pleitos das minorias, além de se manterem inertes perante os pleitos LGBTQIA+ eles atuam de forma ativa propondo projetos de lei que se contrapõem intencionalmente aos direitos já conquistados especificamente pela comunidade LGBTQIA+.

3.1 Atuação ativa do Poder Legislativo em se contrapor aos direitos da população LGBTQIA+

3.1.1 Projeto de Decreto Legislativo n.º 234 - Cura Gay – 2011

Uma postura ativa do Poder Legislativo em se contrapor à comunidade LGBTQIA+ foi pela criação do projeto de decreto legislativo que visava a modificação de alguns tópicos da Resolução do Conselho Federal de Psicologia, ao permitir que psicólogos tratassem a homossexualidade de seus pacientes como se patologia fosse.

Esse projeto de decreto previa a sustação do parágrafo único do artigo 3º e do artigo 4º da Resolução nº1 de 1999 do CFP, que estabelecia o seguinte:

Art. 3º - os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem

adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados.

Parágrafo único - Os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades.

Art. 4º - Os psicólogos não se pronunciarão, nem participarão de pronunciamentos públicos, nos meios de comunicação de massa, de modo a reforçar os preconceitos sociais existentes em relação aos homossexuais como portadores de qualquer desordem psíquica.

Ou seja, o objetivo da norma legislativa era a revogação desses artigos para que fosse possível que psicólogos atuassem na correção da orientação sexual de homossexuais, enquadrando-os como portadores de “desordem psíquica”.

O Conselho Federal de Psicologia – CFP – por sua vez se colocou veementemente contra a suspensão dos referidos artigos, pois entende que nenhum indivíduo pode ter sua sexualidade reorientada por uma normativa social imposta, até porque a homossexualidade já havia sido desconsiderada como doença há muitos anos pela Organização Mundial de Saúde – OMS.

Esse projeto ficou popularmente conhecido como “Cura Gay”, o que provocou um aumento da pressão social contra o segmento LGBTQIA+, impondo que procurassem ajuda médica e terapia para que se readequasse a cultura heteronormativa imposta pela sociedade.

3.2.2 Projeto de lei da Câmara n.º 1.672 – “Dia do Orgulho Heterossexual” – 2011

Como se não fosse o suficiente a tentativa de enquadrar os homossexuais como portadores de desordem psíquica, no mesmo ano, o então deputado Eduardo Cunha, hoje preso por corrupção, foi autor da proposta do PLC n.º 1672 que propunha o “Dia do Orgulho Heterossexual”, justificando a proposta do projeto em seu discurso⁸⁰:

No momento que discutem preconceito contra homossexuais, acabam criando outro tipo de discriminação contra os heterossexuais e além disso o estímulo da “ideologia gay” supera todo e qualquer combate ao preconceito. [...] O objetivo aqui é a livre manifestação das famílias, daqueles que respeitam as opções sexuais de quem quer que seja, mas querem deixar claro a sua opção e não irão se envergonhar dela. Daqui a pouco os heterossexuais se transformarão pela propaganda midiática em reacionários e nós queremos ter a nossa opção pela família sendo alardeada com orgulho.

⁸⁰Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=892977&filename=Tramitacao-PL+1672/2011

A ideia de que a heterossexualidade estaria sofrendo preconceito é um argumento comumente utilizado quando se trata de enfraquecer as demandas LGBTQIA+, pois esse argumento é utilizado para insinuar que ao conceder direitos aos homossexuais estaria se diminuindo a envergadura dos direitos heterossexuais.

Contudo, há que se ressaltar que as demandas LGBTQIA+ são por direitos iguais e não de sobreposição a qualquer segmento da população.

Percebe-se, portanto, que existiram inúmeros projetos de lei de iniciativas parlamentares que visavam não a solução de demandas da comunidade LGBTQIA+, mas a retirada ou redução dos direitos já adquiridos por eles, numa nítida atuação homofóbica e heteronormativa.

3.2.3 Projeto de Lei n.º 6.583 - Estatuto da Família – 2013

Apesar da conquista alcançada pela população LGBTQIA+, na decisão do STF que reconheceu a união estável homoafetiva como entidades familiares, o Poder Legislativo propôs o PL 6.583/13, mais conhecido como Estatuto da Família, que por sua vez, restringia o conceito de família às figuras da mãe, do pai e dos filhos biológicos.

Com isso, desconsideravam a existência as famílias homoafetivas como entidade familiar reconhecida pelo ordenamento jurídico, discriminando-as ao impedir seus direitos à adoção de crianças e adolescentes.

Essa normativa foi uma tentativa da bancada religiosa de se contrapor a decisão emblemática do STF nas ações ADPF n.º 132 e a ADI n.º 4277, analisadas anteriormente, que reconheceu a união estável homoafetiva como espécie de entidade familiar.

3.2.4 KIT GAY – 2018

Conforme já exposto acima, é possível perceber que não houve apenas a inércia ou omissão intencional por parte do Poder Legislativo em deixar de votar os projetos de lei com demandas LGBTQIA+.

Houve também ações claramente discriminatórias por parte de alguns congressistas quanto às ações afirmativas de cunho LGBTQIA+, como foi o caso do "kit gay".

Em 2011, houve um projeto do Governo Federal, capitaneado conjuntamente pelo Ministério da Educação (MEC) e pelo Ministério dos Direitos Humanos em parceria com entidades não governamentais, chamado de "Escola Sem Homofobia".

Esse projeto tinha por objetivo distribuir um material didático (filmes e cartilhas) nas escolas públicas para os professores pudessem trabalhar em sala de aula a promoção da cidadania e dos direitos humanos da comunidade LGBTQIA+.

Esse projeto teve apoio da Organização das Nações Unidas para Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), com o objetivo de discutir com crianças e adolescentes sobre as diferenças existentes quanto a identidade de gênero e orientação sexual, ensinando-lhes sobre tolerância e

respeito à comunidade LGBTQIA+, pois ao se explicar sobre diversidade na escola, esses jovens já cresceram formando uma sociedade menos homofóbica e mais inclusiva para a comunidade LGBTQIA+.

Contudo, esse projeto foi desvirtuado pelo, à época deputado federal, hoje atual Presidente da República, Jair Bolsonaro, apelidando o material a ser distribuído nas escolas públicas como “*kit gay*”, imputando a autoria desse material, que na realidade foi encomendado pela Comissão de Direitos Humanos e da Minoria da Câmara dos Deputados, ao seu então adversário político nas eleições presidenciais de 2018, Fernando Haddad.

Ampliando ainda mais a polêmica, foi dito que muitos exemplares do livro francês “*Aparelho Sexual e Cia*” foram adquiridos pelo MEC para serem distribuídos em escolas públicas e que segundo Jair Bolsonaro em entrevista ao Jornal Nacional, em 2018, teria o objetivo de influenciar as crianças e adolescentes nas escolas pública a se interessarem precocemente por sexo.

Ocorre que tal afirmação foi uma falácia eleitoreira, para que o então parlamentar ganhasse popularidade em meio aos setores mais conservadores da sociedade, pois conforme a editora Companhia das Letras, que editou o livro para o português, “nunca foi comprado pelo MEC, tampouco fez parte de um suposto “*kit gay*” a ser entregue nas escolas públicas de todo o Brasil.

Ademais, o MEC se pronunciou em nota⁸¹:

O Ministério da Educação (MEC) informa, em nota, que não produziu e nem adquiriu ou distribuiu o livro “Aparelho Sexual e Cia”, que, segundo vídeo que circula em redes sociais, seria inadequado para crianças e jovens brasileiros. O MEC afirma ainda que não há qualquer vinculação entre o ministério e o livro, já que a obra tampouco consta nos programas de distribuição de materiais didáticos levados a cabo pela pasta. O vídeo que circula nas redes sociais sustenta que o governo distribuiu e, assim, estaria “estimulando precocemente as crianças a se interessarem por sexo”. (...) O vídeo que apresenta as obras como sendo do MEC, em nenhum momento, comprova a vinculação do Ministério aos materiais citados, justamente porque essa vinculação não existe.

Perante o exposto, percebe-se que o Poder Legislativo ao invés de cumprir seu dever constitucional de legislar conforme as demandas de todos os setores da sociedade, se colocam claramente contrários aos pleitos da comunidade LGBTQIA+, haja vista que a entrevista dada pelo então à época, Deputado Federal Jair Bolsonaro, não foi uma opinião isolada, tendo sua fala endossada por diversos partidos e bancadas mais conservadoras que compunham a Câmara dos Deputados.

⁸¹ Disponível em <https://revistaforum.com.br/politica/kit-gay-livro-mostrado-por-bolsonaro-no-jornal-nacional-nunca-foi-distribuido-em-escolas/>

4. CONCLUSÃO

O presente artigo objetiva demonstrar que a maioria das conquistas de direitos pela comunidade LGBTQIA+ se deu pela via judicial, pois houve não só uma conduta omissiva intencional do Congresso Nacional ao longo dessas duas décadas, como a bem da verdade, houve uma nítida tentativa de redução de direitos inerentes a essa parcela da população.

A linha cronológica sobre a evolução das conquistas LGBTQIA+ se deu paralela a consecutivos projetos de lei que foram propostos perante o Congresso Nacional, sendo por eles solenemente ignorados, demonstram assim, que a busca pelo Poder Judiciário foi a única saída encontrada por esta minoria para ter suas demandas atendidas pelo Poder Público.

Entretanto, se cabe ao Estado zelar pelo bem-estar social, agindo de forma a tutelar direitos e corresponder às demandas da população, caso os demais poderes se mantenham inertes, o Poder Judiciário se mostra como soldado de reserva, para num primeiro momento provocar os outros Poderes, impulsionando-os a agir, e somente em caso de a inércia do órgão originariamente competente, é que o Judiciário poderá agir positivamente, concretizando direitos.

Dessarte, percebe-se que a maioria dos direitos existenciais básicos da reivindicados pela comunidade LGBTQIA+ não teriam sido alcançados sem a postura concretista do Judiciário, pois em regra, dependiam inicialmente da aprovação de leis pelo Poder Legislativo, o que foi deliberadamente ignorado pela maioria dos congressistas.

Por ostentarem essa postura omissa-obstrutiva quanto à aprovação das leis tutelando direitos LGBTQIA+, os congressistas se eximiram da exposição à opinião pública, das críticas e do desgaste a imagem da Casa Legislativa ao terem de enfrentar amplas discussões e a aprovação de leis que favoreciam minorias.

Isto posto, essas demandas sem respostas em prazos razoáveis chegaram ao Poder Judiciário, que, por sua vez, é um poder que não necessita da aprovação da maioria nem da aprovação popular para fiel e bem executar sua função de “dizer o Direito”.

Sendo assim, o Judiciário, em nome do Estado, visando solucionar de forma eficaz e legítima, proporcionou debates jurídicos profundos e audiências públicas com a participação da sociedade civil de forma aberta e democrática para resolver definitivamente as questões mais sensíveis dessa minoria reivindicante.

Graças aos Tribunais Superiores os principais direitos existenciais quanto a assuntos de extrema relevância como direitos de família, sucessão hereditária e identidade de gênero foram solucionados a contento do grupo postulante.

Não se pode aceitar ou permitir que um Estado republicano, laico e democrático não dê respostas às pretensões político-sociais de seu povo, quaisquer que sejam os grupos favorecidos.

É necessária e urgente uma educação em direitos não só para que a população compreenda seus direitos e saiba quais as vias adequadas para reivindicá-los perante o Poder Público, como dos

próprios Congressistas que não compreendem seu papel constitucional de legislar para toda uma sociedade, no caso da brasileira, desigual, plural e heterogênea.

Sem contar com o renascimento do senso de união e solidariedade pelos diversos grupos que formam nosso povo, em apoiar pautas distintas das que lhe favorecem, incentivando a conquista de direitos pelos mais diversos grupos, pois a vitória das minorias não diminui nem muito menos ameaça os direitos já conquistados por aqueles que não foram contemplados naquela ocasião.

REFERÊNCIA

BAHIA, Grupo Gay da. Assassinato de homossexuais (LGBT) no Brasil: Relatório Parcial de 2019. Disponível em < <https://homofobiamata.files.wordpress.com/2019/05/relatc3b3rio-ggb-parcial-2019.pdf> > Acesso em 4 fevereiro de 2020.

BAPTISTA, Renata. Pela 1ª vez, Justiça autoriza casal gay a adotar criança no Brasil. Folha de São Paulo. Cotidiano. Publicado em 23.11.2006. Disponível em <<http://www1.filho.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2311200622.htm> > Acesso em 10 de janeiro de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista brasileira de políticas públicas.V.5 2015 Disponível em <<https://publicacoesacademicas.unicub.br/RBCP/article/viewFile/3180/pdf>> Acesso em 3 de fevereiro de 2020.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em , <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 16 de novembro 2022.

BRASIL. Projeto De Lei Nº 1.151/95. Diário Da Câmara Dos Deputados. Brasília. 1995. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD21NOV1995.pdf#page=41>> Acesso em 4 fevereiro de 2020.

BRASIL. Projeto De Lei Da Câmara Nº 122. 2006b. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/opiniaopublica/pdf/PLC122.pdf>> Acesso em 4 fevereiro de 2020

BRASIL. Projeto De Lei Nº 1672. 2011a. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/892977.pdf>> Acesso em 4 fevereiro de 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132. 2011b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 4 fevereiro de 2020.

BRASIL. Projeto De Decreto Legislativo Nº 234/2011. Comissão De Seguridade Social E Família. 2011c. Dispõe sobre a sustação da aplicação do que estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da orientação sexual. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1048492.pdf>> Acesso em 4 fevereiro de 2020

BRASIL. Projeto De Lei Nº 5002/ 2013. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o artigo 58 da Lei 6.015 de 1973. 2013a. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1059446&filename=PL+5002/2013> Acesso em 16 de novembro de 2022

BRASIL. Projeto De Lei Nº 5120/ 2013. Dispõe sobre o reconhecimento do casamento civil e a união estável entre pessoas do mesmo sexo. 2013b. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=567021>> Acesso em 16 de novembro de 2022

BRASIL. Projeto De Lei Nº 6583/ 2013. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. 2013c. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>> Acesso em 20 de janeiro de 2020.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Criminalização da Homofobia pelo STF: uma aberração jurídica. Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano 69, n.º 501, 41-49, Julho, 2019.

CARDINI, Daniel Carvalho. A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências. Belo Horizonte. Arraes Editores., 2018.

CARVALHO, Salo de. Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas ciências criminais. São Paulo. Saraiva, 2017.

COSTA, Cezar Augusto Rodrigues da. "Órgão administrativo não tem poder de legislar" Consultor Jurídico. Publicado em 22.05.2013. Disponível em <<http://conjur.com.br/2013-mai-22/luiz-carvalho-orgao-administrativo-nao-poder-legislar>> ;

COSTA, Cezar Augusto Rodrigues da. CNJ legisla com resolução casamento gay Consultor Jurídico. Publicado em 30.05.2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-30/cezar-augusto-resolucao-cnj-casamento-gay-tentativa-legislar>>

DIAS, Maria Berenice. Diversidade Sexual e direito homoafetivo. 3 Ed. Rev. Ampli. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2017.

EUROPE, Transgender. Relatório Mundial sobre a violência contra a população LBGT de 2016. Disponível em <<https://transrespect.org/wp-content/uploads/2016/11/TvT-PS-Vol14-2016.pdf>> Acesso em 15 de janeiro de 2020.

FREIRE, Alonso. Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF. São Paulo. Editora Gen. 2017

QUINALHA, Renan Honório. Sexualidade ideal: ciladas da luta pelo casamento igualitário". Disponível em <<http://revistageni.org/09/a-sexualidade-ideal/>>. Acesso em 03 de janeiro de 2020.

QUINALHA, Renan Honório. Direitos Humanos e Diversidade Sexual: Uma mirada crítica. Revista da EMERJ. Rio de Janeiro, V.19, n.76 157-163 Outubro/novembro/dezembro. Edição Especial. 2016.

QUINALHA, Renan Honório. Uma ditadura contra a liberdade sexual: a necessidade de uma Justiça de Transição com recorte LGBT no Brasil. Brasília. Do direito achado na rua. V.7 110-111 WELTER, Belmiro Pedro. Estatuto da união estável. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2015.



REVISTA FÓRUM. "Kit gay": Livro mostrado por Bolsonaro no Jornal Nacional nunca foi distribuído em escolas. Disponível em <<https://revistaforum.com.br/politica/kit-gay-livro-mostrado-por-bolsonaro-no-jornal-nacional-nunca-foi-distribuido-em-escolas/>> Acesso em 16 de novembro de 2022.

O JUIZ DAS GARANTIAS E SUA EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE NO ÂMBITO DA IMPARCIALIDADE NO PROCESSO PENAL

CARLOS LAERCIO FERREIRA DA SILVA:

Acadêmico do Curso de Direito do Centro
Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

FRANCISCO ALLISSON ALMEIDA OLIVEIRA⁸²

(coautor)

MARCUS VINICIUS DO NASCIMENTO LIMA⁸³

(orientador)

RESUMO: O objetivo deste trabalho foi analisar o papel de garantidor, visando ter resultados positivos no controle da legalidade e a proteção dos direitos individuais na fase da investigação, quanto na fase de julgamento, bem como a imparcialidade do Juiz que irá sentenciar no processo penal, quando o sistema aplicado existe a separação das funções de acusar e julgar. Buscou-se, nesta pesquisa, responder ao seguinte questionamento: a constitucionalidade da implantação do Juiz das garantias consolida a imparcialidade no processo penal? Utilizando-se de um levantamento bibliográfico que envolveu vários autores que discorreram sobre este tema, viu-se que a Lei 13.964/2019 fez a inserção do juiz das garantias, o que permitiu uma modernização do ordenamento processual penal do Brasil, que até então era comandado por um rito maculado por características inquisitórias. A pesquisa mostrou que o juiz de garantias não é solução para todas as dificuldades, todavia, representa um reconhecido avanço, pois separa de forma definitiva o acusador do julgador, fazendo restabelecer o equilíbrio entre defesa e acusação no processo criminal. Concluiu-se que existe a necessidade de mais pesquisas e estudos acerca deste relevante tema em epígrafe, sendo que, por meio desse crescimento as produções de artigos científicos e afins possam auxiliar de forma consistente na formação do pensamento crítico sobre o juiz de garantias.

Palavras-chave: Constitucionalidade, Imparcialidade, Juiz de Garantias.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objeto a implantação do Juiz das garantias por meio da Lei nº 13.964/2019, conhecida como pacote anticrime, trouxe em seu conteúdo um modelo processual democrático em que as garantias e direitos escupidos na Constituição Federal sejam preservados

⁸² Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

⁸³ Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Doutorando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. *E-mail:* marcus.n.lima@gmail.com.

em relação ao sujeito que está sendo investigado, invertendo aquele olhar que existe do investigado como um objeto, e sim como um sujeito de direitos (BRASIL, 2019).

Tem-se como problemática a postura dos magistrados na fase preliminar do processo tendo em vista a inovação trazida pelo pacote anticrime em seu conteúdo. Dessa forma, a constitucionalidade da implantação do Juiz das garantias consolida a imparcialidade no processo penal?

O marco principal para criação do Juiz das garantias é fazer com que haja um distanciamento entre o Juiz da instrução com a fase pré-processual, pois ao olhar da sociedade ficara demonstrada uma maior imparcialidade. Sendo o Juiz das garantias responsável pelo controle de legalidade e não pela interferência na acusação, restando a ele resguardar os direitos individuais, passando a assumir uma função de garantidor.

Para o desenvolvimento do artigo, foi utilizado o método de pesquisa dedutivo e de revisão bibliográficas, em recorrência ao exposto na doutrina de autores que buscam conhecimento sobre o Direito Constitucional e o Direito Processual Penal como meio para dar embasamento ao problema da pesquisa e conhecimento acadêmico-científico.

Estipulou-se como objetivo uma análise acerca do papel de garantidor, visando ter resultados positivos no controle da legalidade e a proteção dos direitos individuais na fase da investigação, quanto na fase de julgamento, bem como a imparcialidade do Juiz que irá sentenciar no processo penal, quando o sistema aplicado existe a separação das funções de acusar e julgar.

A relação de imparcialidade com o implemento do Juiz das garantias, busca cada vez mais com que o julgador se mantenha uma equidistância dos fatos e do interesse das partes, a fim de não fazer um prejulgamento. Esse aspecto de um juiz imparcial é de extrema importância para a legalidade processual e com observância ao princípio do devido processo legal (LOPES JUNIOR, 2020).

No entanto, é de extrema importância a função de um Juiz responsável pela fase pré-processual, pois esse contato direto com os dados e fatos colhidos durante a investigação pode vir a ocasionar futuros problemas ao sujeito investigado. Passando o julgador a ter um olhar mais objetivo quanto ao ato da organização, com isso, não basta que ele seja um Juiz imparcial, ele tem que demonstrar ser imparcial, a fim de demonstrar de uma maneira mais clara para a sociedade e até mesmo uma maior transparência acerca dos atos praticados pelo poder Judiciário.

Para chegar às considerações finais da pesquisa, tem como intuito de expor a importância do Juiz das garantias como instrumento de efetividade da imparcialidade do julgador e se há o resguardo dos direitos e garantias fundamentais elencadas na Constituição Federal. Pois o que se observa é que estar acontecendo o fenômeno da contaminação psicológica e intelectual do juiz, tendo em vista que conduzir a instrução criminal e proferirá a sentença no mesmo processo.

Com isso, não resta dúvidas acerca de sua importância jurídica para a atualidade, tendo em vista que sua aplicabilidade tende a proporcionar a eficácia e a aplicação dos direitos garantidos aos cidadãos, sendo ainda um grande avanço, pois o sistema processual terá um responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais.

Para melhor compreensão do tema em questão, o artigo está dividido em seções, abordando os fundamentos acerca das ideias e dos pensamentos sobre o juiz das garantias, bem como a discussão a respeito do papel do juiz das garantias, os aspectos que envolvem a presunção de inocência e, ainda, e a ênfase da importância do juiz das garantias para a imparcialidade do juiz.

2 FUNDAMENTOS DA IDEIA DO JUIZ DAS GARANTIAS

Observa-se que um dos principais argumentos levados em consideração pelos defensores do instituto do juiz de garantias é quanto à imparcialidade do magistrado, tendo em vista que se compreende a forma quão, no decorrer da fase de investigações, estabeleceu contato com o procedimento, algo que interfere de forma direta na imparcialidade de quem julga, pois assim, durante o inquérito policial, o magistrado apresentaria de maneira pregressa um convencimento sobre a culpabilidade do réu.

Além disso, este se converte em um dos fundamentos presente no delineamento elaborado e apresentado pela Comissão de Juristas para a reforma do Código de Processo Penal ao Senado Federal no ano de 2009, intentando fundamentar a necessidade de criação do Juiz das Garantias no ordenamento brasileiro, em consonância os argumentos defendidos, buscando consolidar um modelo orientado pelo princípio acusatório, instituir um juiz de garantias, ou outro termo escolhido, de um juiz das garantias, era de forma rigorosa. Neste contexto, o juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais (BRASIL, 2009).

Porém, é relevante ressaltar que os juízes hoje em exercício atuam segundo as normas previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, tendo em vista que a atuação do magistrado no decorrer o período pré-processual é essencial para que se assegurem os direitos e garantias considerados fundamentais do investigado, impedindo-se que aconteça um dano ao direito de ir e vir do mesmo, com observância, inclusive, para a presença, bem como a consistência dos requisitos legais que determinam o cerceamento da liberdade do indivíduo.

Ademais, discerne-se que a presença do juiz da instrução durante o inquérito traz benefícios à acusação quanto aos processos que têm a natureza de Ação Penal Pública, tendo em vista vez que o conjunto probatório presente no inquérito policial é usado de forma eventual no processo de condenação do réu.

Assim, o contato de maneira prévia do magistrado com o inquérito e na sequência em sede de instrução processual, faz acarretar a contaminação do mesmo, em função das provas produzidas durante o período investigatório, trazendo prejuízos ao julgador quanto à imparcialidade, direito este assegurado de forma constitucional.

Todavia, segundo o que preconiza o artigo 155 do Código de Processo Penal: O juiz deve formar sua convicção pela livre pesquisa de prova elaborada em contraditório judicial, sem fundamentar sua decisão unicamente nos elementos informativos colhidos na investigação, exceto as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (BRASIL, 1941).

Portanto, discerne-se que todas as provas construídas no decorrer da fase investigativa estão sujeitas ao contraditório e ampla defesa durante a instrução processual, além disso, uma vez que o magistrado não pode fundamentar uma decisão apenas baseado no conjunto probatório produzido durante a fase de investigação, ressalvadas as exceções de provas produzidas em caráter cautelar, não sujeitas a repetição ou que foram produzidas antecipadamente. Ressalta-se que a desobediência aos ditames legais confira violação dos princípios constitucionais, acarretando a nulidade da decisão ou sentença.

Destaca-se que a terminologia adotada pelo Brasil é igual à do Chile e o instituto tem a mesma base e funções, das quais preconiza o CPP de Portugal, Paraguai, Uruguai e muitos outros países. Mundialmente este sistema é conhecido como "double juez", quão define doutrina chilena e uruguaia em representativa denominação que estabelece a necessidade de dois juízes, modelo do "duplo juiz", quando dois magistrados operam no feito, o primeiro intervém, quando invocado, no momento pré-processual até o recebimento da denúncia encaminhando os autos para o segundo que irá instruir e julgar, sem estar contaminado, sem pré-julgamento e com máxima originalidade cognitiva.

O juiz de garantias precisa estar ciente "das armadilhas que a estrutura inquisitória lhe impõe, mormente no processo penal, não pode estar alheio à realidade; precisa dar uma "chance" [...] a si próprio, tentando realizar-se". (COUTINHO, 2018, p. 62).

Contribuindo para este assunto, Ricardo Gloeckner (2018) diz que, na busca de se desenvolver corretamente o processo e no final um julgamento da pretensão acusatória e do caso penal de forma justa, é primordial a imparcialidade do órgão jurisdicional, haja vista que a imparcialidade do magistrado introduz no processo penal um viés constitucional e democrático.

A lei 13.964/2019 (denominada "pacote anticrime") traz um conjunto de mudanças no ordenamento jurídico pátrio, no tange o processual penal, além de outras disposições, insere os artigos 3A ao 3F, no Código de Processo Penal, dispositivos que instituem e disciplinam a figura do Juiz de Garantias, onde um magistrado que terá atuação em toda fase investigativa, visando o resguardo imparcial do julgador do processo; todavia, os referidos artigos tiveram suas aplicabilidades suspensas pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Ministro Luiz Fux, conforme ADIn's 6.298, 6.299, 6.300 e 6305.

É importante ressaltar que, embora devidamente aprovada pelo Congresso Nacional, sobre essa suspensão Lopes Júnior (2020) destaca que essa liminar além de suspender artigos, também impedir que o processo penal evoluísse e se democratizasse. A decisão do Ministro Luiz Fux, do STF, foi um retrocesso quanto à evolução do papel do Juiz de Garantias. Convergindo com este autor, Ávila Pozzebon (2022) afirma que, por meio das ADIn's 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, concedidas

de forma liminar, houve uma involução jurídica quanto à eficiência dos processos. Ainda segundo o autor, este espera que o STF reveja, em plenário, essa liminar que o processo penal deixe de ter cunho fascista e inquisitório.

É valioso salientar que, embora devidamente aprovada pelo Congresso Nacional, sancionada pelo Presidente da República e vigente há mais de ano, as alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019, nos artigos 3º-B a 30-F do Código de Processo Penal que versam sobre o Juiz das Garantias, tais dispositivos legais seguem com a aplicabilidade suspensa *sine die*, por força de decisão liminar e *ad referendum* proferida pelo Ministro Luiz Fux, em sede de medida cautelar, no âmbito das Ações de medida cautelar, no âmbito das Ações Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298, 6.299 e 6.300. Sendo assim, as hipóteses de suspeição permanecem restritas às elencadas no artigo 254 do Estatuto Penal Adjetivo, dentre as quais não há vedação à atuação do magistrado no curso de expedientes investigativos e, posteriormente, na instrução e no julgamento da respectiva ação penal (TJ-RS).

Depois de discutidos os fundamentos da ideia do juiz das garantias, na sequência, serão debatidos acerca do papel desse ator dentro do processo judiciário brasileiro.

3 O PAPEL DO JUIZ DAS GARANTIAS

No contexto penal, em muitos casos existe a necessidade de se realizar duas fases para resolver o delito. Inicialmente, a fase chamada de pré-processual, tido como não obrigatória, comandada pela autoridade policial. Com o objetivo principal de colher provas e indícios relacionados à autoria. Na sequência, na segunda fase, acontece a fase processual, com o comando de um juiz, que, analisando as provas e observando o contrário, faz o julgamento do acusado.

O principal escopo do juiz garantias apresenta-se como consolidar a imparcialidade no âmbito do processo. Tem-se a convicção de que o juiz, ao tomar suas decisões, a exemplo de autorizar a busca e a apreensão, decretar a prisão cautelar, interceptar ligações, mesmo na esfera do inquérito policial, macularia seu convencimento se atuasse na fase processual de forma parcial.

Dessa forma, faz-se necessária a presença do juiz atuante somente no inquérito, levando em consideração, embora existindo as regras quanto ao impedimento e a suspeição, não há a certeza da garantia da imparcialidade, tendo em vista que este processo ultrapassa os critérios objetivos, estando dentro de uma conjuntura subjetiva.

Ressalta-se o ponto de vista de Geraldo Prado (2006) acerca deste tema, além de assegurar a aparência de isenta dos Juízes ao julgarem as causas penais, é preciso ter a garantia de que, sem levar em consideração as integridades pessoal e intelectual, a apreciação destes não esteja, de fato, comprometida por causa de algum juízo apriorístico.

Porém, tendo em vista a imposição do princípio da prevenção, o juiz que fizer intervenção inquérito terá a responsabilidade de fazer o julgamento daquele suposto autor da realização do delito, quebrando, assim, o tão objetivado princípio da imparcialidade.

Para Maya (2010), vale criticar o critério da prevenção, haja vista que a imparcialidade fica comprometida em função de o juiz, por entrar de forma precoce no manuseio das provas criadas unilateralmente, poderá formular seu convencimento anteriormente à fase processual, podendo ocorrer a partir do seu entendimento um julgamento de maneira antecipada.

Neste contexto, Cardoso (2022) ressalta que o processo passa a ser um concurso, tendo a defesa como mero coadjuvante e legitimador de condenações, na teoria não pode acontecer processo sem contraditório e ampla defesa. É de grande relevância destacar que o juiz das garantias não ficará prevento no caso de uma eventual ação penal, algo que acontece na atualidade, verificado no art. 75, § único e artigo 83 do CPP.

Destaca-se que a atuação do juiz das garantias não é eliminar ou presidir o inquérito policial. O inquérito policial é de responsabilidade delegado de polícia, existindo, de fato, somente fracionamento das tarefas entre o juiz atuante no inquérito e o da fase processual, visando a garantia da imparcialidade e os direitos pertencentes ao acusado, considerando que o inquérito, em muitos casos, ganha relevância considerável no tocante ao desfecho da ação penal. Freitas (2022) diz que essa mudança legislativa é notável, em virtude compatibilizar envolvendo as garantias dos acusados e a determinação judicial atinente às medidas investigatórias, agindo-se de forma isenta e imparcial no que respeita ao julgamento referente à ação penal, deixando puro o processo de julgamento.

E admissível que o juiz atuante no inquérito se mostre com isenção acerca de pré-conceitos quanto ao acusado. A partir do momento que se decide sobre algo, existe, mesmo que em pequeno grau, uma "contaminação". De forma analógica cita-se o exemplo das provas ilícitas, em que sempre há a afirmação de que, embora desentranhadas do processo, o juiz, ao ter ciência passe por um processo de corrupção, pois, como se discerne, o processo de convencimento não é apagado de forma simples com uma borracha e ser esquecido, permanecendo no íntimo de quem obteve contato com o fato.

Freitas (2022) destaca sobre o papel do Juiz de Garantias uma grande mudança afastando-se a lógica atual dos autos do processo, exatamente porque ele deixa de acontecer continuamente, a saber, não se pode simplesmente fazer a transferência dos autos do Juiz das Garantias para o Juiz de Julgamento. A junção das funções do Juiz de Garantis e do Juiz de Julgamento, sem uma separação rígida de autos, faz com a reforma torne-se mera falácia garantista. Na fala do autor supracitado, percebe-se a necessidade revisão nas funções do Juiz de Garantias e de Juiz de Julgamento para que o processo não seja deficitário ou, ainda, uma falácia.

Após a discussão sobre o papel do juiz das garantias, serão abordados os aspectos que caracterizam a presunção da inocência.

4 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Dentro do princípio da presunção de inocência considera-se a pessoa inocente, e não culpada, até que ocorra o trânsito em julgado de sentença condenatória. Dessa forma, evita que

uma sentença condenatória gere efeitos mesmo antes de acabarem todos os possíveis recursos. Observando a História, destaca-se que no Estado Absolutista, interpretava-se os atos de delitos como ofensas ao monarca, detentor do direito de punir, quando esse poder era exercido envolto em um sentimento fortemente de vingança.

Neste contexto, era dispensado o juízo para formar a culpa do acusado, devendo ter apenas a mera evidência da prática do delito para o exercício do direito de punição e a aplicabilidade da pena. Quanto ao juízo de formação da culpa do acusado dentro do Estado Absolutista, Foucault (1999) ressalta que a culpabilidade não início com a reunião de todas as provas, de forma gradativa e por peças, era formada pelos elementos que traziam possibilidade de reconhecimento de um culpado. Para ele, uma meia-prova não inocentava o suspeito, era preciso que essa tivesse sua completude, fazendo do acusado um meio-culpado.

Viu-se que havia o predomínio da presunção de culpa do acusado nesse sistema que, diante da existência de qualquer elemento probatório, seu estado de culpa era reconhecido. Passa a surgir, então, uma insatisfação visível acerca da atuação do monarca, culminando com o começo do movimento reformista, mais precisamente do final do século XVIII, colocando a pessoa humana no epicentro das discussões, inaugurando uma nova corrente de pensamento filosófico que atua diante do poder do soberano, considerado repressivo. Beccaria, na obra *Dos Delitos e Das Penas*, fez surgir os fundamentos básicos do princípio da presunção de inocência, trazendo imposição à prisão processual somente de forma extremamente necessária. De acordo com o autor: "Um homem não pode ser tido como culpado antes que a sentença do juiz o declare; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas que tão proteção lhe foi dada". (BECCARIA, 2005, p. 63).

Este trabalho influenciou os pensadores do Iluminismo que já tinha posição de forma oposta à prática da tortura, buscando reformas processuais penais por causa das novas ideias de Estado que objetivavam. O Iluminismo defende que os seres humanos são detentores da razão, e, razão disso, legitimam como fontes únicas de poder, deixando as ações do Estado condicionadas à tutela dos interesses da sociedade. Assim, o sistema criminal passou a funcionar de acordo com a interpretação do direito penal quão *última ratio*, sob a compreensão de que por meio deste perpetraram-se as principais violências estatais em desfavor dos indivíduos.

Ressalta-se que essa ideia de mudança da legislação punitiva espalhou-se por todos os países da Europa, criando-se um grande número de dispositivos e Códigos visando a concretização dessas novas garantias na legislação punitiva. Neste contexto, destaca-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que obteve aprovação em Assembleia Nacional pelos franceses no ano de 1789, positivando, de forma inédita, o princípio da presunção de inocência em seu artigo 9º: "Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda de sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei".

Entretanto, dentro da Escola Clássica Italiana, com grandes expoentes a exemplo de Francesco Carrara, que houve a elevação do princípio da presunção de inocência a princípio fundamental da Ciência Penal, estabelecendo-se como fundamento de todas as garantias do processo. Vale ressaltar que Vilela (2000) defende que a presunção de inocência se apresenta como

um pressuposto necessário do processo penal, que estará presente no nível das regras de competência, seja na legal, total e atempada notificação, seja na moderação considerando aquando da prisão preventiva, seja ao nível da matéria que geram provas, seja ao nível da prudência que dever ser notada aquando da audiência em as testemunhas.

O autor supracitado destaca as condições de legalidade para conseguir confissão, o processo de exclusão sobre qualquer sugestão, envolvendo qualquer fraude, seja no nível de todo artifício doloso que possa dar ao que é falso um aspecto de verdadeiro, seja na imparcial apreciação a fazer dos indícios, seja no grande espaço que a defesa terá de ter, e no amplo tratamento a dar aos advogados, seja nas formas sacramentais para a sentença, seja nos recursos de apelação e revisão.

Todavia, dentro das ideias da Escola Positiva, o princípio da presunção de inocência recebe seu primeiro abalo, tornando-se uma tendência ao término do século XIX. Esse fato se deu porque, nesse período, a Europa passava por um crescente índice de criminalidade, bem como uma crise econômica que fechava os olhos para as desigualdades existentes entre as pessoas. Dessa forma, foi alterado o entendimento para conceber o direito penal como um fator de análise do crime por meio do delinquente. (VILELA, 2000).

O recolhimento do réu à prisão era determinado pela Escola Positiva, mesmo que fosse provisória, tendo em vista que sua liberdade traria riscos para o convívio social. A partir da condenação, a prisão era executada, embora deixando espaços recorríveis. Nesta escola houve o predomínio da compreensão da presunção de culpa para todos aqueles denunciados por praticar um delito.

A Escola Técnico-jurídica, por sua vez, fazia a negação de forma resistente, de se integrar a presunção de inocência dentro do processo penal. Havia a defesa de que a partir de que se alegasse o cometimento de delito sobre uma pessoa, haveria a autorização do afastamento de qualquer tratamento ligado à condição de inocência.

Dessa forma, verificou-se a diferença envolvendo a compreensão da Escola Clássica Italiana que tinha como base os ideários Iluministas, quando a presunção de inocência era fornecida como tratamento ao acusado dentro do processo penal; viu-se a Escola Positiva, que tinha a defesa pelo tratamento de presumidamente detentor de culpa para o acusado; e a escola Técnico-jurídica, a qual tinha a sustentação do tratamento de não culpabilidade do acusado. Evidencia-se, por fim, a ausência de diferenciação acerca do tratamento de não culpado e de modo presumido do culpado, pois ambas afastam, em seu fundamento, o estado de inocência presumidamente do réu.

Vistos os aspectos que define a presunção de inocência, a discussão seguinte será sobre a relevância do juiz das garantias visando o cunho imparcial do juiz.

5 A IMPORTÂNCIA DO JUIZ DAS GARANTIAS PARA A IMPARCIALIDADE DO JUIZ

Observa-se, com clareza, que a partir da Constituição Federal de 1988, o Brasil passou a adotar no âmbito do sistema de persecução penal, o acusatório, que diz respeito na “separação de funções e, por decorrência, a gestão da prova na mão das partes e não do juiz (juiz espectador), que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive”, (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 27). Em outras palavras, existe a pessoa que fará o julgamento e que fará a acusação em indivíduos diferentes, vendando-se não considerar estes em apenas um só, sob a pena de tal sistema sofrer violação.

Ressalta-se que, em função da elaboração do Código de Processo Penal ter acontecido no período do Estado Novo, detectam-se ainda alguns resquícios do sistema considerado inquisitorial da fase que, de acordo com Lima (2020), é algo que pode ser notado na atuação do juiz responsável pela execução da sentença, está seguindo todo o período inquisitorial. Diante disso, conforme Lopes Júnior (2016) ressalta a prática de atos de cunho probatório ou persecutório de responsabilidade do juiz, como, citando-se a possibilidade decreto de prisão preventiva de ofício por parte do juiz (art. 311); a decretação, de ofício, da execução de buscas e apreensão (art. 242); a iniciativa probatória a cargo do juiz (art. 156); a condenação do réu sem a presença de pedido do Ministério Público, tendo em vista que isso traz violação também ao Princípio da Correlação (art. 385); e a diversos outros dispositivos constantes do CPP que atribuem à atribuição do juiz um ativismo caracteristicamente inquisitivo.

Em função disso, a criação do Juiz de Garantias faz diminuir, dentro do Código de Processo Penal Brasileiro, o sistema inquisitorial implícito, tendo em vista que elimina a indubitável influência pertencente ao magistrado que profere a sentença possui acerca do inquérito policial. Enfatiza-se que, sem a presença desse tal juiz, degrada-se, de forma clara, o princípio da imparcialidade, pois se terá a atuação jurisdicional do juízo que proferirá a sentença desde o período em que, normativamente, não se admite o contraditório nem a ampla defesa.

Enfatiza-se, ainda, que o procedimento próprio determinado pela Lei Anticrime prevê que o devido processo legal respeite em intensidade as garantias da dignidade dos seres humanos, em conformidade com o detectado no art. 3, “B”, Caput da referida Lei, que objetiva retirar da mão do Estado na figura do Juiz a potencialidade de julgar os indivíduos de maneira viciada, sem a observância das garantias mínimas entabuladas pelo Estado Democrático de Direito (BRASIL, 2019).

É relevante destacar que a nova legislação contribui para uma maior efetivação do princípio da presunção de inocência, haja vista que busca um alto nível de imparcialidade por meio do juízo que irá julgar, trazendo reforços da “imparcialidade dos julgamentos criminais do Poder Judiciário e de qualificação da presunção de inocência” (MILLER, 2019, p. 6). O referido autor complementa que, antes na maioria dos casos fadava-se a se sucumbir a contaminação psicológica, ao inevitável e compreensível determinados pelo sistema, estando ausente o juiz de garantias.

Quando se fala em imparcialidade, o que se busca atingir é máxima distância possível da subjetividade que pode ser demonstrada pelo juiz, agindo “para que nenhuma parte seja beneficiada em detrimento da outra, mesmo que involuntariamente”, (RITTER, 2016, p. 56).

Dessa forma, fica evidente que a implantação do Juiz de Garantias contribui significativamente para a afirmação a disposição das regras pelo Estado Democrático de Direito,

destacando-se a instituição do sistema acusatório, a respeitabilidade dos princípios da presunção da inocência, imparcialidade, devido processo legal e dignidade da pessoa humana, gerando relevantes contribuições para o sistema processual penal brasileiro.

6 CONCLUSÃO

Viu-se, neste trabalho, que a Constituição Federal, de 1988, firma um compromisso com o princípio do devido processo legal, bem como o princípio do juiz natural e as demais garantias individuais, em processo que consolida o modelo acusatório e a imparcialidade, fazendo a indicação de uma clara opção por um processo penal com características democratizadas.

Verificou-se que, levando em consideração a previsão constitucional, a implementação do Juiz das Garantias traz como fator relevante o fato de significar avanço indispensável ao sistema processual penal brasileiro, haja vista a sua contribuição para o aperfeiçoamento da aplicabilidade do princípio do juiz natural, efetivando a retirada do juiz de julgamento do conteúdo que fora produzido na fase preliminar, algo que proporciona uma análise repleta de isenção quanto ao material coligido na fase de inquérito, dentro de indispensável imparcialidade.

Reforçou-se que o juiz das garantias busca, sobretudo, aplicar o devido processo legal, e, ainda com a função de fazer o resguardo dos direitos e das garantias constitucionais que estejam ao alcance do investigado, realizando tutelas eventuais, desproporcionalidades oriundas do Estado, mantendo, dessa forma, a imparcialidade do magistrado.

Durante a pesquisa, foi enfatizado que a Lei 13.964/2019, com a inserção do juiz das garantias, passou a permitir uma modernização do ordenamento processual penal do Brasil, que até então é comandado por um rito eivado de especificidades inquisitórias. Assim, o juiz de garantias não é solução para todas as dificuldades, todavia, representa um reconhecido avanço, pois separa de forma definitiva o acusador do julgador, fazendo restabelecer o equilíbrio entre defesa e acusação no processo criminal.

Concluiu-se que a instituição do Juiz das Garantias tem a base de proteção da imparcialidade do magistrado que instrui e decide o processo, definitivamente separando o responsável pela acusação do incumbido de julgar, restabelecendo o equilíbrio entre defesa e acusação no processo penal. Sem a ambição de esgotar a temática posto que o direito brasileiro agora se defronta com o desafio, crendo na profusão de novas teorias e produções que ainda virão, entende-se que o Juiz de Garantias tem papel primordial dentro do processo judiciário do Brasil.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Freitas, A. S. **O juiz das garantias no projeto do novo Código de Processo Penal**, Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17821/o-juiz-das-garantias-no-projeto-novo-codigo-penal>. Acesso em: 31 de março de 2022.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 maio 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 30 março de 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 03 maio. 2022.

CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. **O Juiz contaminado. A superação da prevenção como critério de fixação da competência**, disponível <http://www.ibccrim.org.br/site/site/artigos/capa.php?purid=10366>. Acesso em: 31 de março de 2022.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória. 2018.

FOUCAULT, Michel. **As verdades e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: Uma Genealogia das Ideias Autoritárias no Processo Penal Brasileiro**. v 1. Rio de Janeiro: Tirant lo Blanch, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manuel de Processo Penal: Volume Único**. 8. ed. Bahia: Editora Jus Podivm, 2020.

LIMA, Walter Alves. A figura do juiz das garantias no contexto internacional e nacional. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 27, n. 6775, 18 jan. 2022. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/95989>. Acesso em: 16 março. 2022.

MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. **Fundamentos de metodologia científica**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MAYA, André Machado. O juiz das garantias no projeto de reforma do Código de Processo Penal. In: **Boletim IBCCrim**, n. 204, São Paulo, 2010.

MILLER, Marcello. **Juiz das garantias é avanço e pode fortalecer cultura de imparcialidade**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/marcello-miller-juiz-garantias-fortalece-cultura-imparcialidade>. Acesso em: 25 de março 2022.

POZZEBON, Fabrício Ávila. **Trabalho de Conclusão de Curso em Direito**. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2022.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Do Processo Penal Estratégico: De Acordo Com A Teoria Dos Jogos E O Mcda-c**. São Paulo: Livraria Jurídica, 2020.

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

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL (TJ-RS). **Jurisprudência: acórdãos, decisões e sentenças de cortes e tribunais**. Encontrado em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/1287007514?utm_medium=social&utm_campaign=link_share&utm_source=WhatsApp. Acesso em 26-10-2022.

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra editora, 2000.

DISTRATO CONTRATUAL À LUZ DA LEI Nº 13.786/18: A SEGURANÇA JURÍDICA TRAZIDA NA REGULAMENTAÇÃO DO DISTRATO CONTRATUAL IMOBILIÁRIO

SARAH JANY BARBOSA DE ARAUJO:

Graduanda em Direito pela Universidade Católica do Tocantins - UniCatólica.

AIRTON ALOISIO SCHUTZ

(orientador)

RESUMO: O presente estudo visa compreender as alterações realizadas pela Lei nº 13.768/18, que entrou em vigor em 27 de dezembro de 2018, e, que é considerada um marco legal para os contratos de alienação de imóveis na planta e em loteamento. Tal alteração se deu em meio a uma crise imobiliária, com vários casos que conduzia o consumidor a desfazer o contrato unilateralmente (resilição unilateral) e a reclamar judicialmente a devolução dos valores pagos com deduções não abusivas. Antes do regimento da que é considerada “a nova Lei do distrato” a jurisprudência delineava esses direitos com base em princípios e cláusulas abertas, diante da falta de texto legal fechado para várias dessas questões. A proposta desta pesquisa qualitativa tem caráter subjetivo, sendo o mesmo pautado em entendimentos jurídicos, doutrinários, narrativas e fatos concretos. No qual foi interpretado as informações obtidas a partir da leitura de doutrinas, jurisprudências e julgados, a fim de compreender a relação contratual de compra e venda no Código do Direito do Consumidor, identificando as alterações realizadas pela Lei nº 13.786/18 e como elas afetaram na prática o mercado imobiliário e o negócio jurídico, e por fim relatar o entendimento dos Tribunais brasileiros acerca do distrato contratual.

Palavras-chave: Contrato de compra e venda de imóvel, Distrato contratual, Lei nº 13.786/2018

ABSTRACT: The present study aims to understand the changes made by Law nº 13.768/18, which came into force on December 27, 2018, and which is considered a legal framework for contracts for the sale of properties in the plant and in subdivisions. This change took place in the midst of a real estate crisis, with several cases that led the consumer to unilaterally undo the contract (unilateral termination) and to claim in court the return of amounts paid with non-abusive deductions. Before the regiment of what is considered “the new dissolution law”, jurisprudence outlined these rights based on open principles and clauses, given the lack of a closed legal text for several of these issues. The proposal of this qualitative research has a subjective character, being the same based on legal, doctrinal, narratives and concrete facts. Where the information obtained from the reading of doctrines, jurisprudence and judgments was interpreted, in order to understand the contractual relationship of purchase and sale in the Consumer Law Code, identifying the changes made by law nº 13.786/18 and how they affected the practice the real estate market and the legal business, and finally reporting the understanding of the Brazilian Courts about the contractual dissolution.

Keywords: Property purchase and sale agreement, Contractual dissolution, Law nº 13.786/2018

1. INTRODUÇÃO

O resultado de uma crise, que levou ao aumento da inadimplência por parte de adquirentes de imóveis, ocasionando em rescisões de contratos, gerou a necessidade de uma Lei específica para garantir maior segurança às incorporadoras e loteadoras, tal como aos clientes adquirentes dos imóveis.

Muitas vezes, os distratados são ocasionados por causa do comprador não possuir compreensão das consequências causadas pela sua inadimplência ou até mesmo do desejo de findar o negócio. Diante disso, é preciso entender qual a atual situação das partes do negócio jurídico perante as alterações realizadas pela Lei 13.768/18 e como essa mudança legislativa influenciou o mercado imobiliário e os entendimentos dos tribunais.

Inicialmente, para compreender as alterações que a Lei nº 13.786/18 trouxe ao mercado imobiliário, é necessário entender alguns conceitos à cerca do Direito Civil, para isso será apresentado discussões sobre o contrato de compra e venda, o distrato, a jurisprudência, e as consequências pro mercado imobiliário à cerca da Lei 13.786/18, conceitos chaves para o andamento desta pesquisa.

A proposta da pesquisa tem caráter subjetivo, sendo o mesmo pautado em entendimentos jurídicos, doutrinários, narrativas e fatos concretos. Neste contexto se fez coerente uma pesquisa qualitativa onde foram interpretadas as informações obtidas a partir da leitura de doutrinas, jurisprudências e julgados.

2. DO CONTRATO AO DISTRATO: CONCEITO, EVOLUÇÃO E PRINCÍPIOS

Para que seja possível ocorrer um distrato contratual, primeiro é preciso existir uma fusão na qual há declaração de vontade entre duas partes (bilateral) ou mais (plurilateral) sobre um mesmo objeto, com a finalidade de adquirir, modificar, preservar e extinguir direitos e obrigações, gerando assim, um contrato.

Nesse sentido, Gonçalves (2022, p. 24) afirma que: "sempre, pois, que o negócio jurídico resultar de um mútuo consenso, de um encontro de duas vontades, estaremos diante de um contrato." Diante disso percebe-se que o fundamento ético do contrato é a vontade humana, desde que atue na conformidade da ordem jurídica e seu efeito é a criação de direitos e de obrigações.

Seguindo o mesmo raciocínio, Miguel Reale afirma que:

Negócio jurídico é aquela espécie de ato jurídico que, além de se originar de um ato de vontade, implica a declaração expressa da vontade, instauradora de uma relação entre dois ou mais sujeitos tendo em vista um objetivo protegido pelo ordenamento jurídico. (2013, p.208-209)

É forçoso empreender uma visão de sistema, para pensar o contrato não de modo isolado, mas no contexto do ordenamento jurídico em que está inserido. O contrato, tal como estava regulado no Código de 1916, passa por uma expressiva evolução de seu conceito, de suas

finalidades e de seu conteúdo, na trajetória que leva à Constituição de 1988 e, subsequentemente, ao Código de Defesa do Consumidor e ao Código Civil de 2002.

A palavra *contractus* significa unir, contrair. E foi no Direito Romano primitivo que o contrato surgiu, e como todo ato jurídico, tinha caráter rigoroso e sacramental. Porém, segundo Venosa (2022, p.1), “o código napoleônico foi a primeira grande codificação moderna”. Idealizado sob o calor da Revolução de 1789, o referido diploma disciplinou o contrato como mero instrumento para a aquisição da propriedade.

Ao contrário do Código Francês, conforme afirma Gonçalves (2022, p.25), “O Código Civil alemão, promulgado muito tempo depois, considera o contrato uma espécie de negócio jurídico e que por si só não transfere a propriedade, como sucede igualmente no atual Código Civil brasileiro.” Após um século do surgimento do Código Francês, surge o Código Alemão, estampando o direito em um diferente momento histórico.

Neste sentido Venosa afirma que:

No Código alemão, o contrato passa a pertencer a uma categoria mais geral. O contrato é uma subespécie da espécie maior, que é o negócio jurídico. O negócio jurídico é, portanto, uma categoria geral, a qual, como vimos, vem em nosso Código anterior definida como ato jurídico, no art. 81. (2022, p.2)

Conforme entendimento dos autores citados, que a ideia de um contrato com predominância da autonomia da vontade, em que as partes discutem livremente as suas condições em situação de igualdade, deve-se aos conceitos traçados para o contrato nos Códigos francês e alemão.

É importante mencionar que a autonomia da vontade sofre limitação perante os princípios sociais, visto que, nos termos do artigo 421, do Código Civil: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (BRASIL, 2002). A função social é atualmente, um dos princípios que mais precisa ser observado pelo intérprete na aplicação dos contratos. Alia-se aos princípios tradicionais, como os da autonomia da vontade e da obrigatoriedade, muitas vezes impedindo que estes prevaleçam.

Na visão do Silva Pereira (2020), a função social do contrato serve essencialmente para limitar a autonomia da vontade quando esta estiver em confronto com o interesse social, devendo assim prevalecer.

O princípio da relatividade dos efeitos do contrato estipula que o contrato não vincula terceiros ao seu conteúdo, produzindo efeitos apenas para aqueles que manifestaram sua vontade. Neste sentido, Gonçalves (2022), evidencia que este princípio é a aplicação da *res inter alios acta aliis nec nocet nec potest*, sendo assim a transação é válida *inter partes*, e somente entre elas produz seus efeitos.

Conforme mencionado anteriormente, o Código Civil de 2002 tornou explícito que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, necessariamente implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade (arts. 421 e 422).

As partes do negócio jurídico devem observar o princípio da boa-fé desde as negociações preliminares até a conclusão do contrato, pois como afirma Gonçalves (2022, p.16), “mesmo após o cumprimento de um contrato, podem sobrar-lhes efeitos residuais”. Sendo assim, a boa-fé objetiva consiste em regra de comportamento, dever de agir com honestidade e lealdade nas relações jurídicas contratuais.

O princípio da força obrigatória, também conhecido como Pacta Sunt Servanda, dispõe que o acordo de vontades faz Lei entre as partes. Baseando-se no princípio da autonomia da vontade, ninguém é obrigado a contratar, mas, uma vez livremente pactuado, deve-se cumprir. Nesse sentido Venosa (2022, p.15) afirma que, “essa obrigatoriedade forma a base do direito contratual”. Pois sem ela, as relações contratuais seriam um verdadeiro caos.

Depois de conceituar a origem que engloba os preceitos anteriores ao distrato contratual, chegou a hora de conceituar a rescisão contratual. Uma das formas de extinção do contrato é por meio do procedimento denominado distrato, que é a ação de encerrar a relação contratual por meio da declaração de vontade das partes contratantes, no sentido oposto ao que havia gerado o vínculo.

O art. 472 do Código Civil estatui que “o distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato” (BRASIL, 2002), ou seja, na rescisão do contrato existe uma atração da forma por força de lei. A questão deve ser vista com reservas, tendo em vista a validade e eficácia do negócio de desfazimento (VENOSA, 2022). Deste modo, o distrato trata-se de um “contrato para extinguir outro”.

O Código Civil de 2002, no artigo 473, prevê que “a rescisão unilateral, nos casos em que a Lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte” (BRASIL, 2002). Em contrapartida, se os contratantes decidem desfazer o contrato de comum acordo, assinarão o instrumento denominado distrato bilateral.

Nos tempos atuais, com a crise econômica, um dos principais problemas que as incorporadoras enfrentam diz respeito à grande procura pelo distrato contratual das promessas de compra e venda. Conforme será abordado, Scavone Junior (2019) afirma que, até dezembro de 2018, o mercado imobiliário sofreu uma certa insegurança jurídica por não haver regulamentação no tocante ao distrato contratual imobiliário. Desta forma, a relação contratual era regulada por jurisprudências e pelo Código de Defesa do Consumidor.

Diante de tamanha incerteza e insegurança jurídica, após anos de tramitação, discussão e negociação no Congresso Nacional, em 27 de dezembro de 2018, entrou em vigor a Lei nº 13.786, denominada “Lei do Distrato Imobiliário”, que inseriu artigos na Lei de Incorporação Imobiliária (Lei nº 4.591/64) e na Lei de Loteamentos (Lei nº 6.766/76).

A referida Lei tem o nítido objetivo de estabelecer regras para os casos de desfazimentos dos contratos de promessa de compra e venda, trazendo maior clareza e segurança jurídica para o instituto, sendo considerada uma conquista há muito tempo esperada pelo setor imobiliário.

2.1 NOÇÕES PRELIMINARES QUE ENLOBAM O DIREITO CIVIL, DIREITO DO CONSUMIDOR E A LEI Nº 13.786/2018

Para poder adentrar as alterações que foram realizadas pela Lei nº 13.786/2018 é importante entender alguns conceitos que englobam o universo do mercado imobiliário:

O Inadimplemento pode ser absoluto ou relativo. É absoluto, quando a prestação se torna inútil com o descumprimento da prestação. Nesse caso, o contrato deve ser resolvido, mas o devedor terá de indenizar os prejuízos sofridos pelo credor. Essa indenização pode ser prefixada por meio de uma cláusula penal compensatória (ou multa compensatória).

O inadimplemento é relativo quando a prestação atrasada (em mora) ainda é útil. Nesse caso, o contrato se mantém, mas caberá ao devedor pagar a prestação atrasada acrescida de encargos moratórios. Entre esses encargos moratórios, pode ser estipulada uma cláusula penal moratória (ou multa moratória).

Portanto, multa moratória só se aplica para casos de inadimplemento relativo, ao passo que multa compensatória só recai no caso de inadimplemento absoluto. No caso de contratos de aquisição de imóvel "na planta", se qualquer das partes atrasa (comprador atrasa pagamento de prestação ou vendedor atrasa entrega das obras), será cabível a cobrança de multa moratória se o credor não pedir a resolução do contrato e preferir receber a prestação em mora (inadimplemento relativo). Por outro lado, será devida multa compensatória se o credor pedir a resolução do contrato (inadimplemento absoluto). Em princípio, cabe ao credor decidir se a prestação inadimplida é ou não útil, conforme parágrafo único do art. 395 do CC.

Incorporação imobiliária é o ato jurídico por meio do qual o titular de um terreno aliena unidades de um futuro condomínio que será instituído após o término das obras. Em jargão popular, é a famosa "venda na planta". É disciplinada na Lei nº 4.591/64.

Loteamento é o parcelamento do solo para a criação de lotes servidos de infraestrutura e com acesso a novas vias de circulação. Também pode ser considerada uma espécie de "venda na planta", pois, embora o terreno do lote já exista, o loteador ainda terá de realizar as obras de infraestrutura do loteamento nos moldes do que se comprometeu no momento do registro do loteamento.

Resilição é o desfazimento do contrato apenas por vontade das partes. Se for de ambas, tem-se uma resilição bilateral, também batizada de distrato. Se for apenas de uma das partes, há uma resilição unilateral, também chamada de denúncia.

Resolução é o desfazimento do contrato por justo motivo diverso da mera vontade de uma das partes. Esse justo motivo tem de ter suporte legal, como o desequilíbrio econômico-financeiro por fato superveniente nas condições legais (arts. 317 e 478 do CC e art. 6 do CDC), o implemento

de uma condição resolutiva expressa (art. 474, CC) ou o próprio inadimplemento (que é uma condição resolutiva tácita a atrair os arts. 474 e 475 do CC).

A resolução contratual por inadimplemento tem fundamento no art. 475, do Código Civil¹². Segundo Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a resolução é um modo de extinção dos contratos decorrentes do exercício de um direito formativo do credor diante do incumprimento do devedor.

3. A RELAÇÃO CONTRATUAL DE COMPRA E VENDA NO CÓDIGO DO DIREITO DO CONSUMIDOR E NO DIREITO IMOBILIÁRIO

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXII, que define os direitos e garantias fundamentais, estabeleceu que o Estado Brasileiro tem o dever em promover, na forma da lei, a proteção do consumidor (BRASIL, 1988). Por sua vez, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o artigo 48, determinou que deveria ser elaborado o Código de Defesa do Consumidor dentro de 120 dias da promulgação da Constituição.

Sendo assim criou-se o Código de Defesa do Consumidor com a finalidade de proteger e defender a parte mais fraca na relação de consumo. Para Scavone Júnior (2020, p. 241), "Embora seja elemento constitutivo, temos que a vulnerabilidade já é presumida relativamente no momento da relação jurídica de consumo."

Partindo da premissa básica de que o consumidor é a parte vulnerável das relações de consumo, o Código pretende restabelecer o equilíbrio entre os protagonistas de tais relações. Assim, declara expressamente o art. 1º que o Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, acrescentando serem tais normas de ordem pública e de interesse social.

Antes de qualquer estudo que envolva o procedimento do distrato imobiliário conforme as alterações trazidas pela Lei 13.786/2018, se faz necessária uma perquirição acerca do direito dos consumidores, o conceito de consumidor e fornecedor, e a relação de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor, no artigo 2º, define consumidor como "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final" (BRASIL, 1990). Seguindo o raciocínio da Lei 8.078/90, Gonçalves (2022) entende que, os dois principais protagonistas do Código de Defesa do Consumidor são o consumidor e o fornecedor. E envolvidos no enlace do objeto, estão, no último conceito, o produtor, o fabricante, o comerciante e, principalmente, o prestador de serviços (art. 3º).

Nesse diapasão, a doutrina e a jurisprudência, no contrato imobiliário, entendem que o comprador se enquadra como consumidor e as incorporadoras como fornecedor, em que entre as partes é celebrado um contrato de adesão, visto que as cláusulas são estabelecidas pelas incorporadoras sem a possibilidade de discussão e alteração por parte dos consumidores. Logo, verifica-se uma relação consumerista, que está diretamente sujeita às normas e princípios previstos no Código de Defesa do Consumidor.

As relações de consumo entre o consumidor, de um lado, e o fornecedor, de outro, tem como objetos de interesse os produtos e serviços. O Código de Defesa do Consumidor, no artigo 3º, §1º, dispõe que produto é "qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial". Em continuação, no §2º, define que "serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista" (BRASIL, 1990).

O Código de Defesa do Consumidor presume, de forma absoluta, que o consumidor é a parte vulnerável das relações de consumo, visto que existe a suposição da preponderância do fornecedor em relação ao consumidor. Esta vulnerabilidade seria um conceito de direito material. O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor está previsto no artigo 4º, do CDC, em seu inciso I.

Porém, é inegável que os contratos de compra e venda imobiliária, normalmente, aparecem com cláusulas estabelecidas de maneira unilateral pelo fornecedor. Por isso, como forma de impedir os abusos cometidos em tais relações de consumo, a Lei consumerista no seu artigo 51, considera que as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito. (BRASIL, 1990).

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor, no artigo 6º, inciso V, prevê que é direito básico do consumidor a revisão das cláusulas contratuais em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. Diante disso, há de se perceber que a Lei consumerista visa a proteção do consumidor, que considera ser a parte mais fraca na relação de consumo, de modo a realizar um procedimento verdadeiramente equitativo.

Ao contrário do CDC, o Direito Imobiliário tem natureza privada, sendo o ramo que reúne as relações jurídicas e conflitos que envolvem a propriedade, seja quanto a aquisição, a perda, a posse, a locação, a usucapião, o condomínio, a doação, a cessão de direito, as incorporações imobiliárias, o direito de construir e outros institutos relacionados ao bem imóvel.

No Direito Imobiliário, tão comum quanto o contrato de compra e venda, é o contrato de promessa de compra e venda. Trata-se de contrato preliminar ou pré-contrato pelo qual se convencionam a compra e venda de um bem imóvel, para pagamento em prestações. Conforme esclarece Scavone Júnior:

A promessa de compra e venda nada mais é que um contrato preliminar, mediante o qual o promitente comprador do imóvel se obriga a pagar o preço e o promitente vendedor, após receber o que avençou, se compromete a outorgar a escritura hábil à transferência da propriedade. (2020, p.254)

Em 1937, o Decreto-lei nº 58 regulamentou especificamente a promessa de compra e venda, desta forma, atribuiu maior segurança e garantias ao promitente comprador, Nas palavras de Scavone Júnior (2020, p. 256) "Essa norma pretendia atribuir mais segurança ao promitente comprador, livrando-o das garras inescrupulosas de empresários imobiliários desonestos que se valiam do indigitado art. 1.088 do Código Civil de 1916."

Porquanto que o artigo 1.088 do Código Civil de 1916 que até então era o dispositivo que regia essa modalidade de transação, permitia ao promitente vendedor arrepender-se depois de receber todo o preço, deixando de outorgar a escritura e ressarcindo o promitente comprador nas perdas e danos.

4. PRINCIPAIS ALTERAÇÕES REALIZADAS PELA LEI Nº 13.786/18 E COMO ELAS AFETARAM O MERCADO IMOBILIÁRIO E O NEGÓCIO JURÍDICO

As alterações às Leis 4.591/1964 e 6.766/1979 pela Lei 13.786/2018 trouxe mais controle para a construção civil, que segundo Scavone, sempre que há crises econômicas esse setor acaba passando por um desequilíbrio devido as demandas de promitentes compradores solicitando o desfazimento do contrato e a restituição do que foi pago (SCAVONE JUNIOR, 2019).

Ressalta-se que a crise econômica atual afetou consideravelmente o mercado imobiliário, e conseqüentemente, as incorporadoras, que vem sofrendo quedas significativas nas vendas dos produtos.

Um número relevante de consumidores por diversos motivos, como alta taxa de desemprego, inflação, juros altos, não conseguem mais cumprir com a obrigação da promessa de compra e venda, com isso aumentam a quantidade de realização de resilição contratual, sendo uma situação totalmente imprevisível para os empresários. O aumento demasiado de cancelamento de contratos ocasionou o aumento de conflitos em razão dos distratos na via administrativa e judicial (FELÍCIO, 2017).

O setor da incorporação imobiliária é indispensável no âmbito do desenvolvimento da economia brasileira. Além de ser uma atividade que desenvolve moradias, infraestrutura, promove melhorias nos serviços públicos, como transporte, educação, saneamento, lazer, também gera milhares de empregos e renda para os participantes da cadeia produtiva.

Antes da crise econômica afetar as incorporadoras imobiliárias, as empresas vendiam uma grande quantidade de produtos, e mesmo algumas sendo distratadas, os lucros com as vendas ultrapassavam os prejuízos. No entanto, nos dias atuais, com a baixa no mercado imobiliário, várias empresas não possuem capital suficiente em caixa para satisfazer o consumidor que desiste da compra.

O capital das incorporadoras estava destinado à execução de obras, e com o aumento no número de distratos o planejamento e os fluxos de caixa dos empreendimentos foram duramente comprometidos (LOPES, 2018). Com isso inúmeras empresas fecharam suas portas e milhares entraram em recuperação judicial.

4.1 QUADRO-RESUMO

Com a finalidade de trazer um resumo prático do contrato, dando uma ideia ampla e geral do que está sendo assinado, a Lei do Distrato impôs, a apresentação do Quadro-Resumo, que passa a ser um requisito obrigatório do Contrato antes das cláusulas contratuais.

O objetivo dele, é aumentar a transparência no processo de negociação e facilitar o cumprimento de suas obrigações pelo cliente, principalmente no que diz respeito aos efeitos do insucesso da negociação. A importância do Quadro-Resumo é devido constar as principais informações do contrato de uma forma resumida e transparente.

4.2 O DIREITO DE ARREPENDIMENTO

A Lei do Distrato presumiu a possibilidade do direito de arrependimento do comprador, em conformidade com o Código de Defesa do Consumidor. Sendo duas hipóteses:

1º - Quando o contrato é executado em estandes de vendas ou outros locais distantes da sede da incorporadora/loteadora, o comprador tem o direito de desistir do negócio no prazo de sete dias contados da data de assinatura do contrato, sem multa e com direito ao recebimento integral do valor já pago.

2º - Caso o contrato seja celebrado na sede ou estabelecimento comercial do incorporador ou loteador, o direito de ressarcimento poderá ou não ser concedido pelo vendedor, pois não é obrigatório.

4.3 PRAZO DE TOLERÂNCIA

Uma das maiores medidas de segurança que a Lei do Distrato trouxe aos incorporadores foi a instauração de um prazo tolerável de conclusão e entrega. Apesar de o prazo de 180 dias de tolerância já estivesse sendo adotado pelos Tribunais brasileiros, com a implementação desse prazo na Lei, trouxe maior conforto para as incorporadoras, eliminando assim discussão à cerca deste assunto.

Essa regra, implementada pela Lei do Distrato, ocasionando um novo artigo na Lei de Incorporações Imobiliárias (43-A), estabelece que caso o empreendimento seja entregue no prazo de até 180 dias corridos após a data original de entrega, não dará causa à resolução do contrato.

4.4 MULTA POR ATRASO NA ENTREGA

Apesar da Lei do Distrato ter trago maior segurança às incorporadoras ao sancionar um prazo de tolerância, ela regulou multa por atraso na entrega das unidades caso seja ultrapassado o prazo.

Caso venha a ocorrer o atraso, a indenização será de 1% (um por cento) do valor já pago para cada mês de atraso, corrigido monetariamente conforme índice estipulado em contrato, devendo ser pago pela incorporadora ao comprador (artigo 43-A, 2º, da Lei 4.591/ 1964).

A multa não será cobrada em cima do preço do imóvel, e sim sobre o valor total já pago pelo comprador até a data prevista para conclusão das obras ou o fim do prazo de tolerância.

Caso o prazo de tolerância não seja respeitado para a entrega das unidades, é facultado ao comprador, além da multa, a resolução do contrato por culpa da incorporadora (artigo 43-A, §1º, da Lei 4.591/1964).

4.5 LIMITES DE MULTA NA RESCISÃO POR CULPA DO COMPRADOR

Talvez a mais importante alteração feita pela Lei do Distrato foi o estabelecimento de limite para a porcentagem de devolução em caso de desfazimento do negócio por parte do adquirente.

As multas poderão ser, na incorporação imobiliária, de até **25% (vinte e cinco por cento)** dos valores pagos nos empreendimentos “comuns” e de até **50% (cinquenta por cento)** nos empreendimentos sob o regime de patrimônio de afetação, sendo está última a forma mais encontrada no mercado imobiliário, (artigo 67-A da Lei 4.591/1964).

Já no que diz respeito à compra e venda de lotes, a multa será cobrada pelo loteador em até 10% (dez por cento), incidente sobre o **valor atualizado do contrato**, e não sobre o valor já pago pelo comprador.

4.6 TAXA DE FRUIÇÃO

Também foi fixado a possibilidade de cobrança de taxa de fruição pelo uso do imóvel enquanto o bem estiver sob a posse do comprador. A taxa de fruição que poderá ser cobrada, por incorporações imobiliárias, do adquirente em razão do desfazimento do negócio por parte dele é de 0,5% (meio por cento) do valor atualizado do contrato. Já os loteamentos, a taxa cobrada, a título de fruição do imóvel, é de 0,75% (setenta e cinco décimos por cento) do valor atualizado do contrato.

5. IRRETROATIVIDADE DA NOVA LEI

Conforme o princípio da irretroatividade da lei, que tem regra na matriz na Carta Republicana de 1988 (Art. 5º, XXXVI da CRFB/88), a nova Lei do Distrato será aplicável apenas aos contratos assinados posteriormente a data da entrada em vigor, ou seja, assinados após 27/12/2018. Uma forma dos contratos anteriores à essa data serem atingidos pelas novas regras é mediante assinatura de termo aditivo contratual, quando as partes julgarem terem maior segurança jurídica para o negócio.

6. O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL EM TORNO DA LEI 13.786/18.

Como explanado anteriormente, a instabilidade da economia brasileira tem conduzido o consumidor a desfazer o contrato unilateralmente. Nessa situação, até dezembro de 2018, sucedia uma certa insegurança jurídica, visto que não havia na legislação regulamentação sobre quais as obrigações das partes no ato da rescisão contratual. Desta forma, diante de tal omissão, a jurisprudência delineava os direitos e obrigações dos contratantes com base em princípios, e principalmente, no Código de Defesa do Consumidor (TARTUCE, 2019a).

Nesse diapasão, Tartuce (2019a) afirma que a jurisprudência consolidou diversos entendimentos quanto ao distrato, como o percentual dos valores pagos à rescindir ao comprador, o prazo para a restituição de tais valores, etc. Os Tribunais, através de inúmeros julgados, tem

posicionamento no sentido de ser razoável a retenção, pelo promitente vendedor de 10 a 25% da quantia paga pelo promitente comprador.

Veja-se algumas análises jurisprudenciais de grande relevância, para se começar pelo Acórdão do Superior Tribunal de Justiça que autoriza a retenção de apenas 10% do valor pago pelo promitente comprador, visto que seria uma porcentagem suficiente à ser retido para cobrir os gastos incorporadora com a administração do negócio e as demais despesas do contrato:

A jurisprudência deste Tribunal tem consagrado entendimento segundo o qual nula é a cláusula que prevê a perda total dos valores pagos em contrato de compromisso de compra e venda celebrado na vigência do CDC, autorizando a retenção de apenas 10% do valor pago, em razão do descumprimento do contrato (AgRg no REsp 244.625/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/10/2001, DJ 25/02/2002).

A Lei 13.768/2018 veio para firmar o entendimento consagrado pela jurisprudência conforme visto anteriormente. Dito isto passa-se à análise do prazo para a devolução dos valores pagos adotado pela jurisprudência, que tem entendimento na percepção de ser abusiva a cláusula que preveja, em caso de rescisão contratual por parte do promissor comprador, a restituição dos valores pagos de forma parcelada (AgRg no AREsp 807.880/DF). Vale destaque o Acórdão citado:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESOLUÇÃO. RETENÇÃO. PERCENTUAL DE 10%. RAZOABILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA TRIBUNAL SUPERIOR. SÚMULA 83 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte de Justiça, nas hipóteses de rescisão de contrato de promessa de compra e venda de imóvel por inadimplemento do comprador, tem admitido a flutuação do percentual de retenção pelo vendedor entre 10% e 25% do total da quantia paga. 2. Em se tratando de resolução pelo comprador de promessa de compra e venda de imóvel em construção, ainda não entregue no momento da formalização do contrato, bem como em se tratando de comprador adimplente ao longo de toda a vigência do contrato, entende-se razoável o percentual de 10% a título de retenção pela construtora dos valores pagos, não se distanciando do admitido por esta Corte Superior. 3. É abusiva a disposição contratual que estabelece, em caso de resolução do contrato de compromisso de compra e venda de imóvel pelo comprador, a restituição dos valores pagos de forma parcelada. 4. Agravo interno não provido. (AgRg no AREsp 807.880/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 29/04/2016).

Porém, em contrapartida, no tocante ao prazo e à forma de restituição do valor pago pelo promitente comprador, Scavone Júnior (2019) ressalta que, a Lei do Distrato Imobiliário trouxe

alterações quanto a jurisprudência consolidada, visto que a nova Lei estabelece que a devolução cabida, após os descontos permitidos, ocorrerá em até 12 (doze) parcelas mensais.

Nota-se que, por anos, a relação contratual entre promitente vendedor e promitente comprador foi regulada por jurisprudências, devido à falta de texto legal. Mesmo que houvesse a tutela jurisdicional pelo Poder Judiciário, era visível a necessidade de legislação específica para tratar sobre os distratos imobiliários, visto que existe uma grande demanda sobre o tema e uma certa demora na tramitação desses processos. (SCAVONE JUNIOR, 2019).

A Lei do Distrato Imobiliário trouxe também a previsão que o promissor comprador poderá desistir do contrato firmado no prazo de 7 (sete) dias desde que o contrato tenha sido celebrado em estandes de venda e fora da sede do incorporador. A tempestividade do arrependimento deverá ser comprovada mediante envio de carta registrada com aviso de recebimento, sendo considerada a data da postagem como data inicial da contagem do prazo. Desta maneira, ocorrerá a devolução dos valores já pagos, incluindo a corretagem.

Ressalta-se que a jurisprudência vem consolidando o entendimento que é inaplicável a Lei do Distrato aos contratos assinados antes de sua vigência, visto que é considerado princípio básico a irretroatividade da lei, previsto no art. 5º, inciso XXVI, da Constituição Federal, que diz “a Lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. No mesmo sentido, o art. 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB determina que “a Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitando o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada” (SCAVONE JÚNIOR, 2019).

Portanto, a data do contrato prevalecera para determinar a incidência da lei, visto que de acordo com o princípio da irretroatividade uma Lei nova não alcança os fatos produzidos antes de sua vigência. Assim sendo, conclui-se que não é aplicado as alterações realizadas pela Lei 13.786/2018 aos contratos celebrados até o dia 27 de dezembro de 2018.

A jurisprudência garante a rescisão da promessa de compra e venda por iniciativa do promissor comprador, caso este não tenha condições de pagar as prestações acordadas com a empresa vendadora do imóvel. Desta forma, o devedor tem direito à devolução dos valores pagos (TARTUCE, 2019b).

No entanto, até o ano de 2018, não havia normas adequadas prevendo as consequências jurídicas na realização de tal instituto. Diante da ausência de legislação específica, a jurisprudência analisava os direitos discutidos nas demandas baseada em princípios e no Código de Defesa do Consumidor, o que gerava conflitos entre a relação de consumo e o mercado imobiliário.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto até aqui, a Lei do Distrato buscou desfazer o quadro de fragilidade do setor imobiliário diante da crise que tomou o país, na visão de Scavone Junior (2019), as alterações às Leis 4.591/1964 e 6.766/1979 pela Lei 13.786/2018 trouxe mais controle para a construção civil,

pois sempre que há crises econômicas esse setor acaba passando por um desequilíbrio devido as demandas de promitentes compradores solicitando o desfazimento do contrato e a restituição do que foi pago.

A Lei do Distrato é um marco importante, pois, gerou uma maior segurança jurídica para um dos principais segmentos da economia brasileira. As causas das interrupções dos contratos são frequentemente a falta de compreensão do comprador sobre os efeitos de sua inação ou mesmo seu desejo de interromper o negócio.

Pois, ao trazer regras que mais protegem os adquirentes, a Lei do Distrato foi regida para reduzir o número de distratos, trazendo um equilíbrio maior ao mercado imobiliário. Causando mais estabilidade e crescimento econômico do setor. Mas em contrapartida, é previsto que pode gerar uma redução nos preços do imóveis em razão de maior segurança para o vendedor.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias., 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm>. Acesso em: 05 Jun 2022.

BRASIL. Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras providências, 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm>. Acesso em: 05 jun 2022.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de defesa do Consumidor, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 04 jun 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial: AgRg no REsp 244625 SP 2000/0000698-0. (terceira turma). Rel. Min. Castro Filho, Julgado em 09 out 2001, DJ 25.02.2002 p. 376. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/296897/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-244625-sp-2000-0000698-0>>. Acesso em: 06 junho 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 04 jun 2022.

BRASIL. Lei nº 13.786, de 27 de dezembro de 2018. Altera as Leis nº 4.591/64, e 6.766/79, para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13786.htm>. Acesso em: 29 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial: AgRg no AREsp 0183831-28.2013.8.07.0001 DF 2015/0279559-6. (quarta turma). Rel. Min. Raúl Araújo, Julgado em 19 de Abril de 2016, DJe 29/04/2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339907216/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-807880-df-2015-0279559-6/inteiro-teor-339907234>>. Acesso em: 06 jun 2022.

CERVO, L. A.; BERVIAN, P. A.; SILVA, R. D. Metodologia Científica. 6. ed. São Paulo: Pearson, 2014.

CONÇALVES, C. R. Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, v. 3, 2022.

FELÍCIO, G. D. O. A crise econômica e os contratos de incorporação imobiliária. Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2017. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/179040>>. Acesso em: 28 Maio 2022.

GIL, A. C. Métodos e técnicas de pesquisa social. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

JÚNIOR, L. A. S. A Resolução dos Contratos de Compromisso de Compra e Venda Firmados com Incorporadoras e com Loteadoras. Gen Jurídico, 18 Abril 2019. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2019/04/18/resolucao-contratos-compromisso-compra-venda-firmados-com-incorporadoras-e-loteadoras/>>. Acesso em: 04 Junho 2022.

JUNIOR, L. A. S. Direito Imobiliário: teoria e prática. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

LOPES, A. B. D. C. Revisão e extinção do contrato de promessa de compra e venda imobiliária: o valor retido pelo promitente vendedor e a legalidade de seu quantum. Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/27442>>. Acesso em: 29 Maio 2022.

MARCONI, M. D. A.; LAKATOS, E. M. Metodologia Científica. 8. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022.

PEREIRA, C. M. D. S. Instituições de Direito Civil. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 3, 2020.

REALE, M. Lições Preliminares de Direito. 27. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2013.

TARTUCE, F. A Recente Lei do Distrato (Lei nº 13.786/2018): O Novo Cenário Jurídico dos Contratos de Aquisição de Imóveis em Regime de Incorporação Imobiliária ou de Loteamento (Parte 1). Gen Jurídico, 2019a. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2019/01/10/a-recente-lei-do-distrato-lei-no-13-786-2018-o-novo-cenario-juridico-dos-contratos-de-aquisicao-de-imoveis-em-regime-de-incorporacao-imobiliaria-ou-de-loteamento-parte-1/>>. Acesso em: 05 Junho 2022.

TARTUCE, F. Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em espécie. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019b.

VENOSA, S. D. S. Direito Civil: Contratos. 2022. ed. Barueri, SP: Atlas, v. 3, 2022.

UMA ANÁLISE CRÍTICA DO ASSÉDIO MORAL E O PAPEL DO ESTADO PARA COIBIR E RESPONSABILIZAR ESSA PRÁTICA DANOSA

JÚLIO NETO ALMEIDA SALES:

graduando em Direito pelo Centro Universitário FAMETRO.

RESUMO: O Assédio moral é um assunto de uma grande relevância e interesse de toda sociedade. Dessa forma, o presente artigo faz uma análise da responsabilidade civil pela qual se busca reparação em razão do assédio moral praticado no âmbito do local de trabalho. Para tanto, no desenvolvimento, utilizou-se da metodologia de revisão da literatura, que primeiramente tem o propósito de uma análise crítica do assédio moral, posteriormente conceituar e examinar a configuração dessa prática para então fazer distinção das várias modalidades do assédio moral. Para tal desenvolvimento, buscou-se como referências o emaranhado de teorias sobre o assunto, a seleção de leis tais como: Constituição Federal de 1988, Código Civil, julgados do Tribunal Regional do Trabalho, assim como diversos autores de livros e sites. Mostrando que é de grande importância a participação do estado na criação de uma lei específica para a tipificação do assédio moral como crime. Por fim, apresentar medidas efetivas, afim de coibir e responsabilizar essa prática danosa.

PALAVRAS-CHAVE: Assédio Moral. Responsabilidade Civil. Tipificação Penal.

ABSTRACT: Bullying is a subject of great relevance and interest to society as a whole. Thus, the present article analyzes the civil liability for which reparation is sought due to moral harassment practiced in the workplace. To this end, in its development, a literature review methodology was used, which first has the purpose of critically analyzing moral harassment, then conceptualizing and examining the configuration of this practice, and then making a distinction between the various types of moral harassment. For such development, the entanglement of theories on the subject was sought as references, the selection of laws such as: the Federal Constitution of 1988, the Civil Code, judgments of the Regional Labor Court, as well as various authors' books and sites. Showing that it is of great importance the participation of the state in the creation of a specific law for the typification of moral harassment as a crime. Finally, to present effective measures, in order to curb and hold responsible this harmful practice.

KEYWORDS: Moral Harassment. Civil responsibility. Criminal classification.

SÚMARIO: Introdução. 1 Conceito de assédio moral. 2 Modalidades do assédio moral; 2.1 Assédio moral vertical descendente; 2.2 Assédio moral horizontal; 2.3 Assédio moral vertical ascendente; 2.4 Assédio moral organizacional. 3 Configuração do assédio moral. 4. Aspectos legais do assédio moral. 5. Responsabilidade civil. 5.1 Responsabilidade civil subjetiva. 5.2 Responsabilidade civil objetiva. 6. Análise crítica do assédio moral: Necessidade da tipificação penal. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O assédio moral consiste em uma agressão moral ou psicológica no ambiente de trabalho, implicando condutas antiéticas através de escritos, gestos, palavras e atitudes que expõem o

empregado a situações constrangedoras, vexatórias e humilhantes, ocorrendo de maneira prolongada, visando discriminar ou excluir a vítima da organização e ambiente do trabalho. Sob a visão jurídica, não paira dúvida de que o assédio moral implica violação dos princípios da boa-fé, respeito, não discriminação, cuja violação ocasiona graves reflexos para o empregado, posto que ofende a sua personalidade e dignidade, além de gerar problemas de saúde, demissão e, em alguns casos, até o suicídio.

A motivação da escolha do tema é que muito se ver nas mídias, jornais, e em repartição pública pessoas reclamando da forma como são tratadas, e muitas, não tem a devida informação sobre essas práticas. Sendo assim, pode-se divulgar e descrever para que outros no ambiente organizacional, não pratiquem o assédio moral e sejam julgados diante do delito ilícito.

Quanto à possibilidade de sugerir modificações no âmbito da realidade proposta pelo tema, tem-se a capacidade de descobrir por meio das pesquisas, como estão atualmente os julgamentos. Assim, pode-se propor melhorias no ambiente de trabalhos, dentre outros, para que o dever de moralidade, enquadrada no Regime Jurídico Único seja respeitado dentro dos padrões da Constituição Federal do Brasil.

A presente trabalho 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 de estudo. Para tal alcance, o levantamento foi realizado através de artigos, livros, teses e buscas em fontes digitais.

O desenvolvimento desta pesquisa será dividido em três seções, extraídas dos objetivos específicos, sendo a primeira referente a conceituação, a segunda centralizada em mostrar as características e modalidades do assédio moral, e por fim avaliar a necessidade de uma lei federal para tipificar o assédio como crime.

1 CONCEITO DE ASSÉDIO MORAL

No atual contexto em que o Brasil se encontra, o tema chega a soar de forma preocupante, tanto para médicos e psicólogos, quanto para os juristas e doutrinadores, pois o país ainda carece de uma legislação pátria que rege sobre o assédio moral.

Para frisar o quão é importante, salienta Ferreira (2004, n.p.):

Pode-se afirmar, sem medo de errar, que o assédio moral nas relações de trabalho é um dos problemas mais sérios enfrentados pela sociedade atual. Ele é fruto de um conjunto de fatores, tais como a globalização econômica predatória, vislumbrada somente da produção e do lucro, e a atual organização do trabalho, marcada pela competição agressiva e pela opressão dos trabalhadores através do medo e da ameaça. Esse constante clima de terror psicológico gera, na vítima assediada moralmente, um sofrimento capaz de atingir diretamente sua saúde física e psicológica,

criando uma predisposição ao desenvolvimento de doenças crônicas, cujos resultados a acompanharão por toda a vida.

Para Hirigoyen, que com arrimo em entrevistas realizadas com vítimas de assédio moral laboral na França, na década de 2000, empreendeu em uma análise clínica sobre o tema, alertando sobre a banalização da violência no ambiente de trabalho.

Para o jurista o assédio moral laboral é conceituado como:

[...] qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atende, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho. (HIRIGOYEN, 2000, p. 17)

Juridicamente, o assédio moral pode ser considerado como um abuso emocional no local de trabalho, de forma maliciosa, com ou sem conotação sexual ou racial, normalmente com o objetivo de afastar o empregado das relações profissionais, por meio de boatos, intimidações, humilhações, descrédito e isolamento. No ponto de vista médico o assédio moral é definido como:

A exposição dos trabalhadores e trabalhadoras a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, sendo mais comuns em relações hierárquicas autoritárias e assimétricas, em que predominam condutas negativas condutas negativas, relações desumanas e aélicas de longa duração, de um ou mais chefes dirigida a um ou mais subordinado(s), desestabilizando a relação da vítima com o ambiente de trabalho e a organização, forçando-o a desistir do emprego. (BARRETO, 2000, p. 20)

Diante do exposto, por ambos autores, fica evidente a conceituação do assédio moral como a exposição de pessoas a situações constrangedoras na jornada laboral, levando a vítima em risco de saúde psicológica.

2 MODALIDADES DO ASSÉDIO MORAL

Alguns autores definem algumas modalidades de assédio moral no trabalho, dentre elas estão o assédio vertical descendente, assédio horizontal, assédio vertical ascendente e paritário.

Para Alkimin (2007, p. 36), o assédio moral pode ser:

[...] cuja prática pode ser pelo sujeito ativo no caso o empregador ou superior hierárquico (assédio vertical descendente), um colega de serviço (assédio horizontal), ou por um subordinado (assédio ascendente), com intenção de discriminar e perseguir, buscando eliminar a vítima do ambiente de trabalho.

São quatro as principais modalidades em que se concretizam o assédio moral, mas são inúmeros atos e comportamentos que ocorrem vindo do patrão, gerente ou superior hierárquico ou dos colegas.

2.1 Assédio moral vertical descendente

É a forma mais comum de assédio moral, pois parte do empregador ou superior hierárquico em relação aos subordinados.

Alkimin (2005, n.p) justifica:

[...] deveremos admitir que o assédio cometido pelo empregador é o mais corriqueiro, justamente devido à moderna organização do trabalho, pois, sob a influência do neoliberalismo, cresceu a corrida pela competitividade e lucratividade a baixo custo, exigindo-se da força de trabalho humano uma parcela de responsabilidade pelos prejuízos e manutenção do emprego, devendo o moderno trabalhador se ajustar às políticas de reestruturação e flexibilização, além de ter 17 uma performance polivalente para se ajustar ao mercado globalizado e de escassez de emprego.

Essa modalidade pode ocorrer quando, hierarquicamente, o superior se sente ameaçado pelo desempenho do subordinado como também quando o subordinado apresenta dificuldades de adaptação à organização e por isso não apresenta o desempenho desejado pelo empregador.

2.2 Assédio moral horizontal

O assédio moral na modalidade horizontal acontece entre colegas de trabalho de mesmo nível hierárquico. Pode acontecer quando há uma disputa de cargo ou promoção.

Barreto (2007, p. 53) exemplifica:

[...] E na linha de relacionamento horizontal, nada impede que um colega pratique assédio contra outro. Em um grupo já formado, a chegada de um novo integrante pode desencadear a insatisfação daquele que, até então, dominava o ambiente e alimentava ambições de ser o escolhido para assumir a chefia tão logo vagasse. Se esse novo integrante começa a mostrar capacidade, dinamismo, valores suficientes para colocá-lo em situação de destaque, possivelmente provocará reações, inclusive de inveja e competitividade. E essa competição pode dar-se com armas escusas, como, por exemplo, o assédio moral como forma de anular esse novo concorrente.

Esse tipo de assédio é praticado exclusivamente por colegas de trabalho de mesmo nível hierárquico. A prática desse assédio se dá pela alta competitividade entre colegas do mesmo setor.

2.3 Assédio moral vertical ascendente

Esta é a forma de assédio mais rara, pois acontece de baixo para cima (dos subordinados ao supervisor/chefe), um grupo de empregados tenta desestabilizar a autoridade de um supervisor ou chefe.

Hirigoyen (2002, p. 116) explica:

[...] É a cumplicidade de todo um grupo para se livrar de um superior hierárquico que lhe foi imposto e que não é aceito. É o que acontece com frequência na fusão ou compra de um grupo industrial por outro. Faz-se um acordo relacionado à direção para 'misturar' os executivos vindos de diferentes empresas, e a distribuição dos cargos é feita unicamente por critérios políticos ou estratégicos, sem qualquer consulta aos funcionários. Estes, de um modo puramente instintivo, então se unem para se livrar do intruso.

A principal característica desse tipo é a intenção de constranger o superior hierárquico ou até mesmo "boicotar" um novo gestor por interesses diversos, podendo ser praticado em grupo ou individualmente.

2.4 Assédio moral organizacional

Nos últimos anos foi apresentada uma nova forma de assédio moral. O assédio moral organizacional, que está relacionado com práticas de gestão e que alcança um grande número de trabalhadores. Esse tipo de assédio tem como principal objetivo extrair o máximo de produtividade dos empregados, incitando ao isolamento, ao egoísmo e à desunião, além de impedir a instituição da solidariedade entre os mesmos.

Araújo (2012, p. 76) conceitua esse assédio como:

O conjunto de condutas abusivas, de qualquer natureza, exercido de forma sistemática durante certo tempo, em decorrência de uma relação de trabalho, e que resulte no vexame, humilhação ou constrangimento de uma ou mais vítimas com a finalidade de se obter o engajamento subjetivo de todo o grupo às políticas e metas da administração, por meio da ofensa a seus direitos fundamentais, podendo resultar em danos morais, físicos e psíquicos.

A forma como esse assédio se manifesta se dá pela gestão por estresse, sendo aquela que visa o aumento da eficiência e rapidez na tarefa, muitas vezes de maneira incompatível com as ferramentas e recursos.

3 CONFIGURAÇÃO DO ASSÉDIO MORAL

É fato, no entanto, que não existe um conceito fechado sobre o tema. Verificam-se junto à doutrina variadas definições acerca do assédio moral.

A jurisprudência trabalhista aponta, ainda, outros requisitos necessários para configurar o assédio moral, conforme é possível verificar pela ementa abaixo:

RECURSO ORDINÁRIO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DE ASSÉDIO MORAL. A princípio, vale ressaltar que para configuração do dano moral na esfera trabalhista mostra-se necessária prova inequívoca de que o empregador tenha agido de maneira ilícita, por ação ou omissão, cometendo abusos ou excessos no poder diretivo, de modo a causar ofensa pessoal, violação à honra, imagem ou intimidade de seu funcionário, acarretando abalo emocional apto a ensejar a reparação pretendida. A doutrina e a jurisprudência têm apontado como elementos caracterizadores do assédio moral, a intensidade da violência psicológica, o seu prolongamento no tempo (tanto que episódios esporádicos não o caracterizam) e a finalidade de ocasionar um dano psíquico ou moral ao empregado, com a intenção de marginalizá-lo, pressupondo um comportamento premeditado que desestabiliza, psicologicamente, a vítima. O direito à reparação do dano nasce a partir do momento em que ocorre a lesão a um bem jurídico extrapatrimonial, como a vida, a honra, a intimidade, imagem etc. No caso em tela não restou evidenciada a conduta ilícita da reclamada, eis que não comprovadas nos autos as humilhações e a forma vexatória de cobrança de metas." (TRT da 2ª Região; Processo: 1001950-31.2017.5.02.0202; Data: 13-06-2019; Órgão Julgador: 12ª Turma - Cadeira 1 - 12ª Turma; Relator(a): MARCELO FREIRE GONCALVES)

Do debate doutrinário e jurisprudencial existente acerca dos elementos caracterizadores do assédio moral, inegável que os pontos em comum são a conduta abusiva e a ação repetida e prolongada no tempo.

Segundo os estudos pioneiros do assédio moral, estabeleceu-se como necessário para caracterizar o fenômeno "que as humilhações se repetissem pelo menos uma vez na semana e tivessem a duração mínima de 6 (seis) meses."

Neste mesmo sentido, é a decisão proferida pela 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, *in verbis*:

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ASSÉDIO MORAL. A caracterização do assédio moral pressupõe uma cotidiana, exagerada e ilegal perseguição de um trabalhador em seu ambiente laboral. A referida perseguição, que configura o assédio moral, dá-se, ordinariamente, ao longo de um certo lapso temporal, não se limitando, portanto, a um fato isolado, mas a um conjunto de atitudes lastimáveis que resultam na opressão do

trabalhador, retirando-lhe a autoestima e a capacidade profissional, atingindo a sua vida privada, honra, imagem e intimidade, passando a ser exigível, por consequência, reparação. Não existindo comprovação dos fatos alegados, indevida é a indenização por dano moral. (TRT da 2ª Região; Processo: 1000308-70.2020.5.02.0702; Data: 10-06-2021; Órgão Julgador: 1ª Turma - Cadeira 1 - 1ª Turma; Relator(a): MOISES DOS SANTOS HEITOR)

Também a jurisprudência cuida de conceituar o fenômeno a partir de elementos caracterizadores diversos e faz-se necessária a prévia constatação do dano para que haja sua configuração.

4 ASPECTOS LEGAIS DO ASSÉDIO MORAL

A Constituição Federal de 1988 assentou tanto como fundamento da República Federativa do Brasil, como finalidade da ordem econômica, a dignidade da pessoa humana, consoante denota-se da leitura do artigo 1º da Carta Magna:

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; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Ainda, a ordem constitucional estabeleceu que a atividade econômica terá por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, na medida em que a ordem econômica e a livre iniciativa estão fundadas na valorização do trabalho humano:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existências dignas, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

A Constituição Federal, protege amplamente a dignidade da pessoa humana, e lhe assegura a reparação do dano moral sofrido, como mostra o artigo 5º, inciso V e X:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Além disso, a reforma trabalhista realizada por medida de Lei Nº 13.467, de 13 de julho de 2017 alterou vários dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, buscando atualizar os direitos trabalhistas, modernizar as relações de emprego.

Uma das novas previsões inseridas na CLT trata da indenização por dano moral na relação de emprego, *in verbis*:

A nova lei acrescentou o Título II-A na CLT, que aborda e regulamenta o dano extrapatrimonial no direito do trabalho. Deixa claro, ainda, que causam danos extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a pessoa física ou jurídica e elenca os bens juridicamente tutelados nesses casos. Para as pessoas físicas são os seguintes: Honra; Imagem; Intimidade; Liberdade de ação; Autoestima; Sexualidade; Saúde; Lazer; Integridade física. No caso das pessoas jurídicas, são tutelados com bem jurídico: A imagem; A marca; O nome; O sigredo empresarial; O sigilo de correspondência

O art. 223-G elenca os critérios que deverão ser considerados pelo juiz para fixação da gravidade do dano. São eles: O bem tutelado (honra, imagem, lazer, etc.); A intensidade do sofrimento ou da humilhação; A possibilidade de superação física ou psicológica do dano; As condições em que ocorreu o dano e as consequências na vida do ofendido; A extensão e duração do dano; O grau de dolo ou culpa dos envolvidos; A existência de retratação espontânea; O esforço para minimizar os danos; A ocorrência de perdão, de forma presumida ou expressa; A situação social e econômica das partes; O grau de publicidade da ofensa. Assim, as ofensas podem ser de natureza leve, média, grave ou gravíssima. Porém, a norma não explica quais atos ou danos configuram cada tipo de ofensa, apenas apontando os critérios de valoração.

Com a reforma, a indenização por danos extrapatrimoniais, terá um valor máximo que será limitada de acordo com a gravidade da ofensa e o último salário contratual do ofendido, conforme o §1º do art. 223-G, da seguinte forma: Ofensa leve: até 3 vezes o último salário contratual do ofendido; Ofensa média: até 5 vezes o salário; Ofensa grave: até 20 vezes o salário; Ofensa gravíssima: até 50 vezes o salário. Se o ofendido for pessoa jurídica, o valor será fixado da mesma forma, mas em relação ao salário contratual do ofensor. Finalmente, nos casos de reincidência da ofensa entre as mesmas partes, a indenização poderá ser elevada ao dobro, a critério do juízo. (**O assédio moral organizacional**): (2012, p. 76)

A dignidade da pessoa humana é ofendida e de acordo com nossa Constituição, deverá ser indenizada na esfera civil. É o que demonstra, Ferreira (n.p):

[...] solução do assédio moral através de indenização por danos morais encontra respaldo legal na legislação civil, aplicável subsidiariamente na seara trabalhista. A nova principiologia civil determina que os contratos de modo geral – incluindo os de trabalho – sejam regidos desde a pré contratação até a pós-contratação pelos princípios basilares da eticidade,

boa-fé, sociabilidade e operabilidade. Isto é depreendido do art. 422 do Código Civil Vigente que dispõe que “os contratantes estão obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

A inobservância de um princípio ofende não apenas o específico, mas a todo um complexo de comandos normativos.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL

O instituto do Direito Obrigacional que é o dever do autor reparar o dano causado a outra pessoa em função de um ato praticado por ele. Em outro sentido, representa a **obrigação de reparação, por parte de quem cometeu uma ação, de alguma forma que gerou prejuízo para outrem.**

[...] de acordo com os arts. 932, III, 933, 934 e 935 do Código Civil vigente, os quais devem ser combinados com os arts. 1.521, III, 1.522 e 1.523 do mesmo diploma legal, o empregador responde pelos danos que causar a terceiros em decorrência de obrigação contraída pela empresa, firmando relações jurídicas nacionais ou internacionais, por atos praticados por seus empregados ou prepostos, nacionais ou estrangeiros, com fundamento nas culpas *in vigilando* e *in eligendo*.

Seu posicionamento encontra-se alicerçado na Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal, para o qual “é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

Caso o empregador tenha que indenizar a vítima de assédio moral provocado por outro trabalhador da mesma empresa, o empregador pode valer-se de ação regressiva contra aquele que causou prejuízo, desde que comprove ter agido com dolo ou culpa. Venosa (2010, n.p) afirma que a responsabilidade civil leva em conta:

Primordialmente, o dano, o prejuízo, o desequilíbrio patrimonial, embora, em sede de dano exclusivamente moral, o que se tem em mira é a dor psíquica ou o desconforto comportamental da vítima. No entanto, é básico que, se não houver dano ou prejuízo a ser ressarcido, não temos por que falar em responsabilidade civil: simplesmente não há por que responder. A responsabilidade civil pressupõe o equilíbrio entre dois patrimônios que deve ser restabelecido.

Em resumo ao exposto, Noronha (2010, p. 468/469) afirma que para que surja a obrigação de indenizar são necessários os seguintes pressupostos:

1. que haja um fato (uma ação ou omissão humana, ou um fato humano, mas independente da vontade, ou ainda um fato da natureza), que seja antijurídico, isto é, que não seja permitido pelo direito, em si mesmo ou nas suas consequências;

2. que o fato possa ser imputado a alguém, seja por dever a atuação culposa da pessoa, seja por simplesmente ter acontecido no decurso de uma atividade realizada no interesse dela;

3. que tenham sido produzidos danos;

4. que tais danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado, embora em casos excepcionais seja suficiente que o dano constitua risco próprio da atividade do responsável, sem propriamente ter sido causado por esta.

Confirmando o que foi dito acerca do tema a responsabilidade civil, tem o fato desta ter caráter compensatório, ou seja, visa compensar as perdas sofridas pela vítima e desestimular a repetição de condutas semelhantes em um momento posterior.

5.1 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

Denomina-se responsabilidade civil subjetiva aquela causada por conduta culposa *lato sensu*, que envolve a culpa *stricto sensu* e o dolo. A culpa (*stricto sensu*) caracteriza-se quando o agente causador do dano praticar o ato com negligência ou imprudência.

Acerca do tema Stoco (2007, p. 157) assevera:

A necessidade de maior proteção a vítima fez nascer a culpa presumida, de sorte a inverter o ônus da prova e solucionar a grande dificuldade daquele que sofreu um dano demonstrar a culpa do responsável pela ação ou omissão. O próximo passo foi desconsiderar a culpa como elemento indispensável, nos casos expressos em lei, surgindo a responsabilidade objetiva, quando então não se indaga se o ato é culpável.

Até determinado momento da história a responsabilidade civil subjetiva foi suficiente para a resolução de todos os casos. Contudo, com o passar do tempo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência passaram a entender que este modelo de responsabilidade, baseado na culpa não era suficiente para solucionar todos os casos existentes. Este declínio da responsabilidade civil subjetiva se deu principalmente em função da evolução da sociedade industrial e o consequente aumento dos riscos de acidentes de trabalho.

5.2 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

Esta modalidade de responsabilidade obriga o agente a reparar o dano mesmo que haja a presença do elemento culpa, bastando que haja o risco a outrem. A evolução da responsabilidade subjetiva para a objetiva deu-se porque o elemento culpa, como pressuposto subjetivo, não mais comporta as demandas dos litígios sociais.

Segundo Alonso (2000, pg.44):

Elementos de caráter social, de equidade, de solidariedade, de prevenção, de assistência, e de segurança concorrem para a imposição da nova concepção de responsabilidade, de forma a lhe possibilitar a sua sustentação, formando os seus pressupostos.

Para efeito de reparação, deve-se levar em consideração a culpa ou intenção do agente. Basta que se prove a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano sofrido pela vítima.

Visto isso, faz-se necessário citar o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil Brasileiro, que efetivou a teoria objetiva, dispondo que:

Haverá a 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". Para a caracterização da responsabilidade civil objetiva é indispensável que haja a conjugação de três elementos que a pressupõe: A ação; O dano; A relação existente entre ação e dano. Não havendo algum destes elementos, o direito à reparação será obstativo, não gerando responsabilidade civil. A rigidez da teoria da culpa cede lugar à teoria do risco. Isto porque a responsabilidade baseada somente na culpa é insuficiente para responder às necessidades da atualidade.

O Código Civil de 2002 mantém como regra geral a tese da responsabilidade com culpa, quando em seu artigo 186 repete quase todas as disposições contidas no artigo 159 do Código Civil anterior, que sujeita a caracterização do ilícito ao comportamento culposo do agente. Não se pode desaprender a evolução ocorrida em matéria de responsabilidade civil, quando se admite a teoria do risco. A novidade é que há a admissão da responsabilidade sem culpa. Como visto acima, o Art. 927, §1º, do Código Civil Brasileiro admite genericamente a aplicação da teoria do risco no campo da responsabilidade civil.

6 ANÁLISE CRÍTICA DO ASSÉDIO MORAL: NECESSIDADE DA TIPIFICAÇÃO PENAL

Falar sobre o assédio é dar mais um passo para a exposição e a denúncia de atitudes que ofendem a dignidade, integridade psíquica e a personalidade do trabalhador.

Diante da resposta do problema, torna-se necessária a busca por uma solução eficaz, que depende da atuação do Poder Legislativo para criações de leis que efetuem a diminuição de casos de assédio moral no Brasil.

Conforme se viu nas seções anteriores, o elemento mais importante a se compreender sobre o assédio moral é a necessidade de torná-lo um tipo submetido à sanção penal e até então a criminalização para efeitos preventivos e asseguradores do psicológico e dignidade moral. Nesse sentido, devem ser aprovadas leis que diminuam a impunidade dessa conduta.

Segundo Dias, (1999, p. 82) Também é indispensável aprovar um tipo delitivo para o assédio, já que o delito revela a emergência e a necessidade de tutela penal de um bem jurídico e só assim novos processos de criminalização poderão ser aceitos como legítimos.

É notório que existem muitos projetos de diversas matérias sendo votados todos os dias no Senado e na Câmara, por isso é comum que passem anos para serem apreciados de maneira conclusiva, mesmo que ainda exista regimes de tramitação mais curtos.

Em 2019, com a aprovação do Projeto de Lei 4742/01, a Câmara tipificou, no Código Penal, o crime de assédio moral no ambiente de trabalho. O crime seria caracterizado quando alguém ofender reiteradamente a dignidade de outro, causando-lhe dano ou sofrimento físico ou mental no exercício de emprego, cargo ou função.

A pena estipulada seria de detenção de um a dois anos e multa, aumentada de um terço se a vítima for menor de 18 anos. Isso sem prejuízo da pena correspondente à violência, se houver. A proposta está em debate no Senado.

Muito embora não haja um tipo penal específico que contemple o assédio moral, existem figuras delituosas que podem ser verificadas numa situação de assédio moral. A título de exemplo, indica-se o crime de "constrangimento ilegal", que prevê: Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. (2019), Agência Câmara de Notícias

O projeto continua aguardando apreciação pelo Senado Federal, se o projeto da Câmara for alterado no Senado, volta para a Câmara dos deputados. Da mesma forma, se um projeto do Senado for alterado pelos deputados, volta para o Senado. A Casa onde o projeto se iniciou dá a palavra final sobre seu conteúdo, podendo aceitar ou não as alterações feitas na outra Casa.

Recentemente, em 02 de setembro de 2022 entrou em vigor a Lei nº 11.882/22, de autoria do deputado estadual Lúdio Cabral (PT), que previne e pune o assédio moral no serviço público em todos os Poderes do Estado de Mato Grosso, *in verbis*:

O estado do Mato Grosso reviu a matéria acerca do tema que previne e pune o assédio moral no serviço público. A Lei nº 11.882/22, de autoria do

deputado estadual Lúdio Cabral (PT), que previne e pune o assédio moral no serviço público em todos os Poderes do Estado de Mato Grosso, entrou em vigor. A lei foi promulgada pelo presidente da Assembleia Legislativa e publicada no Diário Oficial do Estado. O projeto de Lúdio havia sido aprovado pela maioria dos deputados e vetado pelo governador, mas o veto foi derrubado em votação no plenário.

A lei abrange todas as pessoas que atuam na administração pública direta e indireta, em todos os Poderes de Mato Grosso, inclusive os que exercem a função pública de forma temporária, por meio de cargos, contratos ou vínculos precários. Lúdio observou que diversos servidores públicos sofrem assédio inclusive por fazerem seu trabalho corretamente.

A Lei 11.882 caracteriza como assédio moral diversos atos de desrespeito e discriminação. Entre eles, desqualificar, reiteradamente, a autoestima ou a imagem de agente público, subestimar publicamente as aptidões e competências, submetê-lo a situação vexatória, fomentar boatos inidôneos e comentários maliciosos, além de valer-se de cargo ou função comissionada para induzir ou persuadir agente público a praticar ato ilegal, entre outros. A proposta de Lúdio prevê também a criação de comissões de conciliação e medidas preventivas, como cursos para prevenir e extinguir práticas inadequadas, debates e palestras.”

Lúdio Cabral apresentou o projeto em outubro de 2019, e a proposta recebeu parecer favorável da Comissão de Trabalho e Administração Pública dias depois. Em abril de 2020, o projeto foi aprovado no plenário em 1ª votação. Em maio de 2021, a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) deu parecer contrário ao projeto. Na 2ª votação em plenário, em maio de 2022, a maioria dos deputados presentes votaram para derrubar o parecer da CCJ e aprovar o projeto de Lúdio para punir o assédio moral. A proposta foi vetada pelo governador dias depois e, novamente, a CCJ emitiu parecer contrário ao projeto. Em 24 de agosto, o plenário mais uma vez derrotou o parecer da CCJ e derrubou o veto do governador. Finalmente, a lei foi promulgada e publicada no Diário Oficial em 2 de setembro de 2022. (2022), O bom dia da Notícia

A referida lei merece destaque não somente na esfera estadual, como Nacional, tendo em vista que a tipicidade do assédio moral seja reconhecida em todo território nacional com seriedade no âmbito penal. Assim, uma vez praticada tal conduta, incide o assediador no tipo penal, devendo ser devidamente processado para responder pelo delito cometido. Desta forma, se o fato não guarda estreita correspondência com a norma jurídico-penal, evidentemente falta tipicidade e, por conseguinte, crime a punir.

CONCLUSÃO

Diante da pesquisa, foi proposto através do objeto de estudo central que foi o tratamento legal acerca do assédio moral com ênfase na reparação civil, estabelecendo dentro desse contexto, através de uma revisão bibliográfica, elementos de contribuição no sentido de ampliar a compreensão acerca do conceito de assédio moral.

Posteriormente analisando-se a responsabilidade civil, que é o basilar de pesquisa do presente artigo, abordou-se diversas leis e as características de cada modalidade do assédio moral.

Foi possível compreender, nesse contexto, que o assédio moral também deve ser levado a sério pelos empregados, pois muitas vezes os empregadores confundem o poder diretivo e disciplinar com abuso de poder, e os empregados não são obrigados a tolerar situações que vão além de suas obrigações. Mas infelizmente os empregados não sabem que estão sendo vítimas de assédio moral, normalmente pensam que faz parte de sua atividade tolerar situações humilhantes.

Por fim, pontua-se que as vítimas de assédio moral, tendo seus direitos violados, pelo uso do abuso de poder do empregador, mediante a situações vexatórias, e também exigências que vão além de suas atribuições para a satisfação do empregador.

É notório que o Estado tem sua participação obrigatória, é principal integrante para a criação de leis específicas e eficazes. Assim, mostrando que a busca por reparação judicial pode ser inexitosa, pois carece de uma lei específica que seja reconhecida pela legislação nacional.

Conclui-se que a criminalização do assédio moral seja necessária, assim como a aprovação de uma lei federal para tipificar como crime o assédio moral no Brasil é a solução mais benéfica para o serviço público e privado, podendo aumentar sobretudo a excelência na jornada laboral. Essa medida é essencial bem como seja informado, debatido, prevenido e tratado como uma ameaça real para sociedade e ainda a saúde física e mental da vítima.com humilhações prolongadas e precipuamente em respeito a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio moral na relação de emprego**. Curitiba: Juruá, 2007, 2005

ALONSO, C. M.; GALLEGO, D. **Aprendizaje y ordenador**. Madrid: Dykinson, 2000.

ARAÚJO, Adriane Reis de. **O assédio moral organizacional**. São Paulo, 2012, p. 76

BARRETO, Margarida. **Uma Jornada de Humilhações**. São Paulo, 2000, 2007

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988.

BRASIL. Decreto-lei nº 13,467. **Altera a consolidação das leis trabalhistas**. 13 de julho de 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm < Acessado em 08/07/2022

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.

BRODA, Ana Paula. **A configuração do assédio moral depende mesmo da ação reiterada e prolongada no tempo?** Migalhas, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalha-trabalhista/350380/configuracao-do-assedio-moral-depende-da-acao-prolongada-no-tempo> < Acessado em: 08/07/2022

DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões fundamentais do direito penal revisitadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 82

FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. **Assédio moral nas relações de trabalho**. Campinas: Russell, 2004, n.p

HIRIGOYEN, Marie-France. Mal-estar no trabalho: **Redefinindo o assédio moral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015. Tradução de Rejane Janowitz. p. 17.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p.468/469

O Bom Da Notícia. **Lei que previne e pune assédio moral contra servidores públicos entra em vigor**. 2022. Disponível em: <https://www.obomdanoticia.com.br/politica/lei-que-previne-e-pune-assedio-moral-contraservidores-publicos-entra-em-vigor/185776> < Acessado em: 14/09/2022

PIOSVESAN, Eduardo, et al. **Câmara aprova punição para assédio moral no trabalho**. Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/553265-camara-aprova-punicao-para-assedio-moral-no-trabalho/> < Acessado em: 19/09/2022

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7. ed. rev., atual. e ampla. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 157.

TEMER, Michel. Medida provisória nº 808 de 2017, **LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm < Acessado em: 08/07/2022

VENOSA, Sílvio de Savo. **Código civil interpretado**. São Paulo, 2010, n.p

A GUARDA COMPARTILHADA NO CONTEXTO PANDÊMICO À LUZ DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR

LUZIA MACEDO VASCONCELOS:

Graduanda em Direito do Centro
Universitário Santo.

HÉLIO AUGUSTO PASSOS DOS SANTOS⁸⁴

(coautor)

GILBERTO ANTÔNIO NEVES PEREIRA DA SILVA⁸⁵

(orientador)

RESUMO: A guarda compartilhada possui o propósito de equiparação, mas é notório que nem sempre há um acordo de forma tranquila entre os genitores, principalmente no período pandêmico. Perante o exposto, questiona-se: Quais os impactos gerados no exercício da guarda compartilhada pelas medidas de isolamento contra a Pandemia da Covid-19? O objetivo geral deste artigo é analisar a guarda compartilhada no contexto pandêmico à luz da convivência familiar. Logo, os objetivos específicos baseiam-se em: Compreender a evolução legislativa que regulamentou a guarda compartilhada; entender os reflexos da alienação parental incidente no regime de compartilhamento de guarda; analisar os efeitos da pandemia do novo coronavírus no exercício da guarda compartilhada segundo a jurisprudência brasileira. Quanto aos aspectos metodológicos, o método de abordagem adotado na pesquisa teve a natureza descritiva e explicativa. A coleta de dados tornou-se possível pela documentação indireta com a utilização e interpretação da constituinte brasileira Código Civil e de Processo Civil, Estatuto da Criança e do Adolescente, legislação, jurisprudências e artigos científicos, caracterizando a presente pesquisa sob uma pesquisa bibliográfica. Através do estudo constataram-se decisões favoráveis acerca do instituto da guarda compartilhada no período pandêmico, tendo em vista que elas se baseiam no bem-estar do menor.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada, Covid-19, Convivência familiar.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 traz consigo diversas proteções e garantias inerentes à pessoa, inclusive, ao tratamento de forma igualitária. Dentre suas diretrizes, a família ganha especial atenção do Estado, pois, segundo ele, torna-se base da sociedade. Conforme a evolução humana, a

⁸⁴Graduando em Direito do Centro Universitário Santo Agostinho.

⁸⁵ Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Mestre do Programa de Pós -Graduação em Direito -Mestrado na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Orientador do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Santo Agostinho.

lei necessitou se adequar às diversas formas de família, de maneira a acolher as múltiplas abordagens acerca deste feito, para que este não se limite apenas ao casamento, mas, ao laço de afetividade.

Diante da pluralidade de entidades familiares, o menor possui absoluta prioridade, sendo um dever do Estado, da sociedade e da família, zelar e garantir todos os cuidados necessários para assegurar o bem-estar e proteção deste indivíduo. Sendo assim, diante da ruptura da junção de um casal e estes virem a conceber filhos, ambos deverão se amoldar aos tipos de guarda configuradas no Código Civil, tendo inicialmente a guarda compartilhada como a mais adequada para o equilíbrio de convívio e responsabilização entre os genitores.

Intencionalmente, a guarda compartilhada possui o propósito de equiparação, mas é notório que nem sempre há um acordo de forma tranquila entre os genitores, havendo a possibilidade de partes conflitantes quando não há um fim de relacionamento tranquilo, ou quando não aceitam a convivência com o outro genitor. Além disto, em março de 2020, a Organização Mundial da Saúde decretou estado de pandemia, provocada pelo vírus SARS-COV2, a qual acarretou no distanciamento social para controlar a sua proliferação, e, com isto, a guarda compartilhada sofreu severas modificações para tentar adequar-se a situação, resultando na limitação da transição entre os lares para resguardar a saúde do menor. Perante o exposto, questiona-se: quais os impactos gerados no exercício da guarda compartilhada pelas medidas de isolamento contra a Pandemia da Covid-19?

Diante disso, tem-se como hipótese que um grande risco à suspensão da guarda compartilhada é a abertura para incidência da Alienação Parental no período pandêmico, exigindo em cada caso uma reanálise sobre a possível manutenção desta modalidade, assim como a regulamentação do seu exercício adaptado aos meios virtuais, através de chamadas de vídeo, como alternativas para suprir o acompanhamento emocional e escolar em situações que não possam ser mantidas a visitação.

O objetivo geral deste artigo é analisar a guarda compartilhada no contexto pandêmico à luz da convivência familiar. Logo, os objetivos específicos baseiam-se em: compreender a evolução legislativa que regulamentou a guarda compartilhada; entender os reflexos da alienação parental incidente no regime de compartilhamento de guarda; analisar os efeitos da pandemia do novo coronavírus no exercício da guarda compartilhada segundo a jurisprudência brasileira.

O presente estudo justifica-se pela necessidade de gerar conhecimento referente aos impactos psicossociais que o afastamento de um genitor traz para o desenvolvimento dos filhos e a importância de adaptação das várias formas de se fazer presente na vida destes, por razões que exijam a suspensão da participação presencial. Com o intuito de promover maior debate sobre os desafios da pandemia do Covid-19 no cumprimento da guarda compartilhada, ao mesmo tempo em que o isolamento social contribuiu para a alienação parental.

Quanto aos aspectos metodológicos, o método de abordagem adotado na pesquisa teve a natureza descritiva e explicativa, frente à necessidade de se produzir conhecimento substratos científicos para as discussões a cerca da guarda compartilhada no período pandêmico. A coleta de dados tornou-se possível pela documentação indireta com a utilização e interpretação da

constituente brasileira Código Civil e de Processo Civil, Estatuto da Criança e do Adolescente, legislação, jurisprudências e artigos científicos, caracterizando a presente pesquisa sob uma pesquisa bibliográfica a fim de delimitar conceitos e fenômenos jurídicos competentes à temática.

O presente estudo se desenvolveu nas seguintes seções: a primeira aborda o contexto histórico das famílias através da visão constitucional das famílias no Brasil, a segunda aborda o poder familiar através dos aspectos conceituais da guarda dando ênfase da guarda compartilhada, a terceira identifica os desafios da guarda compartilhada frente à pandemia do Covid-19 e por fim as considerações finais.

2 ASPECTOS HISTÓRICO DAS FAMÍLIAS

2.1 A visão constitucional das famílias no Brasil

Historicamente, o Código Civil de 1916 tinha como características da família a relação monogâmica, sob domínio da figura masculina que deveria impor a sua honra, tornando-se chefe e assegurando que seus interesses prevalecessem sobre os membros que a integrava, pouco importava se estavam felizes ou não (BRASIL, 1916).

Essa visão foi alterada após a criação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, a família se solidificou através do afeto tendo como base a dignidade humana, mantendo o respeito, a individualidade e diversidade de modelos de entidades familiares, de modo a acolher a pluralidade de junção seguindo a evolução humana, conforme apontado por Rizzardo (2019, 19), “o direito de família passou a seguir rumos próprios, com as adaptações à nossa realidade, e inspirado na secularização dos costumes, perdendo aquele caráter canonista e dogmático intocável”.

Portanto, a Carta Magna garantiu a proteção da família garantia que deixou de ser apenas no casamento, mas uniões familiares que não se extingue com o fim do matrimônio, este tornou-se como a essência para o desenvolvimento e dignidade dos partícipes.

Dessa forma, a ideia de família constitui as relações estáveis e as monoparentais (DIAS, 2021). São novas configurações respaldadas pela Carta Magna, entendendo também que, o reconhecimento dos filhos, estes advindos ou não do casamento ou através da adoção, equivalendo-se dos mesmos direitos, sendo vedada qualquer situação discriminatória pertencente à filiação (BRASIL, 1988). Sendo assim, um alicerce da sociedade e primordial para a continuidade da raça humana.

2.2 Espécies de família

A conjunção de pessoas ligadas a um elo, seja por afeiçoamento ou por parentalidade evidencia a possibilidade de diversas formas de famílias, há que se dizer que esta não se limita apenas a parentalidade, de modo que a sua principal configuração para a formação é através de um grupo de pessoas vinculado por uma ligação afetiva (MADALENO, 2020). Assim sendo, concerne levantar alguns modelos de famílias acolhidas pela sociedade, embora existam múltiplas

representações, trataremos aqui das principais delas, estas sendo, resumidamente, a família matrimonial, informal, monoparental, anaparental e reconstituída.

A família matrimonial provém do casamento solenizado pelo Estado, sendo assim, é um matrimônio fruto da vontade do casal, que ao expressar o interesse da comunhão através do ato ou contrato do matrimônio, passa a ser celebrado e homologado pelo Juiz. Vale ressaltar que anteriormente, o matrimônio tinha como base a religião, que delegava os moldes necessários para esta configuração, que necessariamente era monogâmico e indissolúvel (MADALENO, 2020).

Portanto a família informal, de acordo com Pereira (2021) decorre da relação quem em sua maioria, não é estabelecida através de meios regulamentadores para a sua união, podendo ser considerada união estável como base e que esta a qualquer momento poderá ser alterada para o casamento.

Em sequência, a família monoparental ocorre quando um dos genitores é unicamente responsável por seus filhos, conforme previsto no art. 226, § 4º da Constituição. Nesta vertente, em sua grande maioria, trata-se de mulheres que cuidam dos filhos sem o suporte do pai [...] é o que se denomina família monoparental, de grande importância atualmente, dada a quantidade dessas famílias, especialmente formadas por mães e filhos. (RIZZARDO, 2020, p. 54).

A família anaparental advém da convivência familiar que é decorrente da ausência dos genitores, sendo configurado de parentes sanguíneos, como por exemplo, os parentes colaterais ou irmãos socioafetivos que juntos constituem um vínculo, muito embora atualmente não seja reconhecido os efeitos sucessórios com a sua aquisição (MADALENO, 2020).

A família reconstituída é aquela que advém após a separação, a qual o genitor novamente se casa ou vive em união estável com outra pessoa, sendo assim, configurado de acordo com Madaleno (2020, p.60): “a família reconstituída é a estrutura familiar originada em um casamento ou uma união estável de um par afetivo, onde um deles ou ambos os integrantes têm filhos provenientes de um casamento ou de uma relação precedente”.

No contexto do relacionamento entre o casal independente de uma configuração prevista no ordenamento jurídico, poderá haver a separação, a ruptura da vida comum de ambos quando por eles forem optados e os dois retornarão ao seu *status quo*. E sobre esta questão, quando decorrente da união ou não, ocorrer à existência de filhos, deverão se adequar a configuração nos moldes do Código Civil relativo a guarda, priorizando o melhor interesse da criança e adolescente, sendo uma obrigação dos genitores que a separação não tenha consequências negativas a continuidade dos vínculos parentais (DIAS, 2021).

Dessa forma, o fim de um relacionamento não pode ocasionar que um filho seja objeto de vingança, nem que este seja afligido pelos resultados da escolha de ambos, mas, deverão ser observados os melhores meios para que os filhos consigam enfrentar esse novo momento de forma mais tranquila e acolhedora possível.

3 ORIGENS DO PODER FAMILIAR

3.1 A abordagem da guarda no ordenamento jurídico

Historicamente as mães sempre se responsabilizaram pelos cuidados com os filhos e administração do lar. Os pais, por sua vez, cumpriam o papel de chefe e provedor do sustento da família. Segundo o paradigma familiar da época, cada indivíduo já devia crescer ciente das suas atribuições dentro do instituto da família. E essa cultura, por muitos anos afastou os pais de algumas tarefas importantes para a boa convivência familiar.

No entanto, essa concepção sofreu mudanças com o passar das décadas. As mulheres ingressaram no mercado de trabalho, passando a ocupar cargos que eram vistos como masculinos, e diante dessa ocupação tiveram que se ausentar temporariamente de casa. No que lhe dizem respeito aos homens, estes tiveram que se adequar à nova percepção da mulher na sociedade. Momento em que passou a exercer funções até então exclusivas da mulher, inclusive despendendo tempo à paternidade.

Vivendo a sociedade novo momento histórico, quando da ocorrência da dissolução do vínculo conjugal, os pais não mais se conformavam com a concessão da guarda às mães. Motivo pelo qual passaram a questionar o modelo de guarda adotado pelo ordenamento jurídico. A guarda resultante entre pais e filhos, portanto, não se trata de guarda advindo da inserção da criança em um lar substituto, conforme previsto no art. 28 do ECA. Sendo assim, a tipificação da palavra guarda, pode apresentar futuras alterações, diante do fato que esse termo possui um estigma de objetificação, sendo provável que o termo seja substituído pela expressão convivência familiar (PEREIRA, 2021).

Segundo art. 1.634, II, do Código Civil, a guarda é constituinte do poder familiar, e, quando o filho não for assumido pelo pai, a mãe detém do poder familiar de forma exclusiva (BRASIL, 2002). Avaliando a guarda sob a perspectiva do poder familiar, este atribui aos pais um direito e dever, cujo estes deverão zelar e cuidar dos filhos, exercendo a vigilância e lhes dando educação, podendo ser penalizados por abandono se deixarem de prestar suas obrigações.

Para Madaleno (2020), os pais são responsáveis pelo gerenciamento da companhia e custódia do menor, o que compreende as relações físicas, mas engloba também questões de comunicação e afeto. Sendo assim, cabe aos genitores garantir para além das obrigações de fato e de direito, sendo assegurado ao menor, a atenção especial quanto à companhia física e amorosa.

Quando há um conflito entre os pais, faz-se necessário uma análise de forma criteriosa para determinar qual o regime de convivência mais adequado a cada caso, pois, genitor não deverá ficar sob arbítrio do outro e sujeitando-se às suas pretensões. No momento em que os genitores não convivem sob o mesmo teto, o Código Civil estabelece as alternativas de guarda dos filhos, fixando um modelo e atribuindo aos genitores direitos e deveres que deverão executar de modo a atender todas as necessidades dos filhos, em virtude de lei, ou por decisão judicial, para garantir a melhor adequação a indispensabilidades e melhor interesse do menor (RIZARDO, 2019).

Deste modo, a avaliação subjetiva para identificar qual melhor modelo de guarda é adequado, será a forma a qual o menor se manifesta quando está na presença de um dos seus genitores; a atenção quanto a não separação dos irmãos; as condições que os genitores poderão proporcionar no que tange ao material, sendo eles a habitação e educação escolar; o ambiente social a qual se encontra; etc. (MADALENO, 2020). Dito isto, é configurada a guarda unilateral ou guarda compartilhada para melhor atender às necessidades vivenciadas.

Conforme previsto no art. 1.583 do Código Civil, a guarda unilateral decorre da atribuição a somente um dos genitores ou a alguém que possa o substituir, de modo que a decisão seja consensual entre ambos, ou quando um deles declara que não deseja a guarda compartilhada, portanto, o primeiro trata-se de uma exceção. Ainda que optado pela guarda unilateral, o genitor que não a possui, não perderá o seu poder familiar, sendo permitido ter os filhos sob sua companhia e fiscalização, conforme apontado por Kátia Regina Maciel (2014, p.152), quando diz que “enquanto a guarda é um direito/dever, a companhia diz respeito ao direito de estar junto, convivendo com o filho, mesmo sem estar exercendo a guarda”.

A guarda unilateral quando adotada, permite ao genitor que não reside com o menor, a possibilidade de estar em companhia do mesmo, em momentos estabelecidos de forma consensual ou determinados pelo juiz, porém, a visita poderá ser cerceada se o genitor oferecer riscos ao filho, sendo indicado em casos excepcionais onde existem situações comprovadas de nocividade ao menor (GONÇALVES, 2011).

Diante disto, observa-se também que a guarda unilateral tem como critério, a indicação do genitor que puder proporcionar as melhores condições de vida e de afeto para a criação do menor, conforme aponta no § 2º desta mesma lei. Portanto, o antiquado pensamento de que a guarda se limitaria a quem pudesse oferecer melhores condições financeiras para o menor.

3.2 A Guarda Compartilhada

Atualmente a sociedade conjugal vem se modificando, as relações não são duradouras quanto antigamente e, dessa forma, o desfazimento do vínculo conjugal é frequente. A dissolução da sociedade conjugal acarreta nos filhos um conflito social e psicológico, pois em algumas situações existe uma disputa entre os cônjuges, para decidirem quem tem poderes para conviver com os filhos. Nesse contexto, o instituto da guarda demonstra a possibilidade de ambos os cônjuges manterem o convívio com os filhos, mas de uma forma equilibrada e sem litígios.

Nessa ótica, ao avaliar os aspectos históricos para a regulamentação da guarda, partiu primeiramente após a aprovação da Lei nº 6.515 de 1977 (A Lei do Divórcio), que na época foi alvo de diversas discussões, uma vez que antes preponderava ideais religiosos, costumes e tradições de uma sociedade patriarcal, a qual estabelecia que o vínculo matrimonial deveria perdurar por toda a vida. Então a Lei do Divórcio, permitiu-se maior liberdade para as pessoas que desejavam extinguir os vínculos do casamento.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, garantiu-se o direito de divórcio e recasamento à livre vontade dos interessados. Nota-se, que novas composições familiares são inseridas no contexto social e, com elas, novas implicações aos integrantes desses núcleos afetivos.

Tais implicações demonstram-se mais incisivas e delicadas em relação aos filhos, pois demandam diferentes formas de convívio, variadas consequências e diversificados métodos de abordagem que garantam os princípios constitucionais de proteção e do melhor interesse da criança:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988, p.2).

Com o fim do casamento, sobrevém o desafio de assegurar tais direitos e manter o exercício do poder familiar na criação dos filhos. Para tanto, a mencionada Lei do Divórcio, prevê, em seu artigo 27, que “o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”. Por isso, ainda que dissolvido o vínculo matrimonial, incluindo também os casos de filiação sem anterior relação conjugal, o Código Civil de 2002, passou por algumas alterações até a atual disposição dos artigos 1.583 e 1.584. Com implemento da Lei nº 11.698 de 2008, foi instituída a guarda unilateral e a guarda compartilhada, conceituando-as da seguinte forma:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º O—Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º O) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Nesse turno, a referida lei também regulamenta que tanto a guarda unilateral como a guarda compartilhada poderá ser requerida mediante consenso entre o pai e a mãe ou por qualquer um deles em ação autônoma de separação, divórcio, dissolução de união estável ou em medida cautelar, bem como ser decretada pelo juiz segundo as necessidades do menor e a distribuição de tempo de convívio com o pai e com a mãe.

Ademais, em sede de conciliação, os pais serão informados quanto o importante significado da guarda compartilhada, a equivalência de seus direitos e deveres e as respectivas sanções quando descumpridas as suas condições que visa proteger os direitos e interesses do menor, no âmbito da convivência familiar ao verificar a importância da participação dos pais na criação e educação dos filhos.

Dando continuidade ao benefício do processo de guarda, a Lei nº 13.058 de 2014, também traz novas diretrizes ao Código Civil, em que compete destacar as disposições do artigo 1.583, §2º e 3º no sentido de promover o equilíbrio e a igualdade de tempo destinado à convivência com cada genitor, assim como, a escolha da cidade-base de moradia, observadas as especificidades de cada caso e o melhor interesse dos filhos. Ademais, a referida lei também incluiu nas disposições

do artigo 1.584, nos §2º a 5º, importante disciplina de concessão de guarda, no sentido de que não havendo acordo entre os genitores aptos ao exercício do poder familiar, será aplicado o compartilhamento de guarda, ressalvada a situação de um dos genitores declinar do direito de guarda.

Nessa perspectiva, para o estabelecimento das atribuições de cada genitor, bem como os períodos de convivência da guarda, o juiz, visando o equilíbrio da divisão temporal da guarda, poderá pedir de ofício ou a pedido do Ministério Público, o acompanhamento de profissionais interdisciplinares para basear sua decisão. Tais atribuições podem sofrer restrições quando um dos genitores promover alterações sem a prévia autorização judicial ou descumprir injustificadamente cláusula do regime de guarda. Tendo em vista esse poder fiscalizatório do cumprimento da guarda, o juiz também poderá regular outras maneiras de exercício da guarda de acordo com a demanda de cada caso.

Destaca-se que a referida lei também buscou especificar as competências dos genitores, frisando que, para o exercício de seu poder familiar não dependerá da situação conjugal entre eles, como bem enuncia o artigo 1.634 da codificação civil:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: dirigir-lhes a criação e a educação; exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Em vista disso, é possível compreender a sensibilidade conceitual da guarda compartilhada, pois esta tem a funcionalidade de assegurar o dever de proteção e cuidado que se deve ter com

os menores, já que mesmo estando em uma situação de rompimento da estrutura familiar, os pais ainda devem resguardar o bem-estar dos filhos, tendo zelo, cuidado e afeto com os mesmos, não sendo responsáveis apenas pela parte financeira, mas por manter uma relação afetiva, estável e contínua à luz do artigo 226 § 7º da CF/88, pelos “princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável”.

Sendo definida como responsabilização conjunta entre os genitores, a guarda compartilhada em regra, é a mais adotada atualmente, pois garante aos menores a possibilidade de serem observados de forma equilibrada, assim como o direito de convivência em igualdade de condições, sendo uma corresponsabilização de ambos em relação à criação e formação dos filhos, resguardado sempre pelo melhor interesse do menor (RIZZARDO, 2019).

Considerando o princípio da dignidade humana vigente atualmente na nossa Constituição, os cuidados aos menores ganham um garantido realce: seus interesses são superiores aos interesses dos pais, ou seja, independe da convivência harmônica entre os genitores, a divisão do tempo entre os pais deve ser mantida em equilíbrio (DIAS, 2016). Entretanto, embora o compartilhamento de obrigações entre os genitores em relação aos menores tenha como objetivo a manutenção do elo e afeto, bem como o comprometimento de forma ativa entre os membros, observa-se que, se não houver cooperação, de nada valerá, pois ao invés de diminuir os danos causados com a ruptura do lar, trará mais sofrimento psíquico e emocional do menor inserido neste tipo de contexto conflituoso e discordante.

4 OS DESAFIOS DA GUARDA COMPARTILHADA FRENTE A PANDEMIA DO COVID 19

A situação do Brasil foi crítica em relação ao COVID-19, foi registrado mais de 36,55 casos e 0,93 mortes por mil habitantes em 31 de dezembro de 2020, o Brasil teve a segunda maior carga de doença por coronavírus 2019 (COVID-19) em todo o mundo. Em 2021, a partir de 1º de outubro, o país registrou mais 402.220 mortes causadas pela COVID-19, o maior número do mundo (MATTA et al., 2021).

A pandemia da doença de coronavírus 2019 (COVID-19) causou grande impacto para famílias e crianças, principalmente no contexto das relações parentais diante da determinação da guarda compartilhada, que de acordo com atualizações diárias vão sendo decisivas para ações judiciais.

O regime de convivência de crianças e adolescentes, qualquer que seja a modalidade de guarda, poderá ser suspenso temporariamente, de comum acordo entre os pais ou a critério de um juiz, para que sejam cumpridas as determinações de isolamento social ou quarentena (ANGELO, 2020, p.3).

Com o advento da Lei nº 13.058/2014, a guarda compartilhada passou a ser regra no ordenamento jurídico brasileiro, alterando a redação do §2º do artigo 1.584 do Código Civil e determinando a adoção de modalidade de guarda mesmo nos casos em que não houver acordo entre os genitores. Assim, muitos pais são resistentes à fixação da guarda compartilhada, muitas

vezes por entenderem a gravidade que a situação envolve, para estabelecer uma comunicação entre os guardiões e a criança.

Pela razão, ao contrário do que parece, a guarda compartilhada não exige a alternância de residências, mas o compartilhamento de tomada de decisões referentes à vida dos filhos. Ou seja, uma divisão de responsabilidades de forma igualitária e harmoniosa, por meio da fixação de uma residência-base, podendo ser com qualquer um dos genitores, no entanto, a maioria das vezes fica sob tutela da mãe.

Diante da pandemia da COVID-19, com a suspensão das aulas em todo o Brasil, muitos pais passaram a administrar a rotina doméstica, o home office e a atenção em tempo integral destinada aos filhos. Assim, fazem uso da criatividade para desenvolver atividades com as crianças, inclusive aquelas repassadas pelas escolas, que também adotaram o método de ensino à distância.

Igualmente, com a imprescindibilidade do isolamento social, passaram a surgir os questionamentos acerca do exercício da guarda compartilhada e da convivência com o guardião que não detém a residência-base do menor, sobre quais as medidas cabíveis em momento tão delicado, que não afastem o direito da prole em conviver com ambos os núcleos familiares, mas que zelem pela proteção da saúde da criança e do adolescente.

Observa-se que ao estabelecer a Guarda Compartilhada no período pandêmico, foram diversas as mudanças no convívio familiar, exigindo revolucionárias adaptações para resguardar a saúde de todos. No contexto pandêmico, tendo em vista que o regime de guarda compartilhada se inseriu em um campo de incertezas quanto à viabilidade presencial de seu exercício da forma que foi renunciado no acordo ou na sentença. Contudo, ressalva-se que a possível inviabilidade de exercício presencial não justifica a interrupção do acompanhamento parental ou de adoção de formas de alienação.

Em tempos de isolamento e/ou distanciamento social, a pandemia não pode servir de subterfúgio para a adoção de medidas de alienação parental, prejudicando os superiores interesses de crianças e adolescentes, sob o pretexto de preocupação com a saúde e segurança, sem demonstração concreta e objetiva da impossibilidade de acesso de um dos genitores aos seus filhos, ainda que a distância e por meios eletrônicos (EHRHARDT JÚNIOR, 2020, p. 264).

Tendo em vista que muitos pais e mães sofreram com a separação de seus filhos, principalmente aqueles que são profissionais da saúde, mecanismos de acompanhamento afetivo foram implementados, como: horários destinados à comunicação por vídeo chamada, reserva de dias para acompanhamento virtual de tarefas escolares, consultas médicas por vídeo conferência com o genitor detentor da guarda, profissional e o outro genitor afastado, dentre outras. Para a garantia da convivência familiar tais medidas tornaram-se indispensáveis para que não seja prejudicado o essencial desenvolvimento emocional e afetivo do menor em formação.

Entretanto, ciente de que a dinâmica social provocada pela pandemia é inédita e, por isso, não há precedentes ou jurisprudências pacíficas sobre o tema, em sua maioria as decisões têm

sido elevadas em sua abstração pelos princípios baseados pela CF/88, ECA e CC/02, de forma a serem coadunados em prol do melhor interesse, saúde e acolhimento dos menores.

Dessa forma, cumpre a análise de atuais jurisprudências brasileiras com o intuito de identificar o reflexo das adaptações na vida familiar nas decisões dos tribunais voltadas à busca de soluções menos traumáticas as crianças e adolescentes:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REGULARIZAÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA C/C REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. PLEITO DE SUSPENSÃO DA CONVIVÊNCIA PATERNA.IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. No caso dos autos, o Julgador monocrático estabeleceu convivência paterna com o filho por meio de chamadas telefônicas e de vídeo, enquanto perdurar a pandemia. No entanto, diante da animosidade existente entre os litigantes, a genitora pretende a suspensão da convivência paterna. Com efeito, a convivência familiar é um direito do genitor e merece ser assegurado à criança, mormente porque são os seus interesses que devem prevalecer sobre os de qualquer outro. Diante disso, da análise detida nos autos, não se constatou situação de risco que exija a modificação na visitação já determinada pelo Magistrado singular, que se encontra mais próximo dos acontecimentos fáticos. Isso porque, ao que tudo indica, a determinação atende, ao menos por ora, as necessidades do infante, pois se manteve preservado os interesses deste, os quais devem prevalecer, ainda mais diante do contexto apresentado nos autos. Recurso desprovido. (TJ-RS - AI: 70084402296 RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar Data de Julgamento: 09/10/2020, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação:13/10/2020).

De acordo com a presente jurisprudência, foi apresentada uma modalidade para o cumprimento legal da guarda, porém essa modalidade foi amplamente questionada pela genitora, pois ela reprovava a convivência com o pai, não apoiando a influência paterna no desenvolvimento da criança.

O referido caso ilustra a situação de um pós-divórcio traumático, inclusive para a criança que sofre com o afastamento físico do pai. Em voto do relator foi tomado por base o parecer psicológico que evidencia a necessidade de manutenção e ampliação do contato, ainda que virtual durante a pandemia entre o filho e o pai. A mencionada Corte não reconheceu razão do pedido da genitora de interrupção da comunicação virtual com o genitor do menor, sendo que esta seria uma medida desarrazoada e que não atenderia ao melhor interesse da criança, em virtude do grave sofrimento que a criança passou a apresentar depois do fim do casamento dos seus genitores.

APELAÇÃO. GUARDA COMPARTILHADA. ANIMOSIDADE ENTRE PAI E MÃE. VISITA E PERNOITE. GUARDA COMPARTILHADA. A animosidade entre os pais não importa na inviabilidade da guarda compartilhada. Interessa investigar em que parte do relacionamento do casal separado,

reside a animosidade. Considerando, que no caso, naquilo que o casal apresenta animosidade não toca nos elementos que compõem a autoridade parental, não há obstáculo à guarda compartilhada. VISITA E PERNOITE. Bem entendidos os termos do apelo da mãe, a impugnação à forma de visitação, tal como prevista na sentença, volta-se, centralmente, contra o fato da criança ter que pernoitar com o pai. Contudo, o tempo projetou seus efeitos sobre a presente lide. O processo começou quando a criança tinha seis meses. Hoje ela tem cinco anos. Tanto quanto se retira da própria petição endereça pela mãe ao juízo, a menina já passa fins de semana com o pai. E o reclamo da mãe volta-se contra a dificuldade que ela tem de comunicar quando a menina está com o pai. NEGARAM PROVIMENTO. (TJ-RS - AC: 70082886581 RS, Relator: Rui Porta nova, Data de Julgamento: 10/07/2020, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: 25/09/2020)

Apresentada a jurisprudência, entende-se que a disputa pela guarda da criança vai muito além da presença dela, mas o que ocorre é um jogo de interesse, onde o menor que pertence à situação apresentada sofre bastante com tais atitudes, ocasionando diversas sequelas psicológicas no menor envolvido.

No presente caso, o relator decidiu pela fixação da guarda compartilhada no sentido de que ambos os pais possuem o mesmo direito de decidirem sobre a saúde, a educação a formação e a orientação filosófica ou religiosa, a alimentação e o lazer do filho.

Em análise sobre os reflexos psicológicos na criança em razão dos pais viverem desde sempre separados, correria risco de desenvolvimento da ideia equivocada de que somente a mãe poderia exercer o seu poder familiar sobre a criança. Ainda que residam em cidades distintas, a distância não seria motivo razoável para a não concessão da guarda compartilhada, permitindo-se o direito e o dever de se adaptar ao melhor interesse do filho.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL, ALIMENTOS E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. PEDIDO DE DEFERIMENTO DO CONVÍVIO DA CRIANÇA COM A MÃE PARA O PERÍODO COVID-19, NA RESIDÊNCIA DA AVÓ MATERNA. DESCABIMENTO. VISITAÇÃO MATERNA. CABÍVEL. Descabe o pedido de deferimento do convívio da criança com a mãe, na residência da avó materna, para o período da Pandemia COVID-19, uma vez que a guarda é mantida pelo genitor, mormente porque a agravante teria informado que ficaria até a Páscoa na cidade de POA, ainda que informe suspensão de suas atividades no período da Pandemia. Contudo, a fim de preservar a necessária convivência entre mãe e a filha, deve ser regularizada a visitação materna. Cabível a pretensão de visitação, não obstante o evento COVID 19, uma vez que a mãe certamente empreenderá todos cuidados que a etiqueta médica recomenda para preservar a saúde da criança. Devida a adequada convivência da mãe e filha, de forma pessoal e não somente virtual para o período do COVID-19, já

que a mãe permanecerá neste período na cidade de residência da criança. Precedentes do TJRS. Agravo de instrumento parcialmente provido. (Agravo de Instrumento, Nº 70084139260, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em: 15-04-2020).

A jurisprudência supracitada tem cunho de proteção ao menor, inclusive, tal decisão prevê a proteção do menor e seus interesses, a vista de estabelecer o melhor convívio e menos traumático para a criança e seus genitores que prepondera a observância das normas contantes no estatuto da criança e do adolescente, segundo seus princípios e com o incentivo de se estabelecer a plena convivência da criança com os pais e avó materna. Dada a situação pandêmica, somente poderá ser afastado o direito às visitas, quando houver risco concreto à saúde dos demais componentes familiares.

Dessa forma, as medidas de segurança adotadas para evitar o contágio pela Covid-19 não implica no direito de impedimento ao direito de convivência familiar com os seus outros familiares.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – FAMÍLIA – DIREITO DE CONVIVÊNCIA – DECISÃO AGRAVADA ATRIBUIU GUARDA À GENITORA AGRAVADA E DEU POUCOS DIAS DE CONVIVÊNCIA AO GENITOR AGRAVANTE – SOLUÇÃO PROVISÓRIA – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO IRREPARÁVEL – INCABÍVEL RETIRADA DO FILHO DURANTE PANDEMIA DE COVID-19 – PERIGO DE DANO GRAVE – RECOMENDAÇÕES DO CONANDA – RECURSO IMPROVIDO. [...] “Enfim, quanto à retirada do filho pelo genitor Agravante durante as férias antecipadas, dada a pandemia de covid-19 e o risco à saúde da criança, razoável que ela tenha seus contatos restringidos e permaneça com a genitora até normalização da situação. Contudo, a Agravada deverá garantir que o Agravante tenha contato via telefone ou vídeo chamada com seu filho”. (TJSP - AI: 20891340920208260000 SP 2089134- 09.2020.8.26.0000, Relator: Luiz Antônio Costa, Data de Julgamento: 29/06/2020, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 29/06/2020).

De acordo com o entendimento dos tribunais superiores, permanece-se a manutenção da guarda na modalidade, sem que haja perda para os menores envolvidos. Em sede de voto, o relator entende que a pandemia não é justificativa suficiente para alteração da modalidade de guarda compartilhada, pelos princípios da corresponsabilidade e da proteção integral, pois a ausência dos genitores pode gerar angústia, medo, dor e sofrimento para o menor, haja vista a criticidade do contexto fatal da pandemia. Ainda que o referido caso se trate de pedido de alteração da guarda pelo fato da mãe ser profissional da saúde, não ficou claro o perigo de infecção, por não atender diretamente pacientes contaminados pela Covid-19, o que não justifica o afastamento da mãe e do filho.

Ao considerar os princípios da convivência e da proteção integral através do contato frequente com os filhos é de suma importância para o aperfeiçoamento do vínculo afetivo como

decisão abaixo deferida no período pândemico.

GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS – Decisão que indeferiu tutela de urgência visando a modificação do regime de visitas materno, mantendo as visitas maternas aos filhos Wilson e Maria Júlia - Não é recomendável que o Magistrado esmiúce o regime de visitas, o que só deverá fazê-lo ao sentenciar o feito – Não há previsão da comunidade científica para o término da pandemia, o que torna, neste momento, inviável o condicionamento das visitas maternas ao retorno da normalidade – Assim, estando os menores sob a guarda paterna, há que se regulamentar o direito de visitas da genitora, a fim de se manter os vínculos parentais, nos termos do artigo 1.589 do Código Civil. Limitações ao direito de visitas devem ser a exceção – Advento da pandemia pelo COVID-19 não é causa para supressão liminar da visitação materna, tampouco modificação unilateral do acordo firmado entre as partes - Decisão mantida – Recurso improvido. (TJ-SP - AI: 22058927120208260000 SP 2205892-71.2020.8.26.0000, Relator: Salles Rossi, Data de Julgamento: 25/05/2021, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/05/2021)

Ademais, depreende-se nesse contexto, que nunca foi tão necessário como agora a efetivação de acordo entre os pais quanto a flexibilização de horários de visitas, de modalidades de participação na vida da criança pelo outro genitor, à luz do artigo 694 do CPC/2015, o qual determina, inclusive, o auxílio de profissionais interdisciplinares, para a proposição de soluções consensuais das questões que envolvam o direito de famílias. É nessa acepção que compreende Ehrhardt (2020, p. 265): “Em tempos de pandemia, não podemos esquecer a diretriz do art. 694 do Código de Processo Civil, que dispõe que nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia.”

Logo, a decisão remonta à importância de se priorizar as necessidades do menor, ainda que exista animosidade na relação entre os genitores. Em sede de voto, o relator compreende o pedido da guarda e regulamentação de visitas. Ressalta-se, nesta decisão, mais uma vez, a importância do acompanhamento psicológico, tanto em situações de alta litigiosidade entre os pais, como para melhor explicar à criança a situação que se encontram (separados) os seus genitores e que não significa que eles tenham menos afeto por ela.

Em sede de decisão do aludido caso, ainda que a criança enfrente dificuldades para conviver com o seu genitor é ainda mais imprescindível, pois não há risco do contágio da Covid-19. A manutenção da guarda compartilhada se explica pela necessidade de fortalecimento e no caso de estabelecimento do vínculo afetivo entre pai e filha. Cumpre destacar, que o melhor interesse da criança, justifica a tentativa de estreitamento dos laços familiares de forma virtual ou de forma presencial.

Dessa forma, com o advento da pandemia, ficou notório o volume de casos em pedidos de suspensão de visitas no judiciário, muitos desses pedidos visam o impedimento do risco de contágio que a mudança frequente de endereços pode causar. Porém, esse direito de visita só

pode ser vedado caso fique claro o risco à saúde da criança e seus familiares com observâncias isoladas de cada caso apresentado. Em consenso entre os tribunais, tais decisões baseiam-se na lei, em observância aos princípios e estatutos presentes por se tratar de situações singulares que, por consequência, ainda não existem normas jurídicas ou orientações jurisprudências específicas, que possam melhor enquadrar tais situações vivenciadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A guarda compartilhada é um dos setores mais afetados por esta pandemia da COVID, momento este em que todas as relações sociais foram modificadas bruscamente. Em especial a guarda compartilhada, as famílias que compartilham a guarda dos seus filhos, sofreu um impacto maior, por ser uma situação atípica para as relações entre si e também no âmbito jurídico, pois como se trata de crianças e adolescentes que precisam do discernimento dos responsáveis, se fez necessário que os pais estejam em acordo de suas ações e de forma harmoniosa, a fim de proporcionar uma relação saudável aos filhos.

Enquanto isso, o ordenamento jurídico brasileiro mesmo diante das medidas de isolamento no período pandêmico, garantiu uma boa qualidade de vida às crianças e adolescentes através do cumprimento da guarda compartilhada que está prevista expressamente na legislação brasileira como foi verificado no decorrer do estudo as decisões favoráveis acerca do instituto da guarda compartilhada, tendo em vista que elas se baseiam no bem-estar do menor.

Portanto, conclui-se que é imprescindível que o menor tenha possibilidade de conviver com ambos os pais, pois é um direito da criança de fundamental importância para o seu pleno desenvolvimento e para que o conceito de família permaneça sólido, ou seja, a guarda compartilhada é muito benéfica para a prole e contribui para efetivação de importantes princípios constitucionais e do pleno poder familiar.

Espera-se contribuir com este estudo para a reflexão acerca da aplicação da guarda compartilhada em consonância com o princípio do melhor interesse da criança na convivência dos genitores durante a pandemia da COVID-19 bem como o aprofundamento do estudo que abrange o Direito de Família.

REFERÊNCIAS

ANGELO, Tiago. Sem marco legal para guarda dos filhos na epidemia, pais devem priorizar acordos. **Revista Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/fica-guarda-compartilhada-tempos-coronavirus#:~:text=Segundo%20a%20proposta%2C%20o%20regime,de%20isolamento%20social%20ou%20quarentena>. Acesso em: 01 set. 2022.

BRASIL. Código Civil (1916). **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil** de 1916. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 01 set. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 01 set. 2022.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm.

BRASIL. TJDF. **Segredo de Justiça nº 0007511-61.2016.8.07.0020**, 5ª Turma Cível, Tribunal de Justiça do DF, Relator: Josapha Francisco dos Santos, Julgamento em 19/05/2021, DJe: 20/05/2021.

BRASIL. TJDF. **Segredo de Justiça nº 0721314-91.2020.8.07.0000**, 7ª Turma Cível, Tribunal de Justiça do DF. Relatora: Gislene Pinheiro, Julgamento em 10/02/2021, DJe: 18/02/2021.

BRASIL. TJMT. **Agravo de Instrumento nº 10083290620208110000**, 4ª Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça do MT. Relator: Rubens de Oliveira Santos Filho, Julgamento em 24/06/2020, DJe: 24/06/2020.

BRASIL. TJRS. **Agravo de Instrumento nº 0078588-16.2020.21.7000**, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José de Antônio Dalto e Cezar, Julgado em 09/10/2020. DJe 13/10/2020.

BRASIL. TJRS. **Apelação Cível nº 0260567-42.2019.8.21.7000**, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Des. Rui Portanova, julgado em 10/07/2020. DJe 25/09/2020.

BRASIL. TJSP. **Agravo de Instrumento nº 20972665520208260000**, 2ª Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP, Relatora: Maria Salete Corrêa Dias, Julgamento em: 26/01/2021, DJe: 26/01/2021.

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

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Breves considerações sobre os impactos da pandemia do Coronavírus nas relações privadas**. 2020. Disponível em:

[https://redib.org/Record/oai_articulo2746859-breves considera%C3%A7%C3%B5es-sobre-os-impactos-da-pandemia-do-coronav%C3%ADrus-nas-rela%C3%A7%C3%B5es-privadas](https://redib.org/Record/oai_articulo2746859-breves%20considera%C3%A7%C3%B5es-sobre-os-impactos-da-pandemia-do-coronav%C3%ADrus-nas-rela%C3%A7%C3%B5es-privadas). Acesso em: 01 set. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. (Coleção de Sinopses Jurídicas; 2 v).

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forence Ltda, 2020.

MATTA, G.C., REGO, S., SOUTO, E.P., and SEGATA, J., eds. **Os impactos sociais da Covid-19 no Brasil**: populações vulnerabilizadas e respostas à pandemia [online]. Rio de Janeiro: Observatório Covid 19; Editora FIOCRUZ, 2021.

PEREIRA, Rodrigo. Coronavírus e o aumento da disputa pela guarda dos filhos. **Rodrigo Pereira da Cunha**, 2020. Disponível em: <https://www.rodrigodacunha.adv.br/coronavirus-e-o-aumento-da-disputa-pela-guarda-dos-filhos/>. Acesso em: 01 set. 2022.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forence Ltda, 2019.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM CASO DE SUICÍDIO DE DETENTOS

LUCAS BERNARDO DE CASTRO:

Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Fametro.

RESUMO: O presente projeto tem por objetivo abordar sobre a obrigação civil do Estado em casos de violação à integridade do preso, e de indenização à família em caso de morte do preso, no que diz respeito à morte por suicídio, perscrutando a discussão existente na doutrina e jurisprudência brasileira no que concerne à adoção do modelo de responsabilidade objetiva ou subjetiva, nas modalidades risco administrativo, risco integral e responsabilidade subjetiva oriunda da culpa anônima. O trabalho será desenvolvido a partir do método dedutivo, identificando o todo do problema para, partindo do geral para o particular, identificar as suas partes e apresentar uma conclusão, contribuindo para a solução das graves questões que afligem a sociedade no âmbito da tormentosa questão da responsabilidade civil do Estado em relação aos danos decorrentes do suicídio de detentos nas unidades prisionais.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Sistema Carcerário. Suicídio.

ABSTRACT: This project aims to address the civil obligation of the State in cases of violation to the integrity of the prisoner, and compensation to the family in case of death of the prisoner, regarding death by suicide, scrutinizing the existing discussion in Brazilian doctrine and jurisprudence regarding the adoption of the model of objective or subjective liability, in the modalities administrative risk, integral risk and subjective liability arising from anonymous guilt. The work will be developed from the deductive method, identifying the whole of the problem in order to, from the general to the particular, identify its parts and present a conclusion, contributing to the solution of the serious issues that afflict society within the stormy issue of civil liability of the State in relation to the damage resulting from suicide of detainees in prisons.

KEYWORDS: Civil Liability. Prison System. Suicide.

1 INTRODUÇÃO

No que tange aos casos de suicídio de presos verificados no interior das unidades prisionais superlotadas, a tarefa de se identificar o nexo causal entre o dano (violação ao bem jurídico do direito à vida oriunda da omissão estatal) e o fato (o próprio suicídio) se mostra hercúlea, tendo em vista a necessidade de se comprovar que determinada omissão estatal – por exemplo, a falta de prestação de serviços de acompanhamento psicológico aos detentos, em observância ao princípio da ressocialização, norteador da execução penal conforme o artigo 1º da LEP – contribuiu sobremaneira e decisivamente para a prática de suicídio de determinado detento.

Contudo, releva notar que o ente público pode ser dispensado de indenizar os familiares do detento suicida, desde que comprove que a morte do detento não podia ser evitada, de sorte que, nesta hipótese, se mostra rompido o nexo de causalidade entre o resultado morte e a omissão estatal. Outrossim, mesmo essa hipótese de exceção a aplicação da responsabilidade objetiva no que caso de omissão estatal, não obstante fixada pelo STF em sede de repercussão geral (STF, RE

841526/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 30/3/2016), deve ser aferida de modo inexorável nos casos concretos, dado que, uma vez detido, ao detento, deve ser garantida, mediante a promoção de políticas públicas e de um processo de execução de penas voltado a ressocialização, a proteção de sua integridade física, a qual inclui a psíquica, cujo resguardo se mostra objeto de omissão estatal quando verificados os casos de suicídio, ainda que possua origens anteriores ao processo de estadia do preso na unidade prisional.

Desse modo, tendo em vista a necessidade de promoção de políticas públicas voltadas a efetivação do resguardo a integridade física e moral dos presos, previsto como direito fundamental protegido por cláusula pétrea da Constituição de 1988 (art. 5, inciso XLIX, c/c art. 60, §4º, inciso IV) é de imperiosa relevância o esclarecimento acerca de qual seja a responsabilidade do ente público estatal no que concerne aos casos de morte de presos em unidades prisionais, mormente a morte por suicídio, de modo a identificar as premissas básicas de referida responsabilização, bem como a fundamentar que, no que concerne aos casos de suicídio, a responsabilidade objetiva do Estado sempre se mostra presente.

Tem-se em nossa Constituição Federal (1988) a consagração ao Direito à Saúde, que também é um dos direitos fundamentais de todos os seres humanos, pois o Estado tem a obrigação de desenvolver ações que possibilitem promover, proteger e recuperar a saúde de sua população (VASCONCELOS, 2018). Destaca-se, de acordo com dados da Infopen (2020), que em 44,64% dos presídios brasileiros, a assistência à saúde é ausente. *É nesse sentido que se busca aferir, até onde vai a Responsabilidade Civil do Estado, em casos de suicídio de detentos em unidades prisionais superlotadas.*

Sendo assim esse estudo assume o objetivo de analisar a responsabilidade civil do Estado, em casos de suicídio de seus custodiados. Desse modo, afim de afunilar a linha de pesquisa, o presente objetivo foi dividido nos específicos: (i) realizar breve contextualização histórica a respeito da falência do sistema carcerário brasileiro; (ii) discorrer sobre a Responsabilidade Civil do Estado na garantia do princípio da dignidade da pessoa humana no apenado; e, (iii) pontuar a Responsabilidade Civil do Estado, em caso de morte do preso, por suicídio.

Nesse cenário abordar-se-á, os institutos do ordenamento jurídico supracitados, ademais, o presente trabalho se justifica, pela busca em entender até onde vai o dever do Estado, quanto à responsabilidade do Estado e posteriormente a indenização aos familiares do preso que se suicida dentro de unidade prisional, visto que existe um direito positivado, com relação a obrigação do Estado, que, em regra, a aplicação da responsabilidade civil objetiva do Estado.

Considerando que o suicídio é um fenômeno que afeta toda a sociedade, a Organização Mundial de Saúde reconhece que é um grave problema de saúde pública com uma magnitude mundial, porém podendo ser prevenido. Dessa forma, podemos superar as lacunas do sistema legal graças às normas de equidade, quando esta é tida como sendo o direito do caso concreto. É também função da equidade adaptar a norma ao caso concreto, exercendo um papel corretivo para sanar defeitos oriundos da generalidade das leis (BETIOLI, 2015, p. 498).

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL EM CASO DE MORTE DO SEU CUSCUSTODIADO

Ao conceber-se a definição da ciência do Direito, cabe aqui indicar o seu verdadeiro sentido, portanto, primeiramente, esse estudo esclarece que o vocábulo “direito” é uma compreensão de inúmeros significados, em outras palavras, esse vocábulo pode ser utilizado para significar o justo, ou o conjunto de normas jurídicas que tem a pessoa, isso porque a sociedade necessita de regras e princípios que possam possibilitar a convivência entre si, permitindo sua evolução nas relações sociais. Das palavras de Nader (2018, p. 22), extraímos que o homem é um ser essencialmente programado para viver em sociedade:

A própria constituição física do ser humano revela que ele foi programado para conviver e se completar com outro ser de sua espécie. A prole, decorrência natural da união, passa a atuar como fator de organização e estabilidade do núcleo familiar. O pequeno grupo, formado não apenas pelo interesse material, mas pelos sentimentos de afeto, tende a propagar-se em cadeia, com formação de outros pequenos núcleos, até se chegar à constituição de um grande grupo social.

A esse respeito o conceito de Direito, surge como um conjunto de normas, estabelecidas para exercer a finalidade acima supracitada. Com base nesse pensamento Garcia (2015, p. 15) leciona que o conceito de Direito, pode ser entendido como “um conjunto de normas imperativas que regulam a vida em sociedade, dotadas de coercibilidade quanto a sua observância”, com base nesse contexto o presente estudo, dará início fazendo um pequeno contexto sobre as falácias do sistema prisional brasileiro.

2.1 Sistema prisional brasileiro: um cenário falido

Nosso primeiro objetivo busca realizar breve contextualização histórica a respeito da falência do sistema carcerário brasileiro, nesse contexto, pontua-se que o Brasil durante um longo período não tinha um Código Penal próprio por se tratar de uma colônia portuguesa, e era submetido às Ordenações Filipinas de Felipe IV de 1603, que em seu livro V tratava dos castigos e das penas, e determinava quais os castigos/penas que seriam aplicadas no Brasil, previam penas como: a de morte, trabalhos forçados “galés”, penas corporais (consideradas cruéis e desumanas), humilhação pública, confisco de bens e multa, não existia o cerceamento e a privação de liberdade. O sistema entrou em crise no início do século XIX (FONSECA, 2017).

Com a Constituição de 1824, em seu art.179 declarava: “Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as penas cruéis” o Brasil começou de maneira lenta e gradativa a reformar o sistema punitivo, foram banidas várias penas cruéis. A abolição das penas cruéis não foi plena já que os escravos ainda estavam sujeitos a elas (MOTTA, 2016).

Para Motta (2016, p. 14) “[...] a presença do castigo corporal na penalidade do período, e, por outro, a presença da pena de degredo. Trata-se de uma sociedade que ao mesmo tempo castiga o corpo e exila”. A abolição definitiva do Código Filipino e as transformações que foram impostas pela Constituição de 1824, só foram possíveis, quando foi aprovado o Código Penal do Império na data de 16 de dezembro de 1830, determinou-se que as cadeias seriam limpas, seguras

e que seus presos seriam separados de acordo com a natureza de seus crimes. (ENGBRUCH; SANTIS, 2012). Para Foucault (2013, p. 72):

Essa necessidade de um castigo sem suplício é formulada primeiro como grito do coração ou da natureza indignada: no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua “humanidade”. Chegará o dia [...] em que esse “homem”, descoberto no criminoso, será o alvo da intervenção penal, o objeto que ela pretende corrigir e transformar, o domínio de uma série de ciências e de práticas estranhas- “penitenciárias”, “criminológicas”.

Com o Código Penal do Império (1830) a pena de morte permanece em seu art. 38 e a de galés art. 44, porém a prisão desponta como peça central do novo sistema penal, inaugura-se no Brasil a era da penalidade carcerária, ela surge em duas modalidades prisão com trabalho art.46 e prisão simples art. 47 (MOTTA, 2016). De acordo com Fonseca (2017):

Na medida em que ao Estado interessava zelar pela ordem pública e aproveitar a força de trabalho de criminosos em obras e abastecimento da cidade, a polícia assumiu a administração dos trabalhos públicos e, ao mesmo tempo, a punição aos desviantes e indesejáveis, [...] cuja vigilância recaía principalmente, nessa ordem, nos escravos, nos libertos e nos homens livres pobres.

O ministro da justiça Honório Hermeto Carneiro Leão, já tinha críticas a respeito da modalidade de prisão com trabalho, já que a maioria dos delitos tinha pena de prisão com trabalho, entretanto, não existia no Império casas destinadas para este fim, surgiu dificuldades para encontrar um local adequado, que suprir-se a necessidade do objeto, então optou por realizar obras nas prisões já existentes na época, os recursos financeiros, foram utilizados “na reforma” e não na construção de novas instalações como havia sido destinado.

Para Leão (*apud* Motta, 2016, p. 96) a justificativa de não construir estes estabelecimentos era: “[...] demandam tempo, grandes somas de dinheiro, persistência e Constância nas administrações encarregadas de sua execução”. Aqui já existia a preocupação de que as cadeias iam ser insuficientes para acomodar tantos pronunciados. Apesar da pena de prisão ser adotada pelo Código Penal de 1830, este modelo de instituição só é colocado em pratica na sua integralidade a partir de 1850. Durante este período existe uma polêmica sobre o limite da pena de prisão em âmbito internacional (MOTTA, 2016).

Por volta do ano de 1870, o Brasil passa a ser reconhecido como um dos Estados que adotou o novo estilo penal e participa de congressos internacionais de Penologia e Criminologia, onde o objetivo central era unificar internacionalmente as estratégias dos sistemas punitivos. Segundo o discurso de Fleury (*apud* Motta, 2016, p. 81-83): “a prisão não era a forma sistemática principal de punir; os cárceres no Brasil, [...] eram lugares onde se guardavam os criminosos, esperando que a sanção dos tribunais os levasse à punição corporal e pública”.

Até o ano de 1870 havia apenas três casas de correção no Brasil: Rio de Janeiro, São Paulo e Bahia, foi no fim do regime imperial que as casas de correção com trabalho foram construídas, ou seja, no ano de 1880, Leão (*apud* Motta, 2016, p. 97) tinha esperanças que se estas casas bem construídas, com regime próprio e bem administradas trariam assim bons resultados, semelhante com os apresentados por outros países como Estados Unidos da América.

Assim surge a necessidade de implantar uma casa de correção modelo, antes de executar tal sistema em todo território brasileiro, o ministro da justiça também sugere a alteração do Código Penal, nas penas, onde solicita fazer maior uso da pena de degredo, que poderia ser útil para formação de colônias agrícolas em diferentes locais, fornecendo apenas instrumentos e compelindo-os a trabalhos agrícolas, tudo isso sob uma administração rigorosa, em defesa dessa sugestão o ministro afirmou que Bélgica e Holanda, tinham excelentes resultados, alegava que as despesas com compra de terrenos “nada custaria à nação” em comparação a vantagem que traria a sociedade tornando esses indivíduos “úteis ao país” (MOTTA, 2016, p. 98-99).

A partir de então ficou evidente que faltava informações por parte do governo central, não se sabia o estado dos presos e nem a quantidade, mesmo após o envio de várias circulares para ambas as províncias solicitando relatórios semestrais dos presos existentes, as ordens não eram cumpridas e quando cumpriam os dados eram confusos e as únicas informações que se tinha conhecimento, a maior parte era das cadeias das capitais.

As principais observações são: muito tempo para sentenciar presos há mais de ano, o novo código de processo não melhorou já que possui inúmeros recursos, falta serventários da justiça, nas grandes cidades havia somente um promotor, um só conselho de jurados e por fim Leão (*apud* Motta, 2016, p. 99) cita que: “quando chegará à vez de serem sentenciados os muitos réus que atualmente se acham seguros ou afiançados e os que diariamente são pronunciados?”

A acumulação de presos é semelhante a um depósito abandonado, e de cadeias infectadas foco de doenças, a mistura de culpados com inocentes e a espessura das paredes das prisões, não eram suficientes para a sociedade essa era a visão que dos reformadores ao visitar as prisões. A comissão de reformadores que acreditava que as prisões deveriam cumprir seu papel que era: “custódia segura, reforma e castigo”, o sistema necessita de: “uma vigia contínua do preso”, o modelo de Bentham e a construção panóptica, deveria ser realizado onde o diretor poderia ver tudo, saber tudo e cuidar de tudo (MOTTA, 2016).

As críticas enfrentadas no período com a justiça são as da atualidade, o fato da justiça no Brasil ser morosa, parecida com a forma de julgar. Com relação à maneira adotada como meio punitivo, prisões às críticas também se assemelha com as da atualidade: mal situadas, pouco arejadas, pouco espaço gerando amontoamento dos presos, falta limpeza, falta de mudança no vestuário, cheiro insuportável que vem da má construção dos canos de esgoto, que por sua vez causam diversas enfermidades, falta de alimentação adequada, entre outros. O momento seguinte da pesquisa, busca fazer uma contextualização sobre os principais pressupostos sobre o termo responsabilidade civil.

2.2 A responsabilidade civil do estado na garantia do princípio da dignidade da pessoa humana no apenado

O segundo objetivo da pesquisa vem discorrer sobre a Responsabilidade Civil do Estado na garantia do princípio da dignidade da pessoa humana no apenado. Dando início a essa sessão da pesquisa, tem-se que no Brasil a primeira Constituição a fazer menção à dignidade da pessoa humana foi a de 1934 em seu artigo 115 "A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existências dignas. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica".

Como se verifica desde o ano de 1934, já existia certo zelo pela existência digna do ser humano onde já se demonstra uma preocupação com o cidadão em quanto pessoa e não objeto, após a segunda guerra mundial (1939- 1945), passou a se defender a dignidade da pessoa humana com mais veracidade, com o intuito de evitar a repetição das atrocidades cometidas, com isto surgiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos que traz em seu primeiro artigo "Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos" (ONU, 1984), assim como a Constituição Federal do Brasil/1988 tem como fundamento em seu artigo 1º, III- a dignidade da pessoa humana; e no art. 170".

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social". Barroso (2014, p. 273) comenta que a dignidade humana, "é concebida como um valor fundamental, independente de positividade pelo Estado. Por possuir natureza jurídica de princípio constitucional, deve ser fonte direta de direitos e deveres na aplicação ao caso concreto e ser norteador interpretativo do ordenamento jurídico". Durante o século XX o princípio da dignidade da pessoa humana, foi utilizado em diversos documentos constitucionais, pactos e tratados internacionais, em ambos os documentos seus conteúdos eram similares, que todas as pessoas têm dignidade e como objeto principal o estado deve garantir e prover a dignidade humana.

Na visão de Teixeira (2012, p. 24), esse processo pode ser entendido da seguinte maneira:

O Direito Natural clássico dos gregos compreende uma concepção essencialista ou substancialista do Direito Natural: a natureza contém em si a sua própria lei, fonte da ordem, em que se processam os movimentos dos corpos, ou em que se articulam os seus elementos constitutivos essenciais. A ordem da natureza é permanente, constante e imutável.

A Constituinte tem o princípio da dignidade humana como basilar já que deste princípio derivam os demais, isso porque a lei dos direitos humanos não difere de outras leis, que surgem a partir de fragilidades complexas na coletividade. Ela identifica que as pessoas, desde sua concepção, deveriam ter acesso às mesmas possibilidades e aos mesmos direitos.

Sendo assim este princípio é considerado aberto, sujeito as mais variadas interpretações, porém deixa evidente que quem é ser humano logo possui dignidade, mas o que seria a dignidade uma qualidade moral, honra, a consciência de seu valor como pessoa útil, ou uma propriedade que o ser humano possui, pelo simples fato de possuir o poder de decisão sobre seus objetivos a

autonomia pessoal, e que essa deve ser protegida de condições mínimas por meio de condições básicas para sua existência.

Moraes (2018, p.117) acrescenta que todo tratamento que é desumano é: “Contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa a condição de objeto”. Nesse sentido, pontua-se que a dignidade da pessoa humana serve, assim, tanto como justificção moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais, então se pode dizer que é um valor fundamental que foi convertido em princípio constitucional (BARROSO, 2020).

Partindo do entendimento de que toda pessoa possui dignidade sem distinção indiferente das circunstâncias, seja elas: insanidade, necessidades especiais ou apenados cumprindo pena ou aguardando sentença. Para Guedes (2018): “[...] as pessoas que praticam crimes, investigadas, processadas ou já condenadas, têm o direito fundamental de ver respeitada a sua dignidade”. O fato dessas pessoas cometerem atos ilícitos não as tornam menos dignas do que as demais pessoas da sociedade, muito pelo contrário a sociedade deveria acolher essas pessoas para evitar a repetição dos ilícitos.

Daí decorre a responsabilidade civil, que é a obrigação de reparar o dano que uma pessoa causa a outrem, visando a restabelecer, na medida do possível, o equilíbrio jurídico alterado. Em nosso Código Civil, a Lei 10.406/2002 inclusive estabelece que aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo, sendo assim uma das tarefas do Estado é regulamentar a conduta do cidadão brasileiro, através de Normas, sem as quais a vida em sociedade seria impossível. Portanto, regras são estabelecidas para regulamentar a convivência entre os indivíduos e as possíveis relações destes com o Estado, entidade dotada de poder soberano, sendo titular exclusivo do Direito de Punir. Há que se dizer que o Estado, por ter o dever de proteger os direitos mais essenciais da sociedade, apreende para si o monopólio daquele direito. Verifica-se, de um lado, o agente do crime, que pugna, por todos os meios de defesa em direitos admitidos, preservar o seu direito de liberdade, o *jus libertatis* (MOTTA, 2016).

Nos apontamentos de Barroso (2020) tem-se que de acordo com o Relatório Justiça em Números de 2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no ano de 2016, ações relativas à responsabilidade civil/indenização por dano moral estavam entre as três principais no âmbito do Direito Civil na Justiça Estadual Comum, sendo que, nos Juizados Especiais e nas Turmas Recursais, o Direito do Consumidor/Responsabilidade do fornecedor/ Indenização por dano moral foi o assunto mais recorrente.

Nessa seara entende-se que o Estado deve garantir vários direitos aos apenados tais como: o direito a ressocialização, ao trabalho, como forma de reingresso na sociedade, entre outros direitos, como o Direito a Vida, porém de nada adianta o texto de nosso Código Civil trazer todos estes direitos se a lei 10.406/02 não é aplicada em sua integralidade, se fosse não teríamos casos de suicídios em nosso sistema prisional.

De acordo com a Lei de Execução Penal (LEP), em seu art.10 menciona que é dever do Estado a assistência ao preso e ao internado para que previna a ocorrência de crimes entre outros (BRASIL, 1984). No Art. 12 da mesma lei, ela garante a assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas, porém isso não acontece na

prática, o sistema prisional Brasileiro encontra-se falido e não consegue diminuir o número de presos e nem a possibilidade de morte/suicídio em nosso sistema. Nesse contexto, a pena perde seu objeto, porque além de perder o direito à liberdade os presos perdem o direito a saúde, integridade física e psicológica. Assis (2017, p. 75) comenta que:

Os presos adquirem as mais variadas doenças no interior das prisões as mais comuns são as doenças do aparelho respiratório, como a tuberculose e pneumonia também é um alto índice de hepatite e doenças venéreas em geral, AIDS por Excelência. Conforme pesquisas realizadas nas prisões estima-se que aproximadamente 20% dos presos sejam portadores de HIV, principalmente em decorrência do homossexualismo, da violência sexual praticada por parte dos outros presos e do uso de drogas injetáveis.

Aqui constata-se mais um descumprimento dos dispositivos da Lei de Execução Penal, que prevê, no inc. VII do art. 40, o direito à saúde por parte do preso como uma obrigação do Estado. No Art. 28 da LEP. "O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva". Nesse contexto, Gonçalves (2005, p. 19) traça diferenças entre os dois tipos de responsabilidade: "no caso da responsabilidade penal, o agente infringe uma norma de direito público. O interesse lesado é o da sociedade. Na responsabilidade civil, o interesse diretamente lesionado é o privado. O prejudicado poderá pleitear ou não a reparação".

Distinguem-se as duas responsabilidades, ainda, enquanto que na penal a responsabilidade é pessoal e intransferível, ou seja, somente a pessoa do réu responderá pela transgressão da norma com a privação da sua própria liberdade; ao passo que na responsabilidade civil, o transgressor responderá apenas com seu patrimônio, presente e futuro, sendo que tal obrigação será transferível para seus herdeiros e sucessores, afinal, nos termos do Artigo 943, do Código Civil, "o direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança" (BRASIL, 2002).

Destaca-se ainda que o Superior Tribunal de Justiça se posicionou no sentido da independência entre as esferas penal e cível, o que significa dizer que o resultado proferido em uma delas, via de regra, não interfere na solução dada pela outra. Eis aqui a ementa do acórdão do Recurso Especial n.º 1.164.236/MG, cuja relatora foi a Ministra Nancy Andrighi, que cabe como uma luva para o que estamos falando:

Direito Civil e Processual Civil. Não vinculação do juízo cível à sentença penal absolutória fundamentada na falta de provas para a condenação ou ainda não transitada em julgado. A sentença penal absolutória, tanto no caso em que fundamentada na falta de provas para a condenação quanto na hipótese em que ainda não tenha transitado em julgado, não vincula o juízo cível no julgamento de ação civil reparatória acerca do mesmo fato. O art. 935 do CC consagra, de um lado, a independência entre a jurisdição cível e a penal; de outro, dispõe que não se pode mais questionar a existência do fato, ou sua autoria, quando a questão se encontrar decidida no juízo criminal. Dessa forma, tratou o legislador de estabelecer a

existência de uma autonomia relativa entre essas esferas. Essa relativização da independência de jurisdições se justifica em virtude de o direito penal incorporar exigência probatória mais rígida para a solução das questões submetidas a seus ditames, sobretudo em decorrência do princípio da presunção de inocência. O direito civil, por sua vez, parte de pressupostos diversos. Neste, autoriza-se que, com o reconhecimento de culpa, ainda que levíssima, possa-se conduzir à responsabilização do agente e, conseqüentemente, ao dever de indenizar. O juízo cível é, portanto, menos rigoroso do que o criminal no que concerne aos pressupostos da condenação, o que explica a possibilidade de haver decisões aparentemente conflitantes em ambas as esferas. Além disso, somente as questões decididas definitivamente no juízo criminal podem irradiar efeito vinculante no juízo cível. Nesse contexto, pode-se afirmar, conforme interpretação do art. 935 do CC, que a ação em que se discute a reparação civil somente estará prejudicada na hipótese de a sentença penal absolutória fundamentar-se, em definitivo, na inexistência do fato ou na negativa de autoria. Precedentes citados: AgRg nos EDcl no REsp 1.160.956-PA, Primeira Turma, DJe 7/5/2012, e REsp 879.734-RS, Sexta Turma, DJe 18/10/2010” (STJ, 2013).

Vale destacar, ainda, que o Artigo 63, do Código de Processo Penal, prevê a ação civil decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado, para a execução, no juízo cível, para fins de reparação do dano, dos bens do ofendido, seu representante legal ou dos seus herdeiros, nos termos do Artigo 935, do Código Civil, “a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal” (BRASIL, 2002). Frente a este cenário pontua-se a necessidade da compreensão dos elementos da Responsabilidade Civil, de modo que estejamos aptos a raciocinar juridicamente sobre a situação a morte do apenado, para verificarmos se é ou não um caso de responsabilização do Estado, conforme será observado na próxima seção.

2.3 A responsabilidade civil do estado, em caso de morte do preso, por suicídio

O terceiro objetivo de nosso estudo, vem pontuar a Responsabilidade Civil do Estado, em caso de morte do preso, por suicídio. Para tanto, essa seção inicia destacando um trecho dos estudos de Durkheim (1982) que caracteriza o suicídio como todo caso de morte, que tenha ocorrência direta ou indireta de um ato, negativo ou positivo, e este deve ter sido realizado pelo próprio indivíduo. De acordo com dados da OMS (2000), o suicídio está entre as três principais causas de morte de pessoas que têm de 15 a 44 anos de idade.

Ainda de acordo com a OMS, o ato suicida “[...] é todo o ato em que o indivíduo cause uma lesão a si mesmo, qualquer que seja o grau de intenção letal e conhecimento do verdadeiro móvel do ato”. Complementando a esse contexto, Cassorla (2014), coloca que a tentativa de suicídio pode ser considerada um ato com um resultado não fatal. Neste caso, um indivíduo inicia um

comportamento não habitual que, sem a intervenção de outros, poderá causar prejuízo para si próprio (p. 22).

Feijó (2018) expande o conceito de suicídio ao defini-lo como “morte de si mesmo” e ao incluir as condutas de risco que podem levar a esta morte. A palavra suicídio conteria, assim, vários significados e serviria para designar aspectos relacionados à motivação, à intencionalidade e à letalidade. Por esse viés, o suicídio se mostra como um problema complexo e diversos motivos podem levar alguém a cometê-lo. Normalmente, a pessoa tem necessidade de aliviar pressões externas como cobranças sociais, culpa, remorso, depressão, ansiedade, medo, fracasso, humilhação, entre outro. Atualmente é reconhecida a multicausalidade de fatores: o papel de fatores biológicos, psicológicos, sociais, ambientais e culturais.

Ter pensamentos suicidas uma vez ou outra não é anormal, faz parte da existência humana. Eles são parte do processo de desenvolvimento normal da passagem da infância para a adolescência e vida adulta, por exemplo, à medida que se lida com problemas existenciais e se está tentando compreender a vida, a morte e o significado da existência. Pensamentos suicidas se tornam anormais quando a realização desses pensamentos parece ser a única solução dos problemas para as pessoas. Temos então um sério risco de tentativa de suicídio ou suicídio (OMS. 2000).

Em complemento aos estudos de Feijó (2018), torna-se necessário pontuar alguns trechos do livro de Foucault (2013), onde o autor, coloca que “a forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, através de um trabalho preciso sobre seu corpo, criou a instituição-prisão, antes que a lei a definisse como a pena por excelência” (p. 195). “A prisão aparece como um “mecanismo natural” de defesa. A própria evolução da vida em sociedade, em que os indivíduos se agrupam e fixam tarefas entre si, acabou por dar forma a este sistema de reação contra comportamento “anti-natura” (p. 198). Frente a esse cenário Taborda, Chaulub e Abdalla-Filho (2014) destacam que “A ocorrência de suicídios em prisões representa um problema com sérias implicações sociais, legais e éticas” (p. 97).

Fortalecendo ao contexto supracitado, nosso estudo traz algumas informações do banco de dados da INFOPEN86 (2017), começando pelo levantamento do número de pessoas que se encontram privadas de liberdade no Brasil (Quadro 1).

Quadro 1. Pessoas privadas de liberdade no Brasil.

Brasil – junho 2017

86 Trata-se, sob critério de fonte oficial, do mais importante relatório sobre as realidades das prisões brasileiras, pois sistematiza informações sobre estabelecimentos penais e população prisional, constituindo-se em documento do principal órgão de gestão do Estado em relação à questão penitenciária no Brasil.

Total da população prisional	726.354
Sistema Penitenciário	706.619
Secretarias de Segurança e Carceragens	19.735
Total de Vagas	423.242
Déficit de Vagas	303.112
Taxa de Ocupação	171,62%
Taxa de Aprisionamento	349,78

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, junho /2017.

Conforme dados do quadro acima, observa-se que a população prisional brasileira, em junho de 2017 em 1.507 unidades prisionais cadastradas no INFOPEN. No período observado há 726.354 pessoas privadas de liberdade no Brasil, das quais 706.619 pessoas são mantidas em unidades administrados pelas Secretarias Estaduais. Há ainda as pessoas que são custodiadas em carceragens de delegacias de polícia ou outros espaços de custódia administrados pelos Governos Estaduais, totalizando 19.735 pessoas custodiadas nestes espaços. Em relação ao número total de vagas, é possível observamos um déficit total de 303.112 mil vagas, perfazendo uma taxa de ocupação de 171,62%.

Seguindo o intuito de responder ao objetivo dessa seção, em um segundo momento buscou-se informações sobre o controle da mortalidade dentro das unidades do sistema prisional, o Infopen conta com um bloco de questões que buscam atender a tais informações. Para fins de levantamento, os óbitos foram distribuídos entre as categorias de: a) Óbitos naturais (óbitos por motivos de saúde); b) Óbitos criminais; c) Óbitos por suicídios; d) Óbitos acidentais; e) Óbitos com causa desconhecida. Conforme podemos observar com o quadro abaixo (02), a maior parte dos óbitos se deu por causa natural (8,4), seguido de óbitos por causas criminais (4,8) e óbitos com causa desconhecida e suicídio, respectivamente 1,0 cada. Em sua totalidade, o Brasil apresenta uma taxa de 15,2 óbitos no sistema prisional para cada grupo de 10 mil pessoas presas.

Quadro 2. Taxas de mortalidade para cada 10 mil pessoas privadas de liberdade.

UF	Óbitos naturais	Óbitos criminais	Óbitos suicídios	Óbitos acidentais	Óbitos com causas desconhecidas	Total de óbitos
AC	0,0	23,1	0,0	0,0	0,0	23,1
AL	7,7	6,4	1,3	0,0	0,0	15,5
AM	11,2	70,5	0,0	0,0	0,0	81,7
AP	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
BA	8,9	1,2	1,8	0,0	1,8	13,7
CE	3,0	10,8	0,0	0,0	2,6	16,4
DF	8,2	1,3	0,6	0,0	5,7	15,7
ES	4,0	1,0	0,5	0,0	0,5	6,0
GO	5,2	12,2	0,9	0,0	1,4	19,8
MA	4,6	6,8	0,0	0,0	0,0	11,4
MG	4,8	2,2	1,7	0,1	0,7	9,5
MS	7,8	7,2	3,0	0,0	6,0	23,8
MT	6,5	3,3	1,6	0,8	0,0	12,2
PA	8,5	21,8	2,4	0,0	0,0	32,7

PB	4,1	4,1	0,8	0,8	0,0	9,9
PE	10,6	2,6	1,9	0,0	1,3	16,5
PI	4,6	9,2	0,0	0,0	0,0	13,7
PR	3,2	1,0	0,8	0,0	0,0	5,0
RJ	19,9	0,4	0,6	0,0	2,7	23,5
RN	5,4	33,5	4,3	0,0	0,0	43,2
RO	6,1	5,3	1,8	0,0	0,0	13,2
RR	0,0	139,0	0,0	0,0	0,0	139,0
SC	7,0	5,6	2,3	0,0	0,5	15,3
SE	30,7	0,0	0,0	0,0	0,0	30,7
SP	10,3	0,4	0,4	0,0	0,3	11,4
TO	2,3	9,2	0,0	0,0	0,0	11,4
Brasil	8,4	4,8	1,0	0,0	1,0	15,2

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, junho /2017.

De acordo com Almeida (2018),

Os relatórios do Infopen, não obstante tal relevância, já trazem as repercussões das fragilidades epistemológicas e metodológicas que destacamos. As informações são fornecidas pelas administrações dos próprios estabelecimentos prisionais, mediante preenchimento de formulários. A amplitude e a imprecisão das categorias dão margem

significativa à subjetividade na coleta dos dados e isso se reflete, sobretudo, na presença da categoria óbitos com causa desconhecida, através da qual os entes estatais acabam por reconhecer sua incompetência na tutela da vida dos prisioneiros. Nos relatórios os dados são apresentados como taxas de mortalidade para cada 10 mil presos. Neste formato, ainda que se possa fazer comparações numa perspectiva dos diferentes sistemas prisionais estaduais, tem-se armadilhas em relação ao estudo e compreensão longitudinal do fenômeno (p. 72).

Apesar de apresentar um número relativamente menor, com relação as outras causas da morte dentro do sistema carcerário brasileiro, seria passível pressupor que, por se tratar de um local regido pela disciplina e pelo controle, a prisão não permitisse a ocorrência de suicídios. A verdade, porém, é que a taxa de suicídios prisionais é superior à da população em geral. Alguns estudos feitos argumentam que isto seria devido à “uma maior morbidade da população reclusa” que, como já foi anunciado, está isolada da sociedade, inserida num meio degradante, com cuidados de saúde precários, e envolvida em comportamentos de risco (PINHO, GONÇALVES, MOTA, 2017).

Os suicídios em prisões apresentam uma dinâmica específica, salvo as situações em que o indivíduo é portador de uma patologia psicológica. Tradicionalmente, todo o sofrimento imposto pela condição de estar preso é o bastante para a decisão de terminar com a sua vida. Neste sentido, o risco do suicídio, pelas especiais circunstâncias, também é mais elevado entre a população carcerária (ALMEIDA, 2018, p. 75).

A complexidade da situação prisional brasileira requer, portanto, uma criteriosa análise que inclua tais contextos na elaboração de categorias potentes para a compreensão do fenômeno mortes sob custódia. Os conflitos que se desenvolvem nos ambientes carcerários não são compatíveis apenas com a noção de violência interpessoal. A violência coletiva, em especial política por privação ou negligência em relação aos direitos é uma chave analítica que deve ser explorada (BARROSO, 2020).

O Estado é responsável em relação àqueles que têm sob custódia. A Constituição Federal, em seu artigo 37, § 6º, faz referência aos princípios constitucionais que a Administração Pública de qualquer um dos poderes deverá obedecer. São eles: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. A responsabilidade civil do Estado é objetiva, impondo-lhe deveres e responsabilidades. Portanto, os prestadores de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa. O artigo 43 do Código Civil Brasileiro, em consonância com o texto constitucional, também apregoa a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público, em relação

aos atos de seus agentes, que, nessa qualidade, causem danos a terceiros (BRASIL, 2005).

Feijó (2018) comenta que os profissionais a quem incumbe o dever de cuidado, previsto no Art 13, § 2º, alínea "a", do Código Penal, responderão pelo próprio resultado danoso, nos casos em que a lei lhes impõe o dever de ação, já que têm a função de garantir o bem jurídico tutelado pela norma penal. Define-se, assim, o chamado crime comissivo por omissão, o qual surge quando o omitente devia e podia agir, para evitar o resultado. Com isso, cabe, então, ressaltar que o Direito Penal Brasileiro, é claro, tutela este bem.

Desta afirmação, portanto, resultam duas conclusões: 1) atentar contra a vida de outro é um ato ilícito; 2) atentar contra a própria vida também constitui um ilícito penal. Todavia, em nosso ordenamento jurídico adota a orientação de não incluir o suicídio como infração penal.

A esse respeito, Alves (2019) comenta que, embora o suicídio não possua uma definição no Código Penal, como conduta delituosa, não se pode dizer que se trata de um fato lícito. A oliceidade da ação suicida é manifesta, de modo que o Código Penal Brasileiro autoriza o emprego de violência, para impedir sua prática.

É o que se deduz do preceituado no art.146, & 3.II, quando o legislador, referindo-se ao crime de "constrangimento ilegal" (art.146, caput, do CP), declara que não caracteriza o crime de "constrangimento ilegal", quando a coação é exercida para impedir suicídio.

A razão da disposição ínsita no art.146 refere-se ao fato de que a vida é bem jurídica com um valor indispensável. Por essa linha de pensamento, explica-se o motivo de o Direito autorizar até mesmo o emprego de força física, para evitar o auto-extermínio da vida humana. m. Embora não diretamente punível, por motivos óbvios, na pessoa do suicida, o suicídio não deixa de ser um fato ilícito ou antijurídico, pois representa um mal social.

3 CONCLUSÃO

No Brasil existem várias leis resguardando os direitos dos apenados, porém na prática não são usadas de forma adequada como analogia pode-se citar a Lei de Execução Penal e a inserção dos direitos humanos na Constituição de 1988, nota-se que os problemas envolvendo sistema prisional brasileiro só aumentam causando rebeliões dentro dos presídios, a maioria dessas rebeliões tem como fato gerador a falta de gestão do Estado em garantir os direitos humanos dos apenados que se sentem revoltados com o sistema punitivo a que são submetidos, procura-se pressionar o estado para efetivação da legislação penal e da Constituição Federal/88, porém sem êxito já que o estado encontra-se falido e não tem saída a não rever o seus meios punitivos, que desde o início não foram considerados tão eficientes, já que no Brasil só existe justiça para pessoas de classe superior.

É notável que o sistema prisional não possa atender as deficiências existentes na atualidade, o próprio estado mostra-se incapaz ou até mesmo negligente em diagnosticar se algumas medidas, a realidade dos presos está relacionada ao pouco a se perder na sociedade acredita-se que a curto

prazo exista uma grande necessidade de criação de novos presídios como forma de prevenir a implantação das medidas de ressocialização efetiva a médio e longo prazo.

O Estado vive a negligenciar os direitos dos menos amparados. Se ao menos fosse possível à implantação de 50% das oficinas laborais dentro dos presídios, para se utilizar toda essa mão de obra que vive ociosa, e assim garantir um mínimo de dignidade a esses excluídos da sociedade, fazendo com que o trabalho fosse um meio para a ressocialização indivíduos corrompidos pela ingerência do Estado e de toda a sociedade.

Chega-se, pois, ao fim desse trabalho, que não pretende esgotar o assunto, com a visão de que o suicídio do apenado é um processo que envolve o respeito aos direitos humanos, a consecução de políticas públicas pelo Estado e a participação real da sociedade na concretização final para se evitar esse processo. A falta de qualquer um desses componentes irá comprometer o alcance harmonioso dessa meta

4 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, B.R. **A normalidade do desumano**: a banalidade do mal no sistema penitenciário brasileiro. *Derecho y Cambio Social*, 41, pp. 1-16, 2018.

ASSIS, Rafael Damaceno de. **A realidade atual do sistema penitenciário Brasileiro**. Brasília: Revista CEJ 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2020. In: LUIS ROBERTO BARROSO. Sítio oficial do autor.

BETIOLI, A. B. **Introdução ao Direito**: Lições de propedêutica jurídica tridimensional. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Lei de Execução Penal Nº 7.210/1.984**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10.01.2022.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao>. Acesso em: 08.11.2021.

_____. **Código Civil, Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19.11.2021.

CASSORLA, R. M. S. **Suicídio e autodestruição humana**. In: WERLANG, B.G; BOTEGA, N. J. Comportamento suicida. Porto Alegre: ARTMED, 2014.

DEPEN - Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: Infopen. Atualização junho de 2017. Brasília: Ministério da Justiça.

DURKHEIM, D. É. **O suicídio: estudo sociológico**. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

ENGBRUCH, Werner; SANTIS, Bruno Moraes di. **A evolução histórica do sistema prisional e a penitenciária do Estado de São Paulo**. Disponível em: <<http://www.revistaliberdades.org.br>>. Acesso em: 10.01.2022.

FEIJÓ, M. **Suicídio: entre a razão e a loucura**. São Paulo: Lemos, 2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhe. 41 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

FONSECA, Paloma Siqueira. **De escravo a galé a servidão penal no período Joanino**. Brasília: UnB, 2017. Disponível em: <<http://historiacolonial.arquivonacional.gov.br>>. Acesso em: 12.01.2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GUEDES, Néviton. **Por que a sociedade deve respeitar a dignidade da pessoa humana do criminoso?** 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 08.01.2022.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**. In: Sarlet, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

MOTTA, Manuel Barros da. **Crítica a razão punitiva: o nascimento da prisão no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 12.01.2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE: World health Organization – Banco de dados- **Relatório sobre suicídio, 2000 e 2001**. Disponível em: <<http://www.who.int.word/>>. Acesso em: 22.03.2022.

PINHO, M. C.; GONÇALVES, R. A.; MOTA, V. **A propósito de 4 ou 5 suicídios em homicidas detidos**. Revista Psiquiátrica F. M. P. III, Série (XIX), p. 40, 1-2 jan./jun. 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial**. 1.164.236-MG, Terceira Turma, Brasília, DF, julgado em 14 de novembro de 2013.

TABORDA, J. G.V., CHALUB, M., ABDALLA-FILHO, E. **Psiquiatria Forense**. Porto Alegre: Artmed, 2014.

VASCONCELOS, C. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TEIXEIRA, F. **Direito Civil: introdução**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL: UM ESTUDO SOBRE O IPVA ECOLÓGICO

JULIANA CORRÊA: Bacharelanda do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS em Palmas/TO. Bacharel e Licenciada em Ciências Biológicas pela Universidade do Estado de Mato Grosso. Funcionária pública do estado do Tocantins.

FERNANDA MATOS FERNANDES DE OLIVEIRA JURUBEBA⁸⁷

(coautora)

RESUMO: Um dos grandes problemas enfrentados pela sociedade atual ainda é associar desenvolvimento e qualidade ambiental. Buscando essa finalidade, o poder público conta com algumas possibilidades de tornar a preocupação com o meio ambiente mais corriqueira para o cidadão. Este estudo foi elaborado visando pesquisar as possibilidades de aplicação de tributos vinculados à preservação do meio ambiente, notadamente através da concessão de benefícios aos proprietários de veículos automotores, de acordo com a poluição emitida por este. No presente trabalho, inicialmente foi abordada a origem histórica dos tributos no Brasil, destacando-se em seguida os tributos aplicáveis aos veículos (o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores), a possibilidade de utilizá-lo de forma diferenciada considerando algumas características do veículo e sua previsão legal no Brasil. Conclui-se que embora alguns Estados tenham avançado na preservação do meio ambiente com a utilização de alíquotas diferenciadas para os veículos, ainda há de ser considerados e corrigidos pontos na questão da aplicação do IPVA. O método de abordagem utilizado foi o indutivo e o método de procedimento utilizado foram o histórico e o comparativo.

Palavras-chave: Tributos. IPVA. Meio Ambiente. Preservação. Veículos.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Lineamentos do Poder de tributar do Estado e sua retrospectiva histórica. 2.1 O poder de tributar e a legalidade dos atos de tributar. 2.2 Limitações ao poder de tributar do Estado. 2.3 Principais espécies tributárias. 2.3.1 Os Impostos. 3 Tributação e Meio Ambiente. 3.1 A Tributação Ambiental: Os Impostos Verdes. 3.2 O meio ambiente e sua conservação à luz da Constituição Federal. 3.3 Extrafiscalidade tributária. 3.3.1 Tributos extrafiscais na proteção do meio ambiente. 4 O Ipva Ecológico. 4.1 Contornos do IPVA. 4.2 IPVA verde ou IPVA ecológico e

⁸⁷ Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Mestra em Direito pela Universidade Estadual do Amazonas – UEA. Professora de Direito Tributário da Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS em Palmas/TO. Assessora Jurídica de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins – TJTO.

a sua previsão nos Estados Brasileiros. 4.3 Vantagens do IPVA ecológico para o contribuinte, para o Estado e para o meio ambiente. 5 Considerações Finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A qualidade ambiental tem sido objeto de discussão mundial nos últimos anos, uma vez que já é mais que comprovado que, sem um meio ambiente saudável e de qualidade, a vida está fadada a se extinguir com o passar dos anos. Com cada vez mais destaque, as discussões sobre o meio ambiente saudável e a preocupação para efetivamente proteger a vida na sua totalidade, cidadãos têm mudado sua postura e seus comportamentos, inclusive, cobrando órgãos públicos para o cumprimento efetivo de normas e procedimentos que são previstos legalmente para a preservação e conservação ambiental.

Nessa vertente, o problema a ser verificado é relacionado às aplicações, pelos entes federativos, de impostos que podem ter cunho ambiental, nesse caso, mais especificamente, o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), e como esse pode ser importante para incentivar determinadas condutas consideradas mais benéficas para o meio ambiente, seja por meio da isenção ou desconto do imposto aplicado sobre os veículos.

O Brasil, por sua alta carga tributária, acaba fazendo com que seus contribuintes busquem formas de se desonerar ou pelo menos amenizar essa obrigação. Assim, conhecer os Estados que incentivam e buscam formas de favorecer proprietários de veículos automotores acaba possibilitando uma melhor relação entre contribuinte e Estado.

O método de abordagem utilizado foi o indutivo e os métodos de procedimento utilizados foram o histórico e o comparativo, com levantamento bibliográfico e de legislação, com o intuito de embasar a discussão com qualidade e profundidade.

Para tanto, o vertente estudo se dividiu em 3 capítulos. No primeiro capítulo, o intuito é o de dar uma retrospectiva histórica ao poder de tributar do Estado, destacando assim, sua legalidade, as limitações quanto à tributação, trazendo, também, as principais espécies tributárias brasileiras, com ênfase nos impostos. No segundo capítulo, a associação do tema tributário ao meio ambiente, analisando características constitucionais e a extrafiscalidade tributária, se dá com uma perquirição referente aos denominados impostos verdes. Fechando os capítulos, dá-se ênfase ao IPVA ecológico, trazendo sua previsão de aplicabilidade nos Estados brasileiros, e as vantagens e desvantagens de seu emprego.

2 LINEAMENTOS DO PODER DE TRIBUTAR DO ESTADO E SUA RETROSPECTIVA HISTÓRICA

A tributação acompanha a história brasileira e, pode-se dizer que seu começo, como destaca Felício, Mendonça e Velten (2020), data por volta de 1530, quando a coroa portuguesa criou o cargo de cobrador de rendas, para cobrar a "vintena" (20%) dos comerciantes de pau-brasil. Posteriormente, uma carta foral estendia a cobrança sobre escravos e outros produtos comercializados na época, aumentando, assim, a carga tributária do povo e a arrecadação da coroa portuguesa. Outro ponto de destaque trazido pelos autores era a "derrama", que visava garantir a

Real Fazenda portuguesa 100 arrobas anuais do ouro proveniente da mineração, e, caso esse montante não fosse atendido, o débito deveria ser cobrado dos cidadãos.

Com o retorno em 1820 da família real para Portugal, o Brasil encontrou-se num período de penúria financeira, uma vez que os impostos cobrados aqui eram enviados para o país lusitano, e essa divisão dos valores arrecadados fizeram com que o então príncipe regente do Brasil tivesse problemas de organização orçamentária, uma vez que, com a carga dos tributos muito alta, e havendo a necessidade de repassar valores para a coroa, o Brasil acabou tendo dificuldades financeiras para seu desenvolvimento. Diante desse cenário, uma das saídas foi proclamar a independência do Brasil, em 1822. Com ela, foi elaborada a primeira Constituição, em 1824, “iniciando-se assim, a partir da influência dos liberais, o processo de descentralização do Estado” (FELÍCIO; MENDONÇA; VELTEN, 2020). A Constituição Imperial, como foi chamada, previa uma forma unitária e monárquica de governo, mas trouxe a distribuição do poder régio em executivo, legislativo, judicial e moderador (reservado ao Rei). Estabeleceu também, segundo destaca Felício, Mendonça e Velten (2020, online), o

regime de separação de fontes tributárias, segundo a competência da união, dos Estados e municípios, e, a partir de 1831, foram criadas as tesourarias provinciais, descentralizando a cobrança e permitindo que as províncias, inclusive, criassem seus próprios impostos, distintos daqueles do Estado Central.

Em 1891 houve a promulgação da Constituição Republicana, com objetivos como o de organizar um regime livre das cobranças tributárias de Portugal e o de extinguir o poder moderador, mantendo, assim, a tripartite dos poderes políticos em Executivo, Legislativo e Judiciário. A partir daí foi instituída também a competência da União e dos Estados para a criação dos tributos (somente esses entes tinham previsão de competência) e o princípio da legalidade, obrigando a instituição de tributos somente por meio de lei.

Dando um salto até meados da década de 30, com o Governo de Getúlio Vargas, tem-se a Constituição de 1934, que trouxe avanços importantes em vários setores, além da proibição da bitributação, e estabeleceu União, Estados e municípios para a cobrança de tributos. Em 1946, com a promulgação de uma nova Constituição, e segundo Felício, Mendonça e Velten (2020), sendo esta considerada mais democrática, no campo tributário foram instituídos dois dos princípios limitadores do poder de tributar: o princípio da anualidade e o princípio da capacidade contributiva, além de trazer a proibição da cobrança de tributos de maneira não uniforme no território Nacional.

Em 1966 houve a edição da Lei n. 5.172, que ficaria conhecida como Código Tributário Nacional (CTN). Felício, Mendonça e Velten (2020, online) destacam que

[...] as Constituições brasileiras discutiam em torno do domínio do poder econômico nas mãos do poder central. A política, as disputas pelo poder se deram em torno do controle do orçamento estatal, da arrecadação estatal de tributos. Do antagonismo entre as forças

ditatoriais e as republicanas surgiu o Código tributário Nacional como norte que, recepcionado como norma complementar, resiste ainda atualmente.

Com a promulgação da Constituição de 1967, houve a previsão da exigência de Lei Complementar para regular as questões tributárias. E, chegando ao texto da Constituição de 1988, vigente até os tempos atuais, houve a absorção dos princípios construídos nas constituições anteriores e consagrados no Código Tributário, incorporando-os em seu texto, tornando-se, assim uma norma fundamental para o estudo do Direito Tributário e entendimento efetivo do Sistema Tributário.

2.1 O poder de tributar e a legalidade dos atos de tributar

A Constituição de 1988 é particularmente detalhada em matéria tributária. Tem-se em seu texto capítulos e previsões específicas sobre o tema, sendo estas encontradas no Título VI – Da Tributação e do Orçamento, abrangendo os artigos 145 a 169 da Lei Maior. Tem-se na Carta Magna além das definições que complementam o Código Tributário, as principais disposições que hoje servem de base para defesa do contribuinte (CORREIA NETO, 2017).

Base desse tópico, o poder de tributar encontra legalidade no artigo 145 da Constituição, que traz:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I- impostos;

II- taxas, em razão do exercício poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III- contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas [...] (BRASIL, 1988, online).

Complementares ao citado artigo, tem-se ainda o art. 148. “A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios [...]” e art. 149. “Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, [...]” (BRASIL, 1988, online). Ou seja, o texto constitucional prevê o que pode ou não ser instituído, e, principalmente, por qual ente federativo. Assim, se não houver legalidade no ato, não há que se falar em tributo legal. Insta salientar também a necessidade de Lei Complementar para que este seja instaurado, como será mais para frente discorrido.

Além de todos os pontos referentes a quem cabe o poder de tributar, na análise dos textos constitucionais e tributários, observa-se a aplicação e observância de princípios fundamentais para a efetividade dos tributos. Dentre eles, o princípio da legalidade. Este exige um fundamento legal, como aponta seu nome, para qualquer prescrição normativa, por meio do qual seja determinável

o comportamento devido. Dessa forma, qualquer ato estatal deve, obrigatoriamente, ser permitido pelo Direito por expressa disposição legal, e exige que qualquer comando normativo tenha um conteúdo previamente determinável em lei.

Ávila (2012) afirma que o CTN, norma que regula pormenorizadamente a matéria tributária, mantém estreita relação com a Constituição, em especial com os princípios formais e materiais fundamentais, independentemente destes estarem expressa ou implicitamente previstos, e com os direitos fundamentais. O autor diz ainda que, a influência dos direitos fundamentais sobre o Sistema Tributário, ou a expressa abertura do Sistema Tributário por meio do artigo 150, no trecho “sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte” são exemplos de que

[...] o Sistema Tributário não se confunde, quantitativa e qualitativamente, com o capítulo do Sistema Tributário Nacional: quantitativamente porque existem outras normas tributárias além daquelas que podem ser reconduzidas aos dispositivos contidos no capítulo do Sistema Tributário Nacional; qualitativamente porque as normas previstas no Sistema Tributário Nacional só ascendem a um significado normativo por meio de uma (horizontal) consideração das concatenações materiais decorrentes dos princípios e direitos fundamentais (ÁVILA, 2012, p. 22-23).

Ou seja, a aplicação conjunta nas interpretações da Constituição Federal e do CTN mostra a preocupação com a legalidade dos atos e com a observância dos direitos do homem, de forma que o direito tributário caminhe ao lado desses direitos de maneira efetiva e clara. Correia Neto (2017) indica em sua obra que há, pelo menos, três interfaces possíveis entre direitos fundamentais e tributos, considerando a aplicação da legislação tributária e a efetivação dos direitos envolvidos. São elas: (1) os direitos fundamentais como limitadores à cobrança de tributos e à edição de normas tributárias; (2) a tributação como fonte de recursos para custeio de políticas públicas voltadas à observância direitos fundamentais e (3) as normas tributárias como instrumentos extrafiscais de efetivação dos direitos fundamentais. Explica-se. A primeira interface se refere aos chamados direitos de primeira geração (ou dimensão), como o direito à liberdade e à propriedade, tomando, assim, estes como típicos direitos de defesa, e impondo limites negativos à atuação estatal. É o caso, por exemplo, da aplicação dos princípios da legalidade, da anterioridade e do não confisco, utilizados pelo contribuinte contra tributos indevidos, extemporâneos ou desproporcionais. A segunda interface enxerga nas normas tributárias fontes de custeio de medidas voltadas à efetivação de direitos fundamentais. Nesse contexto, tem-se a observação dos direitos de segunda geração, sendo esses os direitos sociais, econômicos e culturais, por exemplo. Estes demandam prestações por parte do Poder Público, e que são, em geral, bastante dispendiosas. Assim, para custeá-los, a própria Constituição estabeleceu tributos com destinação específica de arrecadação. A terceira interface é a que trata as próprias normas tributárias como instrumentos para efetivação dos direitos fundamentais de terceira geração, relacionados ao desenvolvimento e ao meio ambiente, por exemplo.

Dessa forma, pode-se observar que as normas tributárias e os tributos estão intrinsecamente relacionados aos direitos fundamentais, previstos e garantidos pela Lei maior. Vale dizer, com base no que foi tratado até agora, que “na atividade tributária, o Poder Público pode encontrar nos direitos fundamentais limites à sua ação, objetivos a serem perseguidos ou fundamentos para instituição do tributo” (CORREIA NETO, 2017, p. 19). Ávila (2012) menciona que essa junção entre o poder de tributar e a garantia dos direitos fundamentais é o motivo pelo qual o Direito Tributário não consiste apenas nos dispositivos que se referem à matéria. Compreende também todas as normas jurídicas que, direta ou indiretamente, protegem os direitos e bens jurídicos, cuja disponibilidade acaba sendo restringida pelo poder de tributar. O autor traz também em sua obra, com relação a esse poder de tributar, que “as leis tributárias são primordialmente leis interventivas, na medida em que restringem a liberdade e a propriedade do cidadão de modo direto ou indireto e independentemente da sua vontade” (ÁVILA, 2012, p. 5).

Mas, em suma, por meio da interpretação normativa, observa-se que a Constituição instituiu para os Poderes Legislativo e Executivo o que pode ser objeto de relação obrigacional tributária e o que pode ser objeto de fiscalização.

2.2 Limitações ao poder de tributar do Estado

As constituições brasileiras, de uma maneira geral, trouxeram em seus textos limitações ao poder de tributar, e “disposições destinadas a demarcar as fronteiras da competência para cobrar tributos e regular seu exercício” (CORREIA NETO, 2017, p. 2). Nessas limitações, compreendem-se as imunidades, que, segundo o mesmo autor, demarcam negativamente o espaço de competência impositiva, e os princípios, que orientam a forma, o momento e a intensidade de seu exercício. Com previsão nos artigos 150, 151 e 152 do texto constitucional, que trazem especificamente as limitações do poder de tributar, estabelecem-se ao ente estatal regras de competência, de princípios, de garantias e de direitos fundamentais. Ávila (2012, p. 72) assevera que

[...] as limitações instituem restrições ao poder estatal, mas, paradoxalmente, precisam do seu próprio reconhecimento e intermediação para serem realizadas. A efetividade das limitações, por exemplo, depende de procedimentos e de instrumentos normativos secundários que são estabelecidos pelo próprio Estado que se verá limitado por eles.

Assim, as limitações podem (e devem) determinar o exercício da atividade dos Poderes Legislativo e Judiciário. Segundo o mesmo autor, “as limitações ao poder de tributar são destinadas ao Poder Legislativo, e sua atividade é regulada, sobretudo, por meio de limitações negativas [...]” (ÁVILA, 2012, p. 10). E nesse caso, entende-se por limitações negativas o fato de que as normas funcionariam justamente como limite à intervenção tributária.

Ademais, a Constituição Federal traz a previsão em seu artigo 146, inciso II, de regulação das limitações constitucionais ao poder de tributar à Lei Complementar. Em resumo, esta apresenta fins de complementação de dispositivos constitucionais (nesse caso, tributários) e de atuação constitucional, além de dar embasamento a preceitos de eficácia limitada.

Tem-se, também, alguns princípios que estão intrinsecamente ligados à limitação do poder de tributar. A capacidade contributiva, prevista no artigo 145, § 1º da Constituição Federal, por exemplo, é limite ao poder estatal e é um princípio que deve ser cautelosamente observado. Schoueri (2021, p.146) faz uma consideração ao princípio acima citado, destacando que:

[...] reconhecendo serem os serviços gerais, não se podendo medir sua importância relativa para cada contribuinte, nem tampouco sendo possível medir quanto foi gasto em favor de cada contribuinte, a repartição se faz com base na riqueza. Daí o princípio da capacidade contributiva.

Pode-se dizer que este é um desdobramento do princípio da igualdade, aplicado no âmbito do Direito Tributário, com o intuito de buscar uma sociedade igualitária e menos injusta. Porém, encontra-se aí um entrave, uma vez que, impondo uma tributação mais pesada sobre aqueles que têm mais riqueza, conforme se elevam os tributos cobrados e aperfeiçoam-se os mecanismos de fiscalização, aumentam também a resistência do contribuinte e o desejo de exonerar-se, no todo ou em parte, da carga fiscal que sobre si recaia. A previsão no Direito Tributário do princípio da igualdade proíbe qualquer distinção em razão de ocupação ou função profissional, vedando o tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente. Assim, princípios como o da capacidade contributiva, do mínimo existencial, da proibição da retroatividade, da anterioridade, da progressividade, da seletividade e da não cumulatividade, foram descritos como consequências do princípio da igualdade.

2.3 Principais espécies tributárias

O CTN, em seu artigo 3º traz a definição de tributo como “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” (BRASIL, 1966, online).

Na linha do direito financeiro, Jardim (2020) traz, como complementariedade, a análise da Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui as Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, que, por meio do seu artigo 9º, também traz à palavra tributo a conotação de soma de dinheiro:

Tributo é a receita derivada, instituída pelas entidades de direito público, compreendendo os impostos, as taxas e as contribuições, nos termos da Constituição e das leis vigentes em matéria financeira, destinando-se o seu produto ao custeio de atividades gerais ou específicas exercidas por essas entidades (JARDIM, 2020, online).

Em regra, os tributos têm o objetivo fiscal de obter receitas para custear as despesas do Estado. A finalidade destes é o de conceder ao Estado a possibilidade de obter renda com o intuito

de atender sua finalidade. O artigo 4º do CTN dispõe que a natureza jurídica do tributo é determinada pelo fato gerador, sendo esse o evento que dá origem a obrigação tributária (BRASIL, 1966). Porém, é importante destacar que os tributos podem ou não estar vinculados a uma atividade e/ou contraprestação estatal. Ademais, o artigo 146, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal versa que: "Cabe à lei complementar: [...] III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: (a) definição de tributos [...]" (BRASIL, 1988, online).

O artigo 145 da Constituição Federal traz o rol taxativo dos tributos instituídos pelos entes com poder para tal, como se observa, *in verbis*:

A **União**, os **Estados**, o **Distrito Federal** e os **Municípios** poderão instituir os seguintes tributos:

I - **impostos**;

II - **taxas**, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III - **contribuição de melhoria**, decorrente de obras públicas (BRASIL, 1988, online, grifo nosso).

Segundo Schoueri (2021), uma leitura mais superficial do artigo 145 da Constituição poderia levar a crer que apenas aqueles seriam os tributos existentes no Brasil. No entanto, deve-se considerar a previsão dos empréstimos compulsórios, no artigo 148, com competência única e exclusiva da União e exigindo Lei Complementar para sua instituição; e das contribuições sociais, previstas no artigo 149, que podem ser instituídas por Estados, Distrito Federal e Municípios, desde que voltadas para o custeio do regime previdenciário destes entes (SCHOUERI, 2021). Nessa mesma vertente, Jardim (2020, online) analisa o assunto trazendo que o CTN, mais especificamente em seu artigo 5º, classifica o tributo em três modalidades, sendo essas os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria.

2.3.1 Os Impostos

É de suma relevância o entendimento e a definição do que se entende por imposto. Imposto, de uma maneira resumida, e de acordo com o artigo 16 do CTN, é o tributo que tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica relativa ao contribuinte, ou seja, para sua aplicação, não há obrigatoriedade de qualquer atividade do Estado para com o cidadão (BRASIL, 1966). Numa comparação com as demais espécies de tributos, Schoueri (2021) traz que os impostos são aqueles tributos que existem independentemente de qualquer atuação estatal. A divisão da competência dos impostos é prevista pela Constituição em seus artigos 153 a 156. Ademais, há a vedação de cobrança de impostos diversos dos previstos, salvo à União, que detém a competência residual, e não há admissão de que determinado ente cobre imposto da competência de outro, ainda que esta não esteja sendo exercida pelo titular.

Os impostos, em regra, podem ser instituídos ou aumentados por lei, como traz o artigo 97 do Código Tributário, sendo que estes entram em vigor no primeiro dia do exercício seguinte àquele que ocorra a sua publicação, como versa o artigo 104 do mesmo dispositivo. Tem-se assim a observância da legalidade tributária, previsto nos artigos 150, inciso I, da Constituição Federal e 97 do CTN. De maneira geral, essa espécie tributária serve para atender às necessidades gerais, como dito por Schoueri (2021, p. 153), em que, o recurso arrecadado serve, em princípio, para cobrir as despesas do ente tributante, embora possa ser dada prioridade a algumas despesas gerais. Como traz o autor,

[...] existe uma justificativa (uma causa) para que se cobrem os impostos: a necessidade financeira do Estado, cuja responsabilidade não pode ser imputada a um contribuinte, ou a um grupo de contribuintes. Daí, pois, toda a coletividade ser chamada a contribuir para aquelas despesas gerais.

Seguindo esse raciocínio e acompanhando a linha de pensamento de Schoueri (2021, p. 196),

[...] se no caso das taxas e contribuições de melhoria identificavam-se contribuintes a quem se podiam imputar, individualmente, determinados gastos estatais, uma série de gastos do governo não se imputa a um ou outro contribuinte, mas a toda a coletividade.

Ou seja, entender a carga tributária que envolve o cotidiano e produtos de consumo faz com que se tenha um pouco mais de clareza sobre o que é devido, o que é recebido em contrapartida estatal, o que é de direito do contribuinte e do ente tributante e o que é dever de cada um, fazendo com que, de maneira geral, não haja sentimento de lesão ou injustiça com relação aos tributos instituídos no Brasil. A propósito, o Brasil é um país com alta carga tributária, e que na maior parte, é desigual para a população, e, compreender a aplicação dos tributos, apesar de não tornar menos oneroso ou pesado o seu cumprimento, pelo menos traz a segurança de que se está pagando pelo que está realmente sendo ofertado e cobrando aquilo que deveria estar sendo.

3 TRIBUTAÇÃO E MEIO AMBIENTE

O progresso econômico, ao longo da história, foi alavancado com base na ideia de que, para crescer, era necessário destruir, e com isso, [...] “percebeu-se as consequências dessa forma de desenvolvimento ausente de preocupações ambientais, e que representa um risco do ponto de vista ambiental, social e econômico” (GUIMARÃES, 2012, online). Destaca Benaion (2020) que, com o crescimento industrial, ignorou-se qualquer ideia de que o desenvolvimento econômico deveria estar ligado a práticas eficazes de proteção da natureza, desrespeitando os limites de interação com o meio ambiente.

E pensando no desenvolvimento e nas possíveis consequências trazidas pela não observação e cuidado com o ambiente, Guimarães (2012, online) cita que há “[...] necessidade de o

desenvolvimento econômico caminhar de mãos dadas com a preservação do meio ambiente e do uso racional de seus recursos”, objetivando, além da preservação de riquezas e bens naturais, a qualidade de vida do ser humano. Silva citado por Benaion (2020, p. 19) traz que “na expressão *qualidade de vida*, vem-se sintetizado dois objetos de tutela: um *imediate*, que é a qualidade do meio ambiente; e outro *mediate*, que é a saúde, o bem-estar e a segurança da população”. Silva em Benaion (2020, p. 88) destaca também que a preservação do meio ambiente não priva o ser humano de explorar os recursos ambientais, uma vez que tal ato, por vezes, tem como finalidade melhorar a qualidade de vida; mas, “não pode ele, mediante tal exploração, desqualificar o meio ambiente de seus elementos essenciais, porque isso importaria desequilibrá-lo e, no futuro, implicaria seu esgotamento”.

Considerando que o desenvolvimento econômico da sociedade precisa estar alinhado com a preservação do meio ambiente, Sebastião (2006) afirma que a preservação dos recursos naturais, considerando estes como bens esgotáveis no decurso do tempo, faz-se urgente, já que, nesse assunto, medidas posteriores de reparação muitas vezes podem não alcançar resultados ideais. Como em alusão bens que por vezes não podem ser recuperados na sua originalidade, essa preocupação precisa existir e precisa ser cada vez mais observada. Afinal, de nada adianta o desenvolvimento não propiciar um ambiente saudável para os seres vivos. Nessa linha de raciocínio, Benaion (2020) diz que a medida do desenvolvimento é a obtenção e o uso de suas fontes materiais de maneira adequada, a fim de que se possa tê-las em harmonia com as necessidades básicas da vida.

Para algumas situações, o Estado pode e deve coibir ou incentivar determinadas condutas, e isso pode se dar por meio de suas normas, por exemplo. Sebastião (2006) destaca que o Estado pode ter normas consideradas encorajadoras e desencorajadoras de determinadas condutas. Resumidamente, as normas desencorajadoras seriam aquelas que conteriam uma ameaça, visando, assim, a proteção de um bem, e estas se contrapõem às normas encorajadoras, que seriam as que apresentam uma promessa, com o objetivo de incentivar mudanças necessárias à sociedade, caracterizadas pelo cumprimento da lei em troca de um prêmio, de um benefício. Isenções ou reduções tributárias, por exemplo, seriam uma forma de induzir o indivíduo a adotar comportamentos vantajosos para a coletividade e desejados pelo Estado. O autor define, dentro dessa seara, o “Direito Premial”, que seria o Direito em sua função promocional, determinando ser este método valioso nas mãos do Estado, com vistas à indução do comportamento dos administrandos, atuando no plano psicológico, encorajando-os a com ele colaborarem na execução das políticas públicas (SEBASTIÃO, 2006). Considerando a mesma linha temática, Guimarães (2012, online) discute a sanção positiva ou premial como um “estímulo para a prática de atos considerados socialmente úteis, em detrimento da repreensão aos atos vistos e determinados como socialmente nocivos”. A adoção de medidas efetivas de proteção ambiental objetiva incrementar sistemas preventivos, visando evitar a ocorrência de danos ambientais. E, como Guimarães (2012, online) traz, entre essas medidas encontram-se as “econômicas, tributárias e regulamentadoras, capazes de desenvolver a estruturação de políticas de proteção ambiental” [...] buscando incentivar “atividades não poluentes, subsidiando-as e financiando-as em detrimento e à custa das poluidoras”.

3.1 A Tributação Ambiental: Os Impostos Verdes

Como nos últimos tempos muito se tem discutido sobre a questão ambiental, observa-se também que o Estado tem, de alguma forma, buscado acompanhar essa temática. Hoje, já há termos como *Green taxes*, tributação ambiental, imposto verde, que, apesar de ainda não disseminados e aplicados na totalidade, já vêm se apropriando por alguns entes federativos do Brasil.

Relacionando Direito Tributário e meio ambiente, a tributação ambiental dá-se não apenas pela via dos “tributos ambientais, mas também pela adoção de instrumentos promotores de comportamentos positivos dos contribuintes” (GUIMARÃES, 2012, online).

Essas políticas de tributação ambiental poderão comportar, por exemplo,

[...] a utilização de incentivos fiscais que visem à desoneração da produção pela via da adoção de mecanismos limpos e a instituição de tributos, cujo objetivo seria o desestímulo da poluição ou a instituição de tributo sobre atividades agressoras ao meio ambiente (GUIMARÃES, 2012, online).

Segundo Montero, trazido por Sarlet, Machado e Fensterseifer (2015, p. 181) os tributos ambientais, ou “ecotributos” podem ser considerados instrumentos para harmonizar interesses econômicos e objetivos ambientais com eficiência e eficácia, permitindo, assim, a “internalização dos custos socioambientais de origem antrópica”.

Amaral citado por Carli (2015, online), argumenta que:

O tributo verde tem [...] papel reorientador da atividade empresarial e popular (não se deve esquecer a ingente necessidade de modificação das práticas individuais, visando à proteção do meio ambiente), sem que se possa criticá-lo por forçado, artificial. Tais tributos não criam uma variante que distorce a melhor decisão econômica, e a correspectiva liberdade, mas pelo contrário, a fazem brotar com dados reais, pois o custo ambiental é real. Não se trata de tributar, mas de tributar racionalmente, mostrando a lógica e a coerência do sistema com os valores sociais (e constitucionalmente) eleitos.

O autor acima citado destaca o texto constitucional previsto no artigo 23, VI, que versa ser obrigação da União, dos Estados e dos municípios a proteção ao meio ambiente e o combate à poluição, em qualquer de suas formas. Nesse cenário, o direito tributário ambiental poderia recomendar o

[...] esverdeamento de todo o sistema tributário nacional a partir do estabelecimento da extrafiscalidade dirigida a esses objetivos, com base nas competências materiais para o estabelecimento de

políticas públicas e da competência para instituir tributos (CARLI, 2015, online).

Nessa vertente, e como destacar-se-á adiante, observa-se o uso do tributo com caráter extrafiscal como forma de mudar, coibir ou incentivar ações humanas em relação à determinada situação fática (CARLI, 2015). Ou seja, cada vez mais os Estados têm buscado utilizar os tributos como forma de incentivar, de alguma forma, a preservação da qualidade ambiental.

3.2 O meio ambiente e sua conservação à luz da Constituição Federal

Mesmo o Brasil sendo um território com abundância em fauna, flora e recursos hídricos, a preocupação com esses bens não vem de longa data no ordenamento pátrio. Durante décadas, a exploração dos recursos naturais se deu de maneira desordenada e sem qualquer tipo de planejamento, e esses efeitos destacaram para o homem a necessidade da preservação do meio ambiente para a conservação de toda e qualquer vida.

Em termos legislativos, alguns autores, destacando aqui Sarlet, Machado e Fensterseifer (2015), citam a década de 80 como de extrema importância para o meio ambiente. Isso porque, nessa época, passou-se a proteger o ambiente de maneira integral, ou seja, como sistema ecológico integrado e com autonomia valorativa. Com isso surgia, cada vez mais, a necessidade de leis e normas que, além de definir, estabelecessem os agentes envolvidos para essa preservação. A Lei n. 6.938/81, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente, é considerada um marco no tema, uma vez que, a partir daí, tem-se o início da proteção ambiental, com o estabelecimento de princípios, objetivos e instrumentos fundamentais para essa finalidade. Esse pontapé inicial mostrou a importância do assunto, e, a partir disso, tem-se a questão ambiental protegida por Lei.

A primeira referência constitucional à proteção ambiental, como traz Juras (2010), ocorreu na Constituição Federal de 1988. Nas Constituições anteriores, como destaca o autor, o meio ambiente não era objeto de proteção, além de não haver nenhuma referência expressa ao meio ambiente como bem de tutela constitucional. Mais especificamente previsto no artigo 225 da Carta Magna vigente, a proteção e demais aspectos ambientais explicita a necessidade de defesa do meio ambiente, bem como da promoção do desenvolvimento sustentável (GUIMARÃES, 2012). Com isso, a ecologia e a proteção ambiental passaram a ocupar um lugar de destaque no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro (SARLET; MACHADO; FENSTERSEIFER, 2015).

Benaion (2020, p. 42) considera a Constituição de 1988 um “marco na evolução constitucional da proteção ambiental” no Brasil, uma vez que essa proteção visa tutelar a qualidade do meio ambiente além de considerar, de uma forma geral, o aumento da qualidade de vida, trazendo tal previsão como “uma forma de direito fundamental da pessoa humana”. Segundo o mesmo autor,

[...] o artigo 225 da CRFB/88, inspirado nos princípios primeiro e segundo da Declaração do Meio Ambiente, estabelece ao homem o direito do meio ambiente ecologicamente equilibrado, para esta e futuras gerações, assim como em seu artigo 170, influenciado pelo princípio oitavo da declaração do Meio Ambiente que o

desenvolvimento econômico e a proteção ambiental devem coexistir (BENAION, 2020, p. 42-43).

A Constituição Federal, no que é destinado ao meio ambiente, disciplina regras e princípios que deverão ser obedecidos por todos, não limitando esses apenas por quem explora a natureza ou para quem pratique atividades potencialmente prejudiciais à natureza, além de estabelecer que um meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental e de interesse público. Sarlet, Machado e Fensterseifer (2015, p. 189) destacam que

[...] o caput do artigo 225 da CF/88 traz a consagração normativa de um dever geral de proteção ambiental do Estado, o qual, por sua vez, é exemplificado pelas medidas protetivas dispostas nos parágrafos do dispositivo em questão, notadamente no seu § 1º, o qual, inclusive, deve estar em sintonia com as competências executivas trazidas pelo artigo 23, III, VI e VII, da CF/88.

A inserção da proteção ambiental na Constituição, como versa Benjamin (2015, online) legitima e facilita a “intervenção estatal, legislativa ou não, em favor da manutenção e recuperação dos processos ecológicos essenciais”. Dessa forma, a “constitucionalização” dessa proteção é acompanhada por uma maior segurança normativa, “seja porque os direitos e garantias individuais são considerados norma pétrea”, seja também pela previsão rigorosa para emendas constitucionais, que faz com que questões tratadas no texto constitucional não consigam ser facilmente alteradas (BENJAMIN, 2015, online).

Em linhas gerais, Estados e municípios devem respeitar o padrão normativo estabelecido na norma geral e tomar tal como “*piso legal protetivo mínimo*, de tal modo que apenas estaria autorizado a atuar para além de tal referencial normativo, não aquém” (SARLET; MACHADO; FENSTERSEIFER, 2015, p. 192).

O fato de se atribuir ao Estado deveres de proteção ambiental, além da regulação da atividade econômica, podendo prever a repressão a práticas que potencialmente acarretem em danos e, por outro, estimular práticas econômicas “amigas do ambiente”, a utilização dos “mecanismos tributários para promover a proteção ecológica é fundamental para a efetividade da legislação ambiental, especialmente pelo prisma dos deveres de proteção do Estado” (SARLET; MACHADO; FENSTERSEIFER, 2015, p. 198). Com base no dito até então, pode-se considerar a ação humana inconstitucional quando resultar no rompimento do equilíbrio da relação entre o ser e o meio (BENAION, 2020). Destaca-se, assim, a necessidade de observar a proteção ao meio ambiente, principalmente com relação ao desenvolvimento da sociedade.

3.3 Extrafiscalidade tributária

Objetivando mudanças de todos os agentes envolvidos, a Carta Magna de 88 trouxe, como Carvalho (2019, online) destaca, a “proposta de uma nova atitude do Estado, mais intervencionista na esfera econômica e, também, mais distante do modelo liberal clássico”. Emerge, assim, a

importância do direito tributário e da extrafiscalidade como instrumentos para a concretização das diretrizes constitucionais.

Para atingir esses fins, a tributação é considerada um instrumento importante, uma vez que é a partir dela que “o Estado provoca alterações no *status quo*, induzindo comportamentos que entenda mais adequados” (CARVALHO, 2019, online), bem como incentivar o comportamento dos agentes econômicos no sentido de adotarem práticas “‘amigas’ do ambiente por meio de incentivos fiscais e tributos que tenham finalidade extrafiscal com o propósito de incentivar a proteção ecológica” (SARLET; MACHADO; E FENSTERSEIFER, 2015, p. 245).

Sarlet, Machado e Fensterseifer (2015) trazem a tributação ambiental vinculada a finalidades específicas e essenciais, sendo elas, a finalidade fiscal, com o objetivo de obter receitas que serão aplicadas em ações que promovam a defesa do ambiente, e a finalidade extrafiscal, com o objetivo de induzir comportamentos ambientalmente desejáveis ou menos prejudiciais ao ambiente. “Fazem-se presentes, então, duas categorias: a da conservação e da mudança” (SEBASTIÃO, 2006, online).

A extrafiscalidade em matéria ambiental visa o estímulo de comportamentos não poluidores e ao desestímulo às práticas poluidoras, como define Guimarães (2012, online). Dessa forma, os tributos extrafiscais servem como instrumentos de “política social e econômica, com o fito de levar a cabo diferentes fins constitucionais, como a proteção ao meio ambiente” (GUIMARÃES, 2012, online).

A extrafiscalidade, destarte, se caracterizará pela utilização de fórmulas jurídico-tributárias que visem ao alcance da proteção ambiental que irá se sobrepôr sobre a finalidade simplesmente arrecadatória para abastecimento dos cofres públicos. Por conseguinte, o legislador, ao elaborar suas pretensões ambientais, pela via dos tributos, deverá se ater, de modo completo, aos limites da competência tributária. Logo, a proteção ambiental não tem poder para instituir regime tributário excepcional, porquanto os instrumentos jurídicos utilizados serão inalteravelmente os mesmos, modificando-os apenas no andamento do seu exercício para proteção ambiental (GUIMARÃES, 2012, online).

Segundo Carrazza citado por Ribeiro (2017, online) a extrafiscalidade caracteriza-se quando o “legislador, em nome do interesse coletivo, aumenta ou diminui as alíquotas e/ou as bases de cálculo dos tributos, com o objetivo principal de induzir contribuintes a fazer ou deixar de fazer alguma coisa”. Por sua vez, destaca Ataliba *apud* Ribeiro (2017, online) que esta se configura pelo “emprego deliberado do instrumento tributário para finalidades não financeiras, mas regulatórias de comportamentos sociais, em matéria econômica, social e política”. Falcão *apud* Ribeiro (2017, online) aponta que a extrafiscalidade é a “atividade financeira que o Estado exercita sem o fim precípua de obter recursos para o seu erário, para o fisco, mas sim com vistas a ordenar ou reordenar a economia e as relações sociais”.

Dentro dessa vertente, pode-se concluir que a *extrafiscalidade* diferencia-se da *fiscalidade*, como versa Carli (2015, online) na medida em que “seu objetivo primeiro não é arrecadatório”, e sim o de buscar alteração nos cenários econômicos e sociais por meio dos tributos, coibindo ou incentivando determinadas condutas através destes. O mesmo autor define ainda que

[...] a extrafiscalidade ambiental legítima é aquela estabelecida pela lei que identifique como fato gerador um signo presuntivo de riqueza, mas cujo elemento quantitativo seja informado por critérios relativos à proteção ao meio ambiente que, em um juízo de ponderação com a capacidade contributiva, acabem por prevalecer à luz do princípio da proporcionalidade (CARLI, 2015, online).

Nesse sentido, pode ser considerada um dos principais instrumentos colocados à disposição do poder público para intervenção na economia e na vida social. E, ao analisar a questão tributária, observa-se que alguns setores movimentam mais recursos do que outros. Com base nisso, o foco deste trabalho é uma análise com relação ao setor automotivo, que é um dos setores que afetam, diretamente, a qualidade ambiental. E é a partir da utilização da extrafiscalidade que o poder público tem tentado “estimular o desenvolvimento do setor automotivo, mais especificamente por meio da concessão de desonerações tributárias, com ou sem a exigência de contrapartidas para os contribuintes” (CARVALHO, 2019, online). Ou seja, além de todo aparato e desenvolvimento tecnológico que afeta o setor, o Estado pode e deve interferir na questão dos tributos, principalmente, aqueles que afetam diretamente o consumidor final, como uma forma de trazer a questão ambiental e mais precisamente a conservação ambiental para as práticas do cidadão.

3.3.1 Tributos extrafiscais na proteção do meio ambiente

Com tudo o que foi abordado até então, pode-se acompanhar o raciocínio de Caliendo (2020, online) de que pagar tributos é “um dos deveres constitucionais mais relevantes na constituição democrática e sobre ele que se assenta a noção constitucional de tributo”. Afinal, são os tributos que acabam por financiar e garantir, através da arrecadação, a observação dos direitos fundamentais, além de proteger a liberdade, a igualdade e a dignidade do contribuinte.

E, como já citado, ocorre que nem sempre o Estado tributa com o intuito de “abastecer-se de dinheiro, mas também para incentivar, desincentivar, enfim, alterar uma dada situação, já que o peso dos tributos é tão forte que faz com que isso seja possível” (BECHO, 2015, online). E, visando essas alterações de comportamento, por exemplo, tem-se a aplicabilidade dos impostos extrafiscais, que podem também aparecer nos momentos em que o Estado precisa reaquecer a economia, como por exemplo, quando houve a redução da alíquota do IPI, visando estimular a produção e o consumo.

Com o objetivo de regular a economia, aos tributos extrafiscais é facultada sua implementação, podendo esta ser definida de acordo com as necessidades e objetivos do Estado. Dessa forma, tem-se, estabelecendo-se como exceção no §1º dos artigos 150 e 153 da Constituição Federal, além de algumas situações específicas, a presença dos impostos: de importação (II); de

exportação (IE); de produtos industrializados (IPI); de operações financeiras (IOF); de propriedade de veículos automotores (IPVA), determinando assim que as alíquotas desses impostos podem ser modificadas (desde que obedçam os limites legais aplicáveis) e que podem, também, atingir o mesmo exercício financeiro de publicação de lei ou período imediatamente posterior, sem seguir a regra da alínea c, inciso III do artigo 150 da Constituição.

Os impostos extrafiscais por natureza são os impostos sobre Importação (II), sobre Exportação (IE), sobre Produtos Industrializados (IPI) e sobre Operações Financeiras (IOF). Estes apresentam o objetivo principal de intervir na economia, não apresentando fins somente arrecadatários. O IPVA, mesmo apresentando cunho de arrecadação para o Estado, por apresentar previsão na Constituição Federal, em seu artigo 155, III, de alíquotas diferenciadas, é também considerado em tributo extrafiscal. De maneira geral, como aborda Becho (2015, online), a finalidade desses impostos não é apenas arrecadatória, mas também de “regular o mercado de produção e de consumo, levando suas alíquotas a serem ajustadas com mais rapidez e pelo próprio Poder Executivo federal, dentro dos parâmetros fixados pelo legislador”. Nessa mesma linha, Crepaldi (2019, online) destaca que existem alíquotas diferenciadas que aumentam à medida que os rendimentos ficam maiores, como por exemplo no IPVA, que incide “igualmente para todas as pessoas que realizam o fato imponible, não levando em consideração as condições pessoais, isto é, considerando apenas aspectos objetivos (nunca subjetivos) do contribuinte”.

Os autores Gomes e Antonelli (2016, online), sobre o IPVA trazem:

A permissão constitucional para a criação de Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores – IPVA foi inserida originariamente em nosso ordenamento jurídico pelo artigo 2º da Emenda Constitucional n. 27, de 28 de novembro de 1985, que acrescentou o inciso III ao artigo 23 da Constituição Federal de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 01/1969, passando a contemplar a competência para os Estados e o Distrito Federal. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, manteve-se a competência dos Estados e do Distrito Federal.

Quanto à diferenciação de alíquotas com relação ao tipo, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela sua constitucionalidade, tendo em vista que, ao contemplar coisas distintas (álcool e gasolina etc.), as alíquotas do IPVA não violam o princípio da isonomia e o da capacidade contributiva, não tendo caráter progressivo. Vide o RE n. 414.259:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IPVA. LEI ESTADUAL. ALÍQUOTAS DIFERENCIADAS EM RAZÃO DO TIPO DE VEÍCULO.

1.Os Estados-membros estão legitimados a editar normas gerais referentes ao IPVA, no exercício da competência concorrente prevista no artigo 24, § 3º, da Constituição do Brasil.

2. Não há tributo progressivo quando as alíquotas são diferenciadas segundo critérios que não levam em consideração a capacidade contributiva. Agravo Regimental a que se nega provimento.

Assim, observa-se ser plenamente possível a adoção de alíquotas diferenciadas para o IPVA em situações específicas, onde há interesse estatal e extrafiscal. Ou seja, cada ente federativo pode inferir valores ao IPVA de acordo com seus objetivos, e, como se pôde observar, alguns Estados brasileiros já aplicam alíquotas diferenciadas, considerando, por exemplo, o tipo de combustível utilizado pelo veículo, favorecendo os proprietários de veículos que poluam menos em detrimento de veículos que poluam mais.

4 O IPVA ECOLÓGICO

O IPVA tem um importante papel na arrecadação estatal, e, de acordo com suas peculiaridades, pelo fato de cada ente ter liberdade para definir suas alíquotas, o imposto extrafiscal tem relevante papel no custeio de despesas do Estado. Porém, apesar de apresentar características únicas na definição dos possíveis valores a serem devidos pelos proprietários de veículos, ainda existem pontos que merecem destaque com relação à intervenção na qualidade ambiental que tal instrumento pode ter isso porque, ao delegar aos Estados para que definam suas alíquotas de acordo com seus interesses, sem onerar demais o contribuinte, como previsto em lei, observa-se algumas diferenças entre os critérios estabelecidos pelos entes, perdendo, assim, a chance de tornar o imposto estritamente ligado a questões ambientais e podendo ser instrumento de estímulo à qualidade ambiental. A Emenda Constitucional 42/03, § 6º, inciso II traz que as alíquotas podem ser diferenciadas segundo o tipo e utilização do veículo, perdendo, assim, o legislador, a oportunidade de atribuir valores ambientais ao imposto (REZENDE; TANURE, 2013).

Rezende e Tanure (2013, online) explicitam que não há de se escusar da importância do IPVA na “transformação do *modus vivendi et operandi* da sociedade brasileira na busca por sua contribuição para um desenvolvimento sustentável da humanidade”. Carli (2015, online) exemplifica que

O legislador do IPVA tem como finalidade extrafiscal a proteção ao meio ambiente. Para atingir essa finalidade, que é tutelada constitucionalmente e inserida em sua competência material (art. 23, VI, CF), o Estado identifica como sujeitos da comparação os proprietários de veículos automotores, contribuintes de imposto de sua competência. Como medida de comparação, é escolhido o combustível utilizado pelos veículos de propriedades desses sujeitos, partindo do pressuposto de que o tipo de combustível influencia o grau de poluição causada por esses veículos. Considerando que a medida de comparação (combustível utilizado) é adequada à finalidade (proteção ao meio ambiente), cumpre verificar se o elemento indicativo da medida de comparação guarda uma correspondência estatística com a medida de comparação.

Nesse sentido, o legislador onera com alíquota maior veículos movidos a gasolina combustível não renovável de origem fóssil, que produz um alto grau de poluição, e menor em relação aos veículos que utilizam recursos renováveis menos poluentes como o álcool etanol. Da mesma forma, o legislador concede alíquotas mais baixas para veículos movidos a gás natural, cujo grau de poluição é ainda menor. Logo, nesse exemplo, verifica-se a harmonia entre os elementos estruturais da diferenciação, revelando-se adequada a medida.

Entende-se como “tipo” uma diversificação de caráter meramente seletivo, podendo ser aplicada tanto para modelo do veículo quanto em relação ao combustível que alimenta o veículo, como explica Rezende e Tanure (2013). Insta salientar que outras nações utilizam critérios objetivos que medem as emissões de dióxido de carbono na hora de definir o valor do imposto devido pelo proprietário. Porém, o critério utilizado pelos legisladores brasileiros, como destaca os autores, é uma técnica mais generalista, entretantes o mais correto, levando em consideração à proteção ambiental, seria a utilização de critérios múltiplos e conjugados, como a mecânica do veículo, seu ano de fabricação, sua utilização, dentre outros, além dos já adotados pela legislação pátria.

Os atuais parâmetros de seletividade ambiental adotados no IPVA não possuem quase nenhum nexos de causalidade entre o agente e os impactos ambientais causados por suas atividades (REZENDE; TANURE, 2013). Ou seja, não há como precisar se o agente tem condutas que prejudiquem a qualidade ambiental, uma vez que não há, na maioria dos Estados, um acompanhamento de emissões de poluentes emitidos por seus veículos. Outro ponto relevante é o fato de veículos antigos apresentarem isenção do imposto, ainda que, nesse caso, seus motores sejam mais poluentes do que os veículos fabricados mais recentemente. Dessa forma, seria injusto não destacar o aspecto preventivo que o imposto pode ter, uma vez que, através dele, pode ser possível modular o comportamento das atividades impactantes ao meio ambiente, devendo, dessa forma, a discussão e definição ser realizada por cada ente.

4.1 Contornos do IPVA

Trazido por Carneiro (2018), o IPVA surgiu para substituir a Taxa Rodoviária Única (TRU), instaurada em 1969, vigorando até meados da década de 80, e que tinha a função de financiar a expansão das rodovias do Brasil. Com a finalidade de arrecadar valores para auxiliar o Governo nas construções e conservações das estradas federais, incluindo gastos com a pavimentação destas, a Taxa teve uma importância significativa para a construção de algumas das principais rodovias do país.

O IPVA, criado em novembro de 1985 e entrando em vigor já no ano seguinte, em 1º de janeiro de 1986, como destaca Helder (2022), não possuía (e não possui) relação com a prestação de serviços pelo Estado, porém, tem seus valores utilizados para custear despesas da administração pública. Ou seja, deixando de ser TRU onde todo o valor arrecadado ia para uma única finalidade, como acima destacado, o IPVA quebra essa regra, tendo seus valores distribuídos no custeio de gastos, de acordo com a necessidade do Estado.

Insta salientar que o valor arrecadado com o IPVA pelos Estados deve ser dividido entre o ente federativo e o município onde está registrado o veículo e residência do proprietário deste, e, uma vez feita essa divisão, o montante deve ser investido em saúde, educação, segurança pública e outros serviços dedicados à sociedade. O que for arrecadado com o IPVA entra no orçamento total da administração pública, podendo ser destinado para custeio de gastos do Estado e dos municípios. O imposto tem previsão no artigo 155, III, § 6º da Constituição Federal. Essa previsão da Carta Magna define as competências tributárias, o que permite a variação quanto às alíquotas entre os entes federativos, resultando, assim, como destaca Suzin (2016, online) “em uma carga tributária diferenciada, gerando o que se denomina de ‘guerra fiscal’”, fazendo com que a carga tributária de um Estado seja menos onerosa do que em outro, gerando “concorrência e atraindo um maior número de contribuintes”. A autora destaca como consequência de tal, a arrecadação maior em determinado ente em razão do aumento do número de veículos registrados (SUZIN, 2016).

As informações pertinentes ao IPVA deverão estar previstas em lei ordinária estadual e assim, cada Estado deve estabelecer suas alíquotas. Suzin (2016, online) versa que os Estados e o Distrito Federal, no âmbito das suas competências, “fixarão o valor do imposto com a aplicação da alíquota sobre a base de cálculo, que é o valor do veículo”. Ou seja, o valor do imposto leva em consideração, em regra, o valor venal do veículo, porém, importante destacar que alguns Estados consideram a potência do veículo como base de cálculo para a definição do valor a ser cobrado, como observado na Lei n. 6.555/04, que dispõe sobre o IPVA do Estado de Alagoas.

Por não ter sua arrecadação com destinação certa, o pagamento do IPVA não garante ao contribuinte nenhum tipo de contrapartida por parte do Estado arrecadador, não sendo garantido, por exemplo, que os recursos serão destinados para a prestação de serviços X ou Y, justamente por Estados e municípios não serem obrigados a uma destinação específica desses valores, cabendo-lhes a definição de onde e como esses recursos serão aplicados e como serão administrados.

O órgão responsável por gerir os recursos arrecadados são as Secretarias da Fazenda (SEFAZ) de cada Estado e, interessante destacar que, apesar de não ter essa obrigação discriminada, o valor também pode ser utilizado para obras públicas, incluindo conservação e construção estradas, além da segurança destas. De uma forma geral, há a crença de que o valor arrecadado com o IPVA é utilizado somente para manutenção de ruas e estradas, mas, na verdade, o Estado usa esse para honrar seus compromissos, sendo, dessa forma, o IPVA considerado uma importante fonte de sustentação das políticas públicas, podendo, sim, ser utilizado para aquilo que as pessoas acreditam ser sua destinação, mal sabendo, na verdade, que sua finalidade é muito maior para o Estado.

4.2 IPVA verde ou IPVA ecológico e a sua previsão nos Estados Brasileiros

Com o valor da alíquota definido por cada ente federativo, o Brasil apresenta uma variável com relação à tributação de seus automotores. Objetivando mais as informações coletadas, estabelece-se como critério de análise, *a priori*, os tributos relacionados a veículos de passeio e motocicletas. Analisando as respectivas Leis, observa-se que alguns Estados brasileiros aplicam

desconto no valor do IPVA, de acordo com algumas características do veículo tributado. Insta salientar que todos os Estados aqui citados utilizam como base de cálculo o valor venal do bem, ou seja, o valor aplicado no mercado para compra e venda do automóvel e/ou motocicleta.

O primeiro Estado citado que apresenta diferencial em seu IPVA é o Estado de Alagoas. Regido pela Lei n. 6.555 de 30/12/2004, o imposto tem sua alíquota definida de acordo com a potência do veículo, considerando que, quanto mais potente o motor do veículo tributado, maior será o valor cobrado. Assim, considerando as motocicletas, por exemplo, são consideradas as cilindradas (cc) destas, em que, a potência de até 150 cc, terá sua alíquota definida em 2%. Se a potência do motor for de 150 a 400 cc, esse valor sobe para 2,75%, e, caso seja maior do que 400 cc, o cálculo considerará 3,25% do valor do bem. O mesmo critério observa-se com relação aos veículos, que utilizam a unidade "cv" que é a quantificação da potência de um carro em cavalos (ou, no termo original, *horsepower* – *hp*). Carros com motor até 80 cv tem sua alíquota em 2,75%. Motores de 80 a 160 cv tem um valor de 3%, e, se acima de 160 cv, o valor salta para 3,25%. O Estado apresenta um incentivo fiscal sobre carros elétricos, os quais apresentam alíquota de 2%. Mesmo o valor da alíquota para esses veículos sendo menor, como considera-se o valor venal do veículo, o imposto devido pelo proprietário de veículos elétricos ainda pode ser consideravelmente alto, uma vez que, aqui no Brasil, por exemplo, não se encontram modelos elétricos abaixo de R\$130.000,00.

O Estado do Paraná, por meio da Lei n. 14.260 de 22/12/2003 definiu uma alíquota mais generalista para todos os veículos, e independente da potência ou modelo, carros e motos devem pagar 3,5% do valor venal, de imposto. O diferencial do Estado encontra-se em carros que utilizam o Gás Natural Veicular – GNV, os quais têm sua alíquota reduzida para 1%. Essa diferença é considerável, o que acaba estimulando a população a adaptar seus veículos para a utilização do gás, uma vez que este é considerado menos poluente do que a gasolina e o diesel, por exemplo, já que emitem menos carbono. Porém, é de extrema importância destacar que, se não for bem instalado e não for monitorado constantemente, o GNV pode poluir tanto quanto os veículos movidos a combustíveis fósseis. Assim, o recomendado é adquirir carros que já saem da fábrica com a adaptação.

O Estado do Rio de Janeiro é um dos que mais apresentam diferencial em suas alíquotas, considerando para tal o combustível utilizado pelo veículo e a capacidade de poluição ao ambiente. A Lei n. 2.877 de 22/12/1997 define, para motocicletas, 2% sobre o valor venal do bem. Para automóveis, conforme este polua menos, terá sua oneração diminuída. Dessa forma, carros movidos à gasolina ou diesel, que são considerados os combustíveis mais poluentes, contam com alíquota de 4% sobre o valor do bem. Carros bi-combustíveis, são tributados em 3%; movidos a álcool, 2%; que utilizem GNV ou que sejam híbridos (elétrico) 1,5% e carros elétricos, contam com 0,5%.

O Estado de São Paulo, pela Lei n. 13.296 de 23/12/2008 onera motocicletas em 2%, considerando o valor venal. Carros movidos a gasolina ou diesel, contam com alíquota de 4%. Já aqueles movidos a álcool, GNV ou carros elétricos, o valor é de 3%. É um dos Estados, dentre os analisados, que menos incentiva a utilização de veículos que poluam menos.

Observa-se assim que ainda é muito pequeno o número de Estados brasileiros que incentivam o uso de veículos automotores considerando sua capacidade de não poluir o meio ambiente. Mesmo alguns destes entes oferecendo para a população opções de meios de locomoção coletivas, o que, considerando a emissão de gases poluentes, acaba sendo mais vantajoso para o ambiente, ainda é considerável o número de pessoas que utilizam seu veículo particular para locomoção diária. O Estado de São Paulo, por exemplo, apesar de contar com ônibus, trens e metrô, ainda precisa praticar rodízio de veículos de acordo com suas placas, com o intuito de diminuir o fluxo de veículos nas rodovias, visando, não somente diminuir a poluição, mas também o tráfego e congestionamento das vias. Agora, com relação a incentivo fiscal, não há um grande diferencial entre veículos que poluem mais dos que poluem menos.

Um dos marcos com relação à tributação e meio ambiente é uma prática ainda inicial, mas com tendência a crescimento de aplicação, que é a isenção do IPVA para carros elétricos. O Brasil já conta com Estados que aplicam a isenção, com o intuito de incentivar a população ao consumo do bem, mesmo este ainda apresentando um valor de mercado alto.

Dos entes federativos que isentam carros elétricos, tem-se o Ceará, com base na Lei n. 12.023 de 20/11/1992, em seu art. 4º, IX; o Maranhão, com previsão no art. 9º, XI da Lei n. 5.594, de 24 de dezembro de 1992; Pernambuco, como traz o art. 5º, XI da Lei n. 10.849, de 28 de dezembro de 1992; o Rio Grande do Norte, através da Lei 6.967/1996, no art. 8º, XI; Paraná, com previsão no art. 14, XIII da Lei n. 14260 de 22/12/2003; e o Rio Grande do Sul, no art. 4º, II, Lei n. 8.115, de 30 de dezembro de 1985. O Estado do Piauí oferecia a isenção, mas a previsão foi alterada pela Lei n. 7.192 de 29/03/2019, estabelecendo atualmente alíquota de 1% para estes.

O que se pode observar é que ainda há um longo caminho com relação ao incentivo fiscal para a proteção do meio ambiente. Porém, a expectativa é que futuramente, a prática atinja mais Estados, principalmente estimulando o consumo de veículos elétricos com o intuito de diminuir, assim, a emissão de gases poluentes na atmosfera. Mais do que uma adequação legislativa por parte dos Estados, há a necessidade da regulamentação e adequação de pontos para que estes veículos sejam recarregados, principalmente em viagens longas. São pontos que precisam e que provavelmente serão discutidos com cada vez mais frequência, e é dessa forma que se terá o consumo consciente, o incentivo por parte do poder público ao consumo consciente.

4.3 Vantagens do IPVA ecológico para o contribuinte, para o Estado e para o meio ambiente

O caminho para a implementação de impostos verdes no Brasil ainda é longo. Especificando o IPVA, como visto anteriormente, é ainda baixo o número de Estados que diferenciam suas alíquotas considerando o tipo de combustível utilizado pelo veículo, onerando mais aqueles que utilizam combustíveis mais poluentes e menos aqueles que utilizem combustíveis menos poluentes, e até isentando carros elétricos, que são os menos poluentes, do imposto. O esperado é que haja incentivo ao consumidor em comprar carros mais ecológicos, como os movidos a energia elétrica, etanol, gás natural ou os híbridos, que são aqueles que utilizam mais de uma fonte de energia ecologicamente correta, e que veículos movidos a diesel e gasolina, principalmente, tenham sua

compra desestimulada, uma vez que esses combustíveis são os mais prejudiciais ao meio ambiente e à saúde humana.

A adoção de impostos ambientais acaba criando incentivos destinados aos Estados e contribuintes, uma vez que, ao proporcionar descontos ao contribuinte, estimula sua quitação de acordo com a data prevista, além de incentivar o registro desse veículo naquele território. O que acaba sendo observado com relação ao IPVA é a tentativa dos contribuintes em registrar seus veículos em Estados que apresentem alíquota menor, prática não incomum, e que acaba trazendo prejuízo ao Estado, que, dessa forma, deixa de arrecadar. Como a alíquota que define o valor do tributo é de responsabilidade de cada ente federativo, essas diferenças entre os valores cobrados em um Estado ou outro acaba interferindo nos registros dos veículos. Dessa forma, Estados que ofereçam desconto ou isenção do IPVA atraem os proprietários a registrarem seu bem naquela localidade, o que aumenta a arrecadação do ente, e, por vezes, o Estado em que o proprietário reside acaba deixando de arrecadar o valor devido.

Considerando que a tributação que envolva o meio ambiente, as isenções desta ou outros benefícios, deve seguir a Constituição Federal, o que acaba sendo sentida é a falta de valores mais lineares para a definição das alíquotas, justamente para que não haja a migração de registro visando alguma economia para o proprietário do veículo. A Carta Magna não estabelece tributo ambiental específico, embora possibilite, nas espécies tributárias já existentes, condições para estabelecer mecanismos e instrumentos com enfoque ao meio ambiente. Nessa vertente, observa-se que não há necessidade de criar novos tributos, e sim adequar os já existentes para que tenham uma destinação com o intuito de atender finalidades socioambientais, e para que sejam vinculados à proteção do meio ambiente, seja através da isenção de veículos não poluidores, por exemplo, até mesmo a oneração extra de veículos que poluam mais e que circulem nas vias públicas.

Outro ponto a ser destacado está relacionado à aplicação dos recursos arrecadados em políticas públicas, como traz Rodrigues (2014, online), com intuito de “oferecer melhores condições para compatibilizar o direito ao desenvolvimento com o direito à proteção do meio ambiente, garantidos constitucionalmente”.

Conforme observado, o IPVA ecológico pode ser considerado um instrumento em prol do equilíbrio entre desenvolvimento econômico e preservação do meio ambiente. Ocorre que, por vezes, a adoção de tal pode estar em dissonância com um dos princípios norteadores do Direito Tributário, sendo esse o princípio da capacidade contributiva, visto que, os veículos automotores que são ambientalmente menos poluentes, são exatamente os que apresentam um valor econômico mais alto. Neste sentido, Gomes (2015) citado por Barbosa e Silva (2019) afirma que a harmonia entre a exação ambiental e a capacidade contributiva deve ser analisada, tendo em vista que um carro de luxo tem a probabilidade de possuir mais filtros ou recursos antipoluição, ao passo que evidencia uma capacidade contributiva maior que a de alguém que possui um carro mais antiquado e menos eficiente do ponto de vista ambiental.

Ou seja, exigir que o proprietário adquira um veículo movido à energia elétrica, por exemplo, que é hoje a modalidade menos prejudicial ao meio ambiente, para que assim, este obtenha alguma contrapartida tributária, fere o princípio acima citado, e acaba aumentando ainda

mais a discrepância das diferenças do poder aquisitivo entre as pessoas. Porém, estimular a quitação devida do tributo através de incentivos, acaba sendo a opção mais viável, seja oferecendo descontos, por exemplo, como observado no Estado do Rio de Janeiro, de acordo com o combustível utilizado pelo veículo. Dessa forma, não há uma diminuição considerável na arrecadação e há a preocupação do próprio ente em buscar meios de preservar o meio ambiente através de algo que é utilizado por uma parcela considerável da população, que são os veículos automotores. Mais eficaz do que criar novos tributos, num país de elevada carga tributária, seria a adoção de incentivos fiscais, uma reordenação do sistema tributário, com foco na sustentabilidade e preservação ambiental.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi pretendido neste trabalho, buscou-se expor a existência de legislações que preveem incentivos fiscais, voltadas para a conservação ambiental. O Brasil conta com uma enorme biodiversidade de seres vivos e muitos recursos naturais ainda preservados, e, discutir comportamentos e políticas públicas buscando manter a preservação desses, além de também buscar o uso racional através da conservação dos meios favorece, de maneira geral, a população mundial.

As legislações que, em seu texto, trazem o diferencial na aplicação de impostos sobre veículos automotores ainda são tímidas, uma vez que aparecem em um número pequeno. Porém, carece ainda a sociedade de legislações voltadas a tributação à altura do patrimônio ambiental que ainda nos resta. O número de Estados que incentivam ou desoneram seus contribuintes à compra de veículos que sejam menos poluentes ainda é reduzido, fazendo com que os contribuintes tentem burlar, de alguma forma, essa obrigação, seja circulando de maneira irregular, protegidos pela falta de fiscalização, principalmente em cidades pequenas ou registrando seus veículos em Estados que apresentem, de alguma forma, algum benefício tributário, causando, de alguma forma, prejuízo para seu Estado de moradia.

Chega-se à conclusão de que é necessário tratar as leis tributárias como instrumentos para a efetiva proteção ambiental. Alguns Estados brasileiros já contam com esse diferencial, o que já pode ser considerado uma enorme conquista, porém há de se considerar pontos que não de ser corrigidos por novas iniciativas legislativas por parte dos entes federativos, ao preverem modificações em suas alíquotas para cálculo de IPVA. Deve-se considerar, ainda, que, só o diferencial na carga tributária para manter o veículo não é o suficiente, uma vez que, para adquirir um automóvel que seja ecologicamente correto ainda é extremamente oneroso, e sai da realidade financeira de grande parte da população. Ou seja, além da previsão legal para diminuir a carga tributária, é preciso haver discussões com relação aos impostos ligados à compra de veículos verdes (veículos movidos a energia elétrica), mas também, de alguma forma, incentivar o uso de combustíveis menos poluentes, como os movidos à álcool ou GNV. Dessa forma, há o benefício para o bolso do contribuinte e para o Estado, que continuará arrecadando.

O meio ambiente encontra-se esgotado, infelizmente. E, de uma maneira geral, deve-se trazer o Direito como principal articulador das relações sociais, buscando suas espécies discutir,

defender, prever, regular e punir as questões que afetam o ambiente. A preservação e conservação ambientais dependem de esforços de vários setores na busca de um ambiente sadio e protegido para a sobrevivência das espécies, direito constitucional hodierno e das futuras gerações.

6 REFERÊNCIAS

ALAGOAS. **Lei n. 6555, de 30 de dezembro de 2004**. Dispõe sobre o tratamento tributário relativo ao Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores – IPVA. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=117215>. Acesso em: 18 dez. 2021.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Sistema Constitucional Tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARBOSA, Daniela Maciel Peçanha Santana; SILVA, José Geraldo Ferreira da. O IPVA Ecológico e o Princípio da Capacidade Contributiva. **Revista Educação Ambiental em Ação**, 2019. Disponível em: <https://www.revistaea.org/artigo.php?idartigo=3824>. Acesso em: 10 nov. 2021.

BECHO, Renato Lopes. **Lições de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: https://www.google.com.br/books/edition/LI%C3%87%C3%95ES_DE_DIREITO_TRIBUT%C3%81RIO/iD1nDwAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=1&dq=tipos+de+tributos+extrafiscais&printsec=frontcover. Acesso em: 18 out. 2021.

BENAION, Danyelle Jatahy. **Tributação ambiental**: uma análise da taxa de controle e fiscalização ambiental (TCFA). Belo Horizonte: Dialética, 2020.

BENJAMIN, Antônio Herman. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: https://www.google.com.br/books/edition/DIREITO_CONSTITUCIONAL_AMBIENTAL_BRASILE/nj5nDwAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=1&dq=conserva%C3%A7%C3%A3o+ambiental+e+a+constitui%C3%A7%C3%A3o&printsec=frontcover. Acesso em 12 out. 2021

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASIL. **Lei n. 5172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%205.172%2C%20DE%2025%20DE%20OUTUBRO%20DE%201966.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%205.172%2C%20DE%2025%20DE%20OUTUBRO%20DE%201966.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20)

20Sistema%20Tribut%C3%A1rio,%C3%A0%20Uni%C3%A3o%2C%20Estados%20e%20Munic%C3%ADpios.. Acesso em: 28 dez. 2021.

CALIENDO, Paulo. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em:

https://www.google.com.br/books/edition/Curso_de_Direito_Tribut%C3%A1rio/27fEDwAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=1&dq=tipos+de+tributos+extrafiscais&printsec=frontcover. Acesso em: 18 out. 2021.

CARLI, Alice de. A contribuição especial da água: novo tributo de arrecadação zero na hipótese de consumidor ecologicamente consciente. In: CARLI, Alice de; COSTA, Leonardo de Andrade; RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Tributação e sustentabilidade ambiental**. Rio de Janeiro: FVG, 2015.

Disponível em:

https://books.google.com.br/books?id=dy6HCgAAQBAJ&newbks=0&printsec=frontcover&dq=tribut%C3%A7%C3%A3o+e+o+meio+ambiente&hl=pt-BR&redir_esc=y#v=onepage&q=tributa%C3%A7%C3%A3o%20e%20o%20meio%20ambiente&f=false. Acesso em: 9 out. 2021.

CARNEIRO, Claudio. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 Disponível em:

https://www.google.com.br/books/edition/Impostos_Federais_Estaduais_e_Municipais/vb5ZDwAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=1. Acesso em: 2 dez. 2021.

CARVALHO, Cassius Vinicius de. **Incentivos fiscais no setor automotivo**: a extrafiscalidade e os reflexos da desoneração do IPI. São Paulo: Almedina, 2019. Disponível em:

https://www.google.com.br/books/edition/Incentivos_Fiscais_no_Sector_Automotivo/o0HODwAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=1&dq=extrafiscalidade+tribut%C3%A1ria&printsec=frontcover. Acesso em: 17 out. 2021.

CEARÁ. **Lei n. 12023, de 20 de novembro de 1992**. Dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA. Disponível em:

<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=121776#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Imposto%20sobre%20a%20Propriedade%20de%20Ve%C3%ADculos%20Automotores%20%2D%20IPVA..> Acesso em: 28 dez. 2021.

CORREIA NETO, Celso de Barros. **Os impostos e o Estado de Direito**. São Paulo: Almedina, 2017.

CREPALDI, Silvio. **Planejamento tributário**: teoria e prática. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em:

https://books.google.com.br/books?id=GHCwDwAAQBAJ&newbks=0&printsec=frontcover&pg=PT87&dq=tributos+extrafiscais+ipva&hl=pt-BR&redir_esc=y#v=onepage&q=tributos%20extrafiscais%20ipva&f=false. Acesso em: 18 out. 2021.

FELÍCIO, Raphael Maleque; MENDONÇA, Marcelo; VELTEN, Paulo. **Direito Tributário Objetivo e Descomplicado**. 1. ed. Curitiba: Apris, 2020. Disponível em: https://www.google.com.br/books/edition/Direito_Tribut%C3%A1rio_Objetoivo_e_Descompli/XRH8DwAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=0. Acesso em: 15 set. 2021.

GOMES, Lívio; ANTONELLI, Leonardo Pietro. **Curso de direito tributário brasileiro, volume II**. São Paulo: Almedina, 2016. Disponível em: https://www.google.com.br/books/edition/Curso_de_Direito_Tribut%C3%A1rio_Brasileiro/wXqYDwAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=1&dq=extrafiscalidade+ipva&pg=PT331&printsec=frontcover. Acesso em: 17 out. 2021.

GUIMARÃES, Renan Eschietti Machado. **Incentivos Fiscais no Direito Ambiental e a efetivação do Princípio do protetor-recebedor na Política de Resíduos Sólidos (Lei n. 12.305/2010)**. Porto Alegre: Buqui, 2012. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=Cau1AAAAQBAJ&newbks=0&printsec=frontcover&dq=tribut%C3%A7%C3%A3o+e+o+meio+ambiente&hl=pt-BR&redir_esc=y#v=onepage&q=tribut%C3%A7%C3%A3o%20e%20o%20meio%20ambiente&f=false. Acesso em: 6 out. 2021.

HELDER, Darlan. IPVA: história, significado, para onde vai o dinheiro arrecadado. **Notícias automotivas**, 2022. Disponível em: <https://www.noticiasautomotivas.com.br/ipva-significado/>. Acesso em: 11 nov. 2021.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. **Manual de Direito Financeiro e Tributário**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: https://www.google.com.br/books/edition/Manual_de_Direito_Financeiro_e_Tribut%C3%A1rio/aL71DwAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=1&dq=JARDIM,+Eduardo+Marcial+Ferreira.+Manual+de+Direito+Financeiro+e+Tribut%C3%A1rio.+17+ed.+S%C3%A3o+Paulo,+Saraiva+Educa%C3%A7%C3%A3o,+2020.&pg=PP1&printsec=frontcover. Acesso em: 5 set. 2021.

JURAS, Ilidia da Ascensão Garrido Martins. **Breves Comentários sobre a Base Constitucional da Proteção da Biodiversidade**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2010. Disponível em: https://www.google.com.br/books/edition/Conserva%C3%A7%C3%A3o_da_Biodiversidade_Legisla/BTngDwAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=1&dq=conserva%C3%A7%C3%A3o+ambiental+e+a+constitui%C3%A7%C3%A3o&printsec=frontcover. Acesso em: 14 out. 2021.

MARANHÃO. **Lei n. 5594, de 24 de dezembro de 1992**. Reformula o imposto sobre a propriedade de veículos automotores - IPVA e dá outras providências. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=129405>. Acesso em 30 dez. 2021.

PARANÁ. **Lei n. 14260, de 22 de dezembro de 2003**. Estabelece normas sobre o tratamento tributário pertinente ao Imposto Sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=143138>. Acesso em: 26 dez. 2021.

PERNAMBUCO. **Lei n. 10849, de 28 de dezembro de 1992.** Dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA. Disponível em: https://www.sefaz.pe.gov.br/Legislacao/Tributaria/Documents/legislacao/Leis_Tributarias/1992/Lei10849_92orig.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2010.849%2C%20DE%2028,Propriedade%20de%20Ve%C3%ADculos%20Automotores%20%2D%20IPVA.. Acesso em: 22 dez. 2021.

PIAUI. **Lei n. 7192, de 29 de março de 2019.** Altera as Leis nº 4.548, de 29 de dezembro de 1992 e 4257, de 6 de janeiro de 1989 e dá outras providências. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=376382>. Acesso em: 20 dez. 2021.

REZENDE, Élcio Nacur; TANURE, Rafael Jayme. A tributação ambiental do IPVA. In: REZENDE, Élcio Nacur; FRATTARI, Raphael. **Idiosincrasias Jurídicas: Temas Contemporâneos do Direito Brasileiro.** Belo Horizonte: Initia Via, 2013. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=PWkZEAAAQBAJ&newbks=0&printsec=frontcover&pg=PT120&dq=ipva+ambiental&hl=pt-BR&redir_esc=y#v=onepage&q=ipva%20ambiental&f=false. Acesso em: 10 nov. 2021.

RIBEIRO, Maria de Fátima. **Medidas fiscais e políticas públicas em tempos de crises econômicas.** Trajectórias de Sustentabilidade: Tributação e Investimento. Portugal: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017. Disponível em: https://www.google.com.br/books/edition/Traject%C3%B3rias_de_Sustentabilidade/4CYtDwAAQB AJ?hl=pt-BR&gbpv=1. Acesso em: 3 out. 2021.

RIO DE JANEIRO. **Lei n. 2877, de 22 de dezembro de 1997.** Dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA). Disponível em: [https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=156731#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Imposto%20sobre,de%20Ve%C3%ADculos%20Automotores%20\(IPVA\)..](https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=156731#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Imposto%20sobre,de%20Ve%C3%ADculos%20Automotores%20(IPVA)..) Acesso em: 23 dez. 2021.

RIO GRANDE DO NORTE. **Lei n. 6967, de 30 de dezembro de 1996.** Dispõe sobre o Imposto de Propriedade de Veículos Automotores - IPVA e dá outras providências. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=152475#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Imposto%20de,IPVA%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias..> Acesso em: 15 dez. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei n.º 8115, de 30 de dezembro de 1985.** Institui o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repLegisComp/Lei%20n%C2%BA%2008.115.pdf..> Acesso em: 10 dez. 2021.

RODRIGUES, Paulo César de Araújo. **O IPVA ecológico como fator de proteção ambiental no estado do Amazonas.** 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34918/o-ipva-ecologico-como-fator-de-protacao-ambiental-no-estado-do-amazonas>. Acesso em: 10 nov. 2021.

SÃO PAULO. **Lei n. 13296, de 23 de dezembro de 2008.** Estabelece o tratamento tributário do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2008/lei-13296-23.12.2008.html>. Acesso em: 29 nov. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado; FENSTERSEIFER, Tiago. **Constituição e Legislação Ambiental Comentadas.** São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHOUERI, Luís Roberto. **Direito Tributário.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

SEBASTIÃO, Simone Martins. **Tributo Ambiental.** Curitiba: Juruá, 2006. Disponível em: https://www.google.com.br/books/edition/Tributo_Ambiental_Extrafiscalidade_e_Fun/85WwFNr8CMEC?hl=pt-BR&gbpv=1&dq=extrafiscalidade+tribut%C3%A1ria&printsec=frontcover. Acesso em: 11 out. 2021.

SUZIN, Sarah. **Imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA). 2016.** Disponível em: <https://seos.jusbrasil.com.br/artigos/327224006/imposto-sobre-a-propriedade-de-veiculos-automotores-ipva>. Acesso em: 11 nov. 2021.

DIREITOS FUNDAMENTAIS, AS ONDAS RENOVATÓRIAS DE ACESSO À JUSTIÇA E O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA

CAROLINE AUSTREGESILO DE ATHAYDE PESSÔA:

advogada formada pela UERJ e pós-graduada pela UCAM

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo delinear noções sobre direitos fundamentais, os relacionando com as chamadas Ondas Renovatórias de acesso à Justiça de Mauro Cappelletti e Bryant Garth. Ainda, será traçado um paralelo acerca da importância da atuação da Defensoria Pública, como Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, nos termos do artigo 134 da Constituição da República Federativa do Brasil, para a concretização desses direitos fundamentais e do próprio acesso à Justiça.

Palavras-Chave: Direitos fundamentais. Ondas Renovatórias de Acesso à Justiça. Papel da Defensoria Pública.

ABSTRACT: The present work aims to outline concepts about fundamental rights, relating them to the so-called Renovatory Waves of access to Justice by Mauro Cappelletti and Bryant Garth. Furthermore, a parallel will be drawn about the importance of the public defender's action, as a permanent institution, essential to the judicial function of the State, pursuant to Article 134 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, for the realization of these fundamental rights and access to justice itself.

Key words: Fundamental rights. Renewing Waves of Access to Justice. Role of the Public Defender's Office.

SUMÁRIO: Sumário: 1- Introdução. 2 - Breves apontamentos sobre direitos fundamentais. 3- As Ondas Renovatórias de Acesso à Justiça. 4 - O papel da Defensoria Pública para concretização de direitos fundamentais e acesso à Justiça. 5 - Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Primeiramente, serão trazidos breves noções acerca dos direitos fundamentais. Será delineada sua conceituação, bem como suas principais características. Após, haverá a explicação sobre as chamadas Ondas Renovatórias de Acesso à Justiça, cunhadas pelos Autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth. Serão, portanto, apresentadas as respectivas características das primeira, segunda e terceira ondas. Ainda, haverá o apontamento da Quarta Onda Renovatória de Acesso à Justiça, cunhada pelo jurista Kim Economides. Por fim, será explanado o relevante papel da Defensoria Pública como Instrumento de efetivação dos direitos fundamentais e do próprio acesso à Justiça.

2. BREVES APONTAMENTOS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Direitos Fundamentais podem ser definidos como conjunto de direitos e garantias do ser humano, cuja finalidade principal é o respeito à sua dignidade, com proteção frente ao poder estatal e garantia das condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano, ou seja, visa garantir ao ser humano, o respeito à vida, à liberdade, à igualdade e a dignidade, para o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

De acordo com uma visão jusnaturalista, os direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos, e advêm da própria natureza humana. Ou seja: são intrínsecos à própria condição de ser humano.

Há que considerá-los como verdadeiros direitos protetivos, que garantem o mínimo necessário para que um indivíduo exista de forma digna dentro de uma sociedade administrada pelo Poder Estatal.

A Constituição Federal de 88 trouxe em seu título II os Direitos e Garantias Fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos, quais sejam:

1) Direitos Individuais e coletivos: são aqueles ligados ao próprio conceito de pessoa humana e sua personalidade, tais como à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade e à propriedade. Há previsão expressa no art. 5º e seus incisos. Ainda, importante frisar que o rol previsto não deve ser lido como taxativos, mas sim meramente exemplificativo.

2) Direitos sociais: esses direitos estão intrinsecamente relacionados à necessidade de um atuar positivo por parte do Estado, garantindo aos cidadãos a concretização do chamado “mínimo existencial”. A título de ilustração, pode-se citar: educação, saúde, trabalho, previdência social, lazer, segurança, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Há previsão expressa nos arts. 6º e seguintes.

3) Direitos à nacionalidade: relacionam-se com o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a certo e determinado Estado, fazendo com que este indivíduo se torne um componente do povo, capacitando-o a exigir sua proteção e em contrapartida, o Estado sujeita-o a cumprir deveres impostos a todos. Há expressa previsão no art. 12 da CF/88.

4) Direitos políticos: permitem ao indivíduo, através de direitos públicos subjetivos, o exercício de sua cidadania, participando de forma ativa dos negócios políticos do Estado. Há expressa previsão no art. 14 da CF/88.

5) Direitos relacionados à existência, organização e a participação em partidos políticos: garantem a autonomia e a liberdade plena dos partidos políticos como instrumentos necessários e importantes na preservação do Estado democrático de Direito. Há previsão expressa no art. 17 da CF/88.

Ainda, faz-se mister trazer à baila as principais características dos direitos fundamentais. Senão, vejamos algumas das principais:

1) Universalidade: os direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988 devem, por sua natureza protetiva, alcançar toda a população administrada pelo Estado, sem nenhum tipo de distinção. Isso significa que independentemente de credo, raça, orientação sexual, nacionalidade, convicção política, ou qualquer outro fator, o indivíduo está abarcado pela proteção dos direitos fundamentais.

2) Historicidade: significa que os referidos direitos fundamentais são fruto de um processo histórico. Ou seja, não estão alheios aos processos históricos e as mudanças dentro da sociedade, podendo se adaptar às novas realidades e mudanças de paradigmas que a sociedade enfrenta enquanto caminha no tempo.

Nesse ponto, importante ressaltar que, especialmente no que tange aos direitos sociais – muitas vezes conquistados por verdadeiras batalhas travadas ao longo da história – deve-se observar o chamado princípio da “não vedação ao retrocesso”, também conhecido por efeito *cliquet*.

3) Imprescritibilidade: os direitos fundamentais não prescrevem com o tempo. Isso significa que podem ser exercidos a qualquer momento. Contudo, é necessário cuidado: o direito do indivíduo de ingressar com eventual ação indenizatória por danos morais/patrimoniais, decorrentes de eventual violação a determinado direito fundamental, não é imprescritível.

4) Irrenunciabilidade: os direitos fundamentais não podem ser renunciados por nenhum indivíduo da nação. Nenhuma pessoa pode, por vontade própria, negar os direitos e deveres dados como fundamentais.

Nesse aspecto, importante frisar que a jurisprudência pátria tem admitido a relativização dessa característica, desde que o direito fundamental não seja atingido de maneira absoluta e que a limitação não se dê em caráter perpétuo. A título de ilustração, pode-se mencionar uma pessoa que deseja, livremente, participar de um programa de *reality show* – ora, tal indivíduo irá, momentânea e parcialmente, renunciar ao seu direito fundamental de liberdade.

5) Inviolabilidade: os direitos de outrem não podem ser desrespeitados por nenhuma autoridade ou lei infraconstitucional, sob pena de responsabilização civil, penal ou administrativa.

6) Concorrência: há possibilidade do exercício simultâneo de diversos direitos fundamentais.

7) Relatividade: isso quer dizer que, embora universais, os direitos fundamentais não são absolutos e podem ser relativizados conforme a situação e o conflito de interesses que dessa surgir. Todavia, essa relativização não deve ser irrestrita – ou seja, não se pode relativizar o direito ao ponto em que o mesmo não faça mais sentido ou não possa ser mais aplicado; não se pode “esvaziar” o “núcleo duro” daquele direito.

A relatividade ganha relevância na medida em que, não raras as vezes, os direitos fundamentais acabam entrando em rota de colisão. Essa colisão se verifica quando, em um mesmo

caso concreto, houver uma discussão acerca da aplicabilidade, ou não, de determinado direito fundamental em detrimento de outro.

A título de ilustração, pode-se citar o clássico liberdade de expressão x dignidade da pessoa humana. Pode um indivíduo, sob o pretexto de estar exercendo sua liberdade de expressão, humilhar outrem? O STF já se manifestou que a liberdade de expressão não abarca o chamado *hate speech* ou discurso de ódio.

Então, na medida em que alguns direitos podem ser relativizados, pode-se operar o sopesamento de direitos em adequação ao caso concreto – podendo o intérprete se utilizar da chamada “ponderação”.

Por fim, é relevante que se faça a distinção entre os direitos fundamentais e as chamadas garantias fundamentais. Ambas se interseccionam na medida em que conferem a possibilidade de os indivíduos viverem com dignidade – todavia, não se confundem.

Os direitos fundamentais, conforme os apontamentos acima delineados, são verdadeiros direitos subjetivos de todo e qualquer indivíduo previstos em normais constitucionais. Por seu turno, as chamadas garantias fundamentais são “instrumentos” que existem com o fim de garantir a observância do texto constitucional e sua aplicabilidade. Os chamados *remédios constitucionais* (como o *habeas corpus*) são verdadeiros exemplos de garantias fundamentais previstas no próprio texto constitucional.

3. AS ONDAS RENOVATÓRIAS DE ACESSO À JUSTIÇA

De acordo com Antônio Hermam V. Benjamin^[1], a expressão **acesso à justiça** pode ser definida de três formas: I) em sentido restrito, diz respeito ao “acesso à tutela jurisdicional” de direitos - acesso a um juiz natural para a composição de litígios; II) em sentido mais amplo, embora insuficiente, refere-se ao “acesso à tutela”, jurisdicional ou não, de direitos – acesso a mecanismos de solução de conflitos, judiciais ou extrajudiciais; e III) em acepção integral, significa “acesso ao Direito” – acesso à ordem jurídica justa, conhecida e implementável.

O acesso à Justiça é direito fundamental previsto no artigo 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que objetiva assegurar não somente os direitos individuais, como os coletivos em sentido amplo.

Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um direito natural, os direitos naturais não necessitavam de uma proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. (CAPPELLETTI e GARTH, 1998. p.9/11).

Porém, Mauro Cappelletti e Bryant Garth externaram que a preocupação fundamental é, cada vez mais, com a justiça social, isto é, com a busca de procedimentos que sejam conducentes à proteção dos direitos das pessoas (CAPPELLETTI; GARTH, 2002. p.93).

Portanto, o acesso à Justiça é um direito do indivíduo que busca no Estado a solução para seus conflitos jurídicos-sociais, tendo respaldo na Constituição Federal como direito garantidor destes direitos, possuindo o Estado o dever de fiscalizar e proporcionar sua efetivação.

Nesse diapasão, Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹²¹, na célebre obra “Acesso à justiça”, dividiram em três ondas os principais movimentos renovatórios do acesso à justiça.

A **primeira onda** diz respeito à assistência judiciária aos pobres e está relacionada ao obstáculo econômico do acesso à justiça - devido ao alto valor dos honorários advocatícios, das custas processuais e, por último, o próprio obstáculo da falta de informação por parte das pessoas com renda baixa.

A **segunda onda** refere-se à representação dos interesses difusos em juízo e visa contornar o obstáculo organizacional do acesso à justiça. Pode-se afirmar que é um complemento da primeira onda, pois a primeira só dizia a respeito dos direitos individuais que eram menos afortunados, e não dava o devido foco aos interesses difusos e de grupos.

A **terceira onda**, denominada de “o enfoque do acesso à justiça”, detém a concepção mais ampla de acesso à justiça e tem como escopo instituir técnicas processuais adequadas e melhor preparar estudantes e aplicadores do direito.

Conforme dispõem Cappelletti e Garth, essa terceira onda de reforma inclui advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos. Ainda, vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas (CAPPELLETTI; GARTH, 2002. p.25). Nessa terceira onda, portanto, fala-se na chamada “Justiça Multiportas”.

Nesse diapasão, por exemplo, surge no Brasil a figura dos juizados especiais (com disposição na lei 9.099/95), que consiste em um meio de acesso à justiça que permite que os cidadãos busquem soluções para seus conflitos de forma célere, eficiente e gratuita.

Além do processo nos juizados ser mais simples e mais rápido, tem-se a importante função de desafogar o judiciário, pois abrange casos de menor complexidade, incluindo, muitas vezes, casos de marginalização de lides advindas de pessoas sem condições de serem representadas por advogados particulares.

Por fim, fala-se em uma **quarta onda renovatória** de acesso à Justiça, que não foi tratada por Mauro Cappelletti e Bryan Garth, mas sim por Kim Economides – que afirmava haver uma lacuna relacionada com a falta de humanização dos profissionais jurídicos. Segundo este:

“[...] é hora de examinar também, no nível micro, as compreensões particulares de justiça alcançadas por membros individuais da profissão jurídica: o movimento contemporâneo de acesso à justiça precisa voltar sua atenção para o novo tema da ética profissional. Isso não significa que devemos optar entre estas abordagens, mas que, ao contrário, de algum

modo precisamos criar, sustentar e equilibrar em nossa análise do acesso à justiça uma nova síntese entre os níveis macro e micro.” (ECONOMIDES, Kim. 2013, p. 63)

Assim, essa quarta onda renovatória se relaciona com uma nova forma de formação jurídica na academia, havendo um olhar preocupado a profissionais sensíveis aos problemas sociais, capazes de interpretar as normas e, ao mesmo tempo, de serem coerentes em suas ações.

4. - O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E ACESSO À JUSTIÇA

A Defensoria Pública surge com a promulgação da Constituição Federal de 1988, sendo ela instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados. Com a relevantíssima EC 80/2014, ganha nova roupagem Constitucional, nos seguintes termos:

“Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal”

Portanto, o ordenamento jurídico pátrio atribuiu à Defensoria Pública a competência para exercer o múnus de garantir a máxima efetividade na proteção e no resguardo dos direitos fundamentais dos vulneráveis, sob a perspectiva dos comandos constitucionais e infraconstitucionais, voltados para potencializar a voz desses grupos (Defensoria Pública como *Instituição Megafone*), garantindo-lhes o amplo auxílio estatal e viabilizando o acesso à justiça.

Assim, por ter sido à Instituição conferida a custódia e a otimização dos direitos fundamentais, esta assume o papel de garante, prestando assistência jurídica aos necessitados, propiciando a redução das desigualdades e a vedação do retrocesso social, bem como a promoção do exercício da cidadania e da efetivação dos direitos dos grupos vulneráveis. Ainda, importante frisar que as palavra “necessitados” deve ser lido em sentido amplo, abarcando situações que vão muito além da hipossuficiência econômica (como, por exemplo: vulnerabilidade sociais e organizacionais).

Frise-se que o surgimento da Defensoria Pública é um marco no início do processo de garantia isonômica do acesso à justiça de forma integral e gratuita a todos os indivíduos que necessitem do auxílio estatal para solucionar litígios afetos a questões individuais ou coletivas que se manifestam em razão das relações em sociedade, **configurando verdadeiro direito fundamental**.

De acordo com os ensinamentos de Cappelletti e Garth, o acesso à justiça é reconhecido como um direito humano basilar e, portanto, um elemento fundamental para a construção de um

moderno e igualitário sistema jurídico garantidor dos direitos fundamentais de todos. No cenário jurídico nacional, a efetivação desse direito advém da atuação delegada à Defensoria Pública que, atuando em todas as ondas renovatórias, exerce papel fundamental em sua concretização.

Portanto, a Defensoria Pública é o instrumento essencial de acesso à justiça aos hipossuficientes de toda ordem de recursos (financeiros, informacionais, educacionais etc.), nos termos do art. 5º, LXXIV, da CF/88. Ademais, os postulados hermenêutico-constitucionais de busca pela máxima efetividade dos direitos fundamentais, de consolidação dos objetivos fundamentais da República, bem como de resguardo dos princípios que norteiam a vida em sociedade, são axiomas que guiam a atividade da instituição e reforçam sua missão pela prestação de seus serviços em prol da primazia da dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, ao se atribuir constitucionalmente à Defensoria Pública a missão de prestar assistência jurídica integral e gratuita enquanto instituição essencial à atividade jurisdicional do Estado, esta revela-se verdadeira cláusula pétrea do ordenamento pátrio. Isso porque a atuação defensorial, sob o manto do princípio da dignidade da pessoa humana, garante exatamente o direito de acesso à justiça - que integra a estrutura basilar do chamado "mínimo existencial", sendo, portanto, impossível de ser suprimida ou restringida do texto constitucional.

5. CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais são, portanto, um importante marco na Constituição Federal de 1988, pois são normas que existem com o objetivo de promover a dignidade humana e de proteger o cidadão frente ao poder do Estado. Frise-se, contudo, que com a chamada "constitucionalização do direito civil", tais direitos fundamentais passaram, também, a ter aplicabilidade em relações entre particulares (*eficácia horizontal dos direitos fundamentais*).

Tais direitos, ao lado das "garantias fundamentais", são imprescindíveis para a vida em sociedade nos moldes democráticos atuais, uma vez que asseguram a igualdade material e a concretização do mínimo existencial. Nesse diapasão, as ondas renovatórias de acesso à Justiça surgem como modo de enfrentamento de barreiras para a concretização desses direitos.

Ainda, a busca pela tutela aos direitos fundamentais traz a necessidade de instituições públicas que estimulem e promovam uma aproximação entre o Estado e os indivíduos que o integram – emergindo, portanto, o relevante papel da Defensoria Pública.

A Defensoria Pública, como órgão primordial para a consolidação das bases democráticas nacionais, possui objetivos, funções e prerrogativas alinhados com os fundamentos, objetivos e princípios da República Federativa do Brasil, proporcionando a garantia da ampla e completa promoção do acesso à justiça dos seus assistidos a fim de que estes possam alcançar uma igualdade não meramente formal, mas também material no resguardo de seus direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 04/11/2022

SILVA, Flávia Martins André da. *Direitos Fundamentais*. Publicado em 16/05/2006. Disponível em:
< <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>> Acesso em:
04/11/2022

FACHINI, Tiago. Direitos e garantias fundamentais: conceito e características. Publicado em
08/02/2022. Disponível em: < <https://www.projuris.com.br/blog/o-que-sao-direitos-fundamentais/#:~:text=Os%20direitos%20fundamentais%20s%C3%A3o%20direitos%20protetivos%2C%20que%20garantem,-%20Direito%20%C3%A0%20igualdade%20-%20Direito%20%C3%A0%20seguran%C3%A7a>> Acesso em: 04/11/2022

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GASTALDI, Suzana. Publicado em 13/12/2013. Disponível em: < *As ondas renovatórias de acesso à justiça sob enfoque dos interesses metaindividuais* <https://jus.com.br/artigos/26143/as-ondas-renovatorias-de-acesso-a-justica-sob-enfoque-dos-interesses-metaindividuais/2>> Acesso em:
05/11/2022

Defensoria pública como garantia institucional dos direitos fundamentais de pessoas em situação de vulnerabilidade. Disponível em: < <https://revistadadpu.dpu.def.br/article/view/390/245>>
Acesso em: 05/11/2022

[1] Cf. BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édís (coord.). **Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 77

[2] Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 31-73; e CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.º 61, p. 148-9, 1991.

CAPACIDADE E LEGITIMIDADE PARA SER PARTE NO CONSELHO DE SENTENÇA: COMO A FALTA DE CONHECIMENTO DOS JURADOS PODE INTERFERIR NAS DECISÕES?

KEVEN GLAYSON MARTINS REIS:

graduando em Direito pelo Centro
Universitário UNA – BETIM-MG

KELLY SOUZA DA CRUZ

(coautora)

CRISTIAN KIEFER DA SILVA

(orientador)

RESUMO: A presente pesquisa analisa criticamente o desamparo estrutural do Tribunal do Júri, no critério de capacidade e legitimidade para ser parte no Conselho de Sentença. O requisito de escolaridade de seus respectivos jurados não aparenta ser condizente com a necessidade do julgamento. O Tribunal do Júri é o órgão responsável pelo julgamento dos crimes dolosos contra vida, consumados ou tentados, além de crimes em equiparação e conexão com a tentativa de cometimento contra a vida. Ademais, examina a falha legal no recrutamento, para que pessoas, segundo os requisitos legais dispostos a partir do artigo 406 e seguintes do Código de Processo Penal, possam compor o Conselho do Tribunal do Júri. Dos requisitos elencados nos mencionados artigos, nesta crítica, observa-se o fato da cobrança de apenas alfabetização e conduta social exemplar. Ou seja, não é cobrado ensino superior ou conhecimentos jurídicos básicos, e na visão ponderada dos fatos, é necessário um conhecimento mínimo para julgar um acusado, pois expressa o peso social e moral do ato praticado por ele, e tal análise, legal e racional, do fato poderia ser feita de forma mais adequada por juristas competentes.

Palavras-chave: Escolaridade; Ensino Superior; Jurídico; Tribunal do Júri; Capacidade; Legitimidade; Conselho de Sentença.

ABSTRACT: The critical analysis of the research of capacity and structural legality does not demonstrate part of the Jury Court Sentencing Council. The education requirement of their respective jurors does not match the need for trial. The Jury Court is responsible for judging intentional crimes against life, consummated or attempted, besides to any other crime similar to and in connection with the attempt to commit against life. In addition, it examines the legal failure in recruitment so that people, according to the legal requirements established from article 406 and following of the Criminal Procedure Code, can compose the Council of the Jury Court. In this review, from the requirements listed in the articles, it is observed the fact that only literacy and exemplary social conduct are required. In other words, it is not a minimum knowledge to judge an accused, as it expresses the social and moral weight of the act by the accused, and such a legal and rational analysis of the fact could be done by competent jurists.

Keywords: Schooling; University education; Legal; Jury court; Capacity; Legitimacy; Sentencing Council.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. TRIBUNAL DO JÚRI E CONSELHO DE SENTENÇA. 2.1. HISTORICIDADE DO TRIBUNAL DO JÚRI. 2.2. PRINCÍPIOS BASILARES DO TRIBUNAL DO JÚRI BRASILEIRO. 2.2.1. Plenitude da defesa. 2.2.2. Sigilo das votações. 2.2.3. A Soberania dos Veredictos. 2.3. CONCEITUAÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI. 2.4. ORGANIZAÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI. 2.5. COMPETÊNCIA TRIBUNAL DO JÚRI. 2.5.1. Competência Territorial do Júri. 3. FUNDAMENTAÇÃO E IGNORÂNCIA DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI. 3.1. CAPACIDADE TÉCNICA JURÍDICA DO JURADO. 3.2. FUNDAMENTAÇÃO E IGNORÂNCIA DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI. 3.3. BAIXA ESCOLARIDADE ASSOLADA NO BRASIL. 4. ESTRUTURA, ANÁLISE DE CASO E SISTEMAS COMPARADOS. 4.1. RESUMO DOS AUTOS Nº 0024.10.189.058-0. 4.2. CRÍTICA AO SISTEMA DO TRIBUNAL DO JÚRI. 4.3. MODELOS E COMPARAÇÕES. 4.3.1. Estados Unidos da América (EUA). 4.3.2. Portugal - Modelo Sugerido. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa, além de uma análise crítica da disposição legal referente a composição do Tribunal do Júri, é também, com o perdão do pessoalismo dos autores, um consenso mútuo do pensamento de diversos juristas, criminalistas ou não, a respeito dos requisitos legais para se inscrição e convocação a compor o Conselho de Sentença do Tribunal do Júri.

Historicamente, do latim juratus (-a, - um), os jurados servem a pelo menos três propósitos: prestar juramento, ser juiz de um fato (jugador), e ter perícia em seus atos. Isto posto, somado à responsabilidade que adjudica o cargo de jurado, seria prudente que qualquer cidadão não escolarizado ou habituado às normas e disposições jurídicas da Lei (em sentido amplo), detenha tamanho poder de decisão?

A motivação do presente texto vem do interesse pela segurança jurídica aos julgamentos e seus respectivos acusados, assim como a comparação assídua de que a legislação nacional tenta prover com países do exterior, o culturalmente chamado "legislação para inglês ver". Notadamente, a comoção social pelo cometimento de um crime importa mais ao Estado do que a devida penalização nos moldes legais já dispostos na legislação penal brasileira, ou seja, importa mais o sentimento de um pai de família que vê, exemplificadamente, "Tício assassinando Mévio", do que a pena restritiva de Direito à qual será o acusado remetido.

Por estas e outras razões de indignação, a presente pesquisa far-se-á como um estudo próprio de orientação para que a luta de um Código Penal e Processual Penal atualizados, conforme a necessidade social e o dever Estatal de punir, sejam equilibrados ao mínimo de certeza e justiça verdadeira para uma condenação segura.

2. TRIBUNAL DO JÚRI E CONSELHO DE SENTENÇA

2.1 HISTORICIDADE DO TRIBUNAL DO JÚRI

Para contar a história do Tribunal do Júri, é importante inicialmente analisar religiosamente os julgamentos. Com previsão inicial aos judeus do Egito Antigo, que sob os mandamentos das leis de Moisés, é possível encontrar o primeiro registro. À época, o Conselho de Anciãos e o Grande

conselho d'Israel executavam os julgamentos dos acusados sob o nome de Deus, sendo o julgamento remetido conforme disposições bíblicas.

As disposições bíblicas, em tese, encontravam-se dispostas nos livros de Deuteronômio, Êxodo, Levítico e Números. Era, desde já, assegurado o livre contraditório do acusado, além da presença de um rol testemunhal de duas pessoas, pelo menos, para a condenação, fatos ainda garantidos.

Em seguida, os julgamentos adotaram um modelo da Grécia antiga, modelo este que concebeu a forma primitiva do Júri, por intermédio do Tribunal da Helieia – os heliastas - onde eram, originalmente, em número de 6000 (seis mil), distribuídos em 10 (dez) seções de 600 (seiscentos) jurados cada, designados anualmente por sorteio em meio aos cidadãos com mais de 30 (trinta) anos, de reputação ilibada e não devedores do Estado, conforme consta em dados históricos.

Apesar da evolução histórica em diferentes sociedades e épocas, a maior parte da doutrina acredita que a verdadeira origem do Tribunal do Júri, assim como a atual, se deu na Inglaterra, uma vez que fora decidido pelas Ordálias (Juízo de Deus), que um tribunal de julgamento seria composto.

Mesmo em aperfeiçoamento, com a Revolução Francesa, o instituto do Júri fora ampliado por toda a Europa, à exceção de países desinteressados, como a Dinamarca.

No Brasil, sua origem é datada do Império, sendo que o Tribunal do Júri é a Instituição democrática mais antiga no Brasil, criado antes mesmo da proclamação da independência do Brasil.

Com a inserção deste tipo de julgamento, deu-se início a um processo em que juízes togados (concurados) eram responsáveis pelas decisões interlocutórias processuais, as quais diziam respeito ao andamento processual. Ainda, cabia ao juiz togado, como presidente do Júri, a simples aplicação do arbítrio.

O júri, em complemento, era composto de 24 (vinte e quatro) cidadãos considerados bons, honrados, patriotas e inteligentes, os quais eram nomeados pelo Corregedor e Ouvintes do crime, ou ainda a pedido do Procurador da Coroa e Fazenda. Em especial, poderiam ser dispensados 16 (dezesseis) da totalidade dos jurados.

A Constituição do Império de 1824, para alterar a vigência tirana que se instituiu, criou o Júri Popular, estabelecendo assim competência para julgar as infrações penais, e para dispor de determinados casos da alçada estritamente civil, inserindo o Júri Popular, por fim, no organograma do Judiciário, conforme análise da revista Jus Navigandi.

Em 1832, o Código de Processo Criminal instituiu, em atualização, um conselho de jurados em cada área judiciária. Aos juízes, em nova avaliação, cabia examinar os processos de formação da culpa, podendo apontar os erros cometidos em atuação pela polícia ou demais autoridades coautoras, bem como fiscalizar futuros fatos.

Após análise, quando promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, foi aprovada a emenda que dava ao art. 72, § 31, a manutenção da instituição do Júri. Em constante atualização, a Constituição de 1934, por sua vez, dispôs em seu art. 72 que: “É mantida a instituição do Júri, com a organização e as atribuições que lhe der a lei”.

A Constituição de 1937, em sequência, preferiu silenciar a respeito da matéria, contudo no ano de 1938, por meio do Decreto 167, o júri passou a ser regulamentado, tendo sofrido inúmeras mudanças, dentre as quais, no art. 96 o Tribunal de Apelação poderia, inclusive, aplicar pena mais justa ou mesmo absolver o réu.

Por fim, mas não de forma absoluta, o Código de Processo Penal de 1941 trouxe previsão legislativa do Tribunal do Júri atual. Importante salientar que se criou nessa época a incomunicabilidade do conselho de sentença.

O Júri, conforme já mencionado, era competente apenas para o julgamento dos crimes de imprensa. Entretanto, este fato foi modificado pela Carta de 1946, onde atribuindo-lhe a competência de julgamento dos crimes dolosos contra a vida, passando a vigorar a redação:

Art. 141, § 28, do Código de Processo Penal - É mantida a instituição do Júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será, obrigatoriamente, da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (BRASIL, 1941).

Na Constituição de 1988, o constituinte procurou restaurar tudo que havia sido suprimido pela Constituição de 1967 e pela Emenda de 1969. Assim, com a vigência da atual Carta Magna, o júri encontra-se no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), no art. 5º, incisos XXXVIII, com a seguinte redação:

Art. 5º, XXXVIII: É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (BRASIL, 1988).

Em conclusão, a instituição do Tribunal do Júri tem natureza constitucional e é dotado de competência mínima para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, exercendo uma jurisdição popular, com princípios e regras jurídicas específicas e inerentes às suas peculiaridades, sujeitos,

sendo, portanto, um regime jurídico constitucional e infraconstitucional, único que o faz distinto dos órgãos do Poder Judiciário (REIS, 2015, p.103).

2.2 PRINCÍPIOS BASILARES DO TRIBUNAL DO JÚRI BRASILEIRO

No Brasil, os princípios basilares do Tribunal do Júri estão previstos na CRFB/1988, em seu art. 5º, XXXVIII, alíneas a à d, sendo: a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para os crimes dolosos contra a vida.

Tais princípios são de suma importância para o bom funcionamento do tribunal do júri, para que haja uma segurança mínima para os integrantes do conselho de sentença ao tomar uma decisão. Os princípios mencionados acima serão explicados abaixo, exceto a competência para os crimes dolosos contra a vida, que será desenvolvido posteriormente, cabendo aqui a análise somente dos princípios.

2.2.1 Plenitude da defesa

A priori, destaca-se que, no Tribunal do Júri, o princípio da plenitude de defesa, previsto no art.5º, LV, da CRFB/88, é de suma importância para a defesa técnica e também para a autodefesa.

A plenitude de defesa é caracterizada pelo direito de o acusado ter uma defesa técnica e capaz, não exatamente para absolvê-lo, tendo em vista que a atividade jurídica não garante o resultado, mas que serão empregados os meios e os conhecimentos necessários para o caso tratado (CAMPOS, 2015).

2.1.2 Sigilo das votações

Um princípio de extrema necessidade é o do sigilo das votações, em que há o julgamento em sala especial, feito para a colheita dos votos em uma sala secreta, a fim de evitar que alguém perceba qual foi o voto dos jurados.

Adiante, o sigilo das votações estabelece que, no momento da votação, feito em um recinto separado do plenário, será sigiloso. Tal sigilosidade é justificada diante da segurança dos jurados, para que não haja pressão popular e que eles possam tomar as suas decisões de forma tranquila. O princípio da publicidade dos atos públicos não abarca o ato mencionado em conformidade com a Lei Maior, em seu art. 5º, LX, que prevê que a lei pode restringir a publicidade de determinados atos processuais quando for de interesse social.

Ainda, segundo o art. 485 do CPP:

Não havendo dúvida a ser esclarecida, o Juiz Presidente, os jurados, o Ministério Público, o assistente, o querelante, o defensor do acusado, o escrivão e o oficial de justiça dirigir-se-ão à sala especial a fim de ser procedida a votação (BRASIL, 1941).

Nesse sentido, tal medida é necessária para que o jurado possa tomar sua decisão sem medo de futuras represálias, seja pela parte autora, pela parte ré ou por qualquer outra.

Não obstante, para que seja respeitado o sigilo das votações, é estabelecida a incomunicabilidade dos jurados, que pode ser entendido como a proibição de comunicação entre jurados sobre o caso bem como com terceiros, este disposto no art. 466, §1º, do CPP:

Art. 466, §1º - Antes do sorteio dos membros do Conselho de Sentença, o Juiz Presidente esclarecerá sobre os impedimentos, a suspeição e as incompatibilidades constantes dos arts. 448 e 449 deste Código.

§1º – O Juiz Presidente também advertirá os jurados de que, uma vez sorteados, não poderão comunicar-se entre si e com outrem, nem manifestar sua opinião sobre o processo, sob pena de exclusão do Conselho e multa, na forma do §2º do art. 436 deste Código (BRASIL, 1941).

Desta forma, fica vedado aos jurados que se comuniquem entre si ou com outrem. Podendo incorrer em exclusão de quem violar tal princípio.

2.1.3 A Soberania dos Veredictos

A soberania dos veredictos é a base dos princípios do Tribunal do Júri, uma vez que motiva os jurados a decidirem pela procedência ou não da imputação ao réu. Cabe neste princípio, em outro modo, lembrar que o conceito de soberania dos veredictos não deve ser entendido como um poder absoluto acima de qualquer outro, uma vez que a decisão do júri, quando prejudicial ao réu, pode ser modificada por revisão criminal, conforme entendimento pacífico da jurisprudência. A proibição da reforma para pior ganhou referência jurisprudencial, conforme decisão da Segunda Turma do STF, HC 89544/RN, REL. MIN. CESAR PELUSO, 14.4.2009.

Em suma, o princípio da competência mínima para o julgamento do Tribunal do Júri nos crimes dolosos contra a vida deduz que o instituto citado irá julgar: Homicídio (artigo 121 do CPP), Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (artigo 122 do CPP), Infanticídio (artigo 123 do CPP) e aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento e aborto provocado por terceiro (artigos 124 e 126 do CPP).

Cumpre ainda salientar a disposição dos artigos 74 e 78 do CPP, os quais dispõem acerca da consumação e tentativa bem como do julgamento por conexão ou continência:

Art. 74 – A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri.

§1º – Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos artigos 121, §§ 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados (BRASIL – DECRETO-LEI Nº 3.689, 1941).

Art. 78 – Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras:

I – No concurso entre a competência do Júri e de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do Júri (BRASIL, 1941).

O julgamento será baseado na íntima convicção do jurado, não sendo necessário que esse justifique seu voto, sendo de livre convicção o motivo o qual penalizou ou inocentou o acusado. Preceitua o Art. 486 do Código Processual Penal que:

Art. 486: Antes de proceder-se à votação de cada quesito, o Juiz Presidente mandará distribuir aos jurados pequenas cédulas, feitas de papel opaco e facilmente dobráveis, contendo 7 (sete) delas a palavra sim, 7 (sete) a palavra não (BRASIL, 1941).

Nesse diapasão, é válido ressaltar que o jurado poderá votar sem a devida justificativa, desde o seu voto que não seja manifestamente contrária às provas dos autos. Sendo soberana a sua decisão.

2.2 CONCEITUAÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI

A priori, cabe a simples conceituação do Tribunal do Júri. Conforme a Constituição de 1988, que prevê no artigo 5º, inciso XXXVIII:

Art. 5º, inciso XXXVIII, CRFB: é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) - o sigilo das votações;
- c) - a soberania dos veredictos;
- d) - a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (BRASIL. 1988).

Em complemento, a Constituição Federal prevê a instituição do tribunal do júri por outras legislações, sendo igualmente considerado importante o artigo 74, § 1º, do Código de Processo Penal, que determina como ocorrerá o funcionamento do rito:

Artigo 74, § 1º, CPP: Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos artigos 121, §§ 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados (BRASIL. 1941).

Para o julgamento de tais demandas, o processo penal de condenação segue 2 (duas) fases, sendo a primeira fase deliberada pelo Juízo de Direito/ Acusação, em que o profissional responsável

pelo julgamento e condução do processo identifica a necessidade do presente tribunal com base no oferecimento da denúncia ou queixa, e expressa-se por meio de uma sentença, que deve ser de pronúncia, impronúncia, desclassificação ou absolvição sumária.

Sequencialmente, a segunda fase é tratada como fase de julgamento, essa pelo Júri, e começa com o trânsito em julgado da sentença de pronúncia, encerrada com a sentença do Juiz Presidente do Tribunal Popular.

O Tribunal do Júri é composto para julgamento do (s) acusado (s) por um juiz presidente e 25 (vinte e cinco) jurados, dentre os quais 7 (sete) serão sorteados para compor o conselho de sentença, conforme prevê o artigo 447 do Código de Processo Penal (CPP), e que terão o encargo de afirmar ou negar a existência do fato criminoso atribuído a uma pessoa, ou seja, condená-lo ou inocentá-lo. Ademais, o julgamento será determinado pelo voto de uma maioria simples (metade mais um), na previsão do artigo 489 do mesmo diploma legal.

2.3 ORGANIZAÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI

O Tribunal do Júri no Brasil, nos dias atuais, é composto por 1 (um) juiz togado (concurado), que exerce a função de presidente da sessão de julgamento, e por 25 (vinte e cinco) jurados, chamados de juízes leigos, que legalmente são sorteados e escolhidos no meio dos cidadãos alistados previamente no Tribunal da Comarca.

Continuamente, 07 (sete) dos jurados alistados formarão o Conselho de Sentença em cada uma das sessões de julgamento, sendo que ficará a cargo dos advogados das partes (defesa e acusação) a respectiva escolha aleatória dos selecionados. Importante mencionar neste tópico que estando presentes pelo menos 15 (quinze) dos alistados, o juiz presidente declarará instaurados os trabalhos da sessão, anunciando o processo que será submetido a julgamento, devendo o oficial de justiça fazer pregão, certificando a diligências nos autos.

Para a formação da lista geral dos alistados, o juiz togado requisitará às autoridades locais, associações de classe e de bairro, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral, universidades, sindicatos, repartições públicas e outros núcleos comunitários, a indicação de pessoas que reúnam as condições para exercer a função de jurado, conforme disposição do art. 425, caput e § 1º do CPP.

Conforme disposição do art. 436, do CPP, poderá exercer a atividade de jurado todo cidadão maior de 18 (dezoito) anos de idade, que possua evidente aptidão, competência ou capacidade, seja ela moral, própria aos bons costumes, ou intelectual para o exercício.

Ademais, o Art. 436. do Código de Processo Penal dispõe a escolha dos jurados bem como quais serão isentos de tal serviço, sendo:

Art. 436. Os jurados serão escolhidos dentre cidadãos de notória idoneidade.

Parágrafo único. São isentos do serviço do júri:

- I - o Presidente da República e os ministros de Estado;
- II - os governadores ou interventores de Estados ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal e seus respectivos secretários;
- III - os membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional, das Assembléias Legislativas dos Estados e das Câmaras Municipais, enquanto durarem suas reuniões;
- IV - os prefeitos municipais;
- V - os magistrados e órgãos do Ministério Público;
- VI - os serventuários e funcionários da justiça;
- VII - o chefe, demais autoridades e funcionários da Polícia e Segurança Pública;
- VIII - os militares em serviço ativo;
- IX - as mulheres que não exerçam função pública e provem que, em virtude de ocupações domésticas, o serviço do júri lhes é particularmente difícil;
- X - por 1 (um) ano, mediante requerimento, os que tiverem efetivamente exercido a função de jurado, salvo nos lugares onde tal isenção possa redundar em prejuízo do serviço normal do júri;
- XI - quando requererem e o juiz reconhecer a necessidade da dispensa:
 - a) os médicos e os ministros de confissão religiosa;
 - b) os farmacêuticos e as parteiras (BRASIL, 1941).

Para o tópico acima mencionado, delibera-se novamente a indagação de que não é necessária, peculiarmente, o mínimo grau de escolaridade. Se por meios próprios, fora de uma instituição de ensino, um cidadão desenvolver habilidade mínima de compreensão, desde que preenchidos os demais quesitos, poderá este ser jurado.

Salienta-se, em complemento, que não poderá haver qualquer discriminação ou dispensa por etnia, cor, crença, sexo, classe social ou econômica, origem, profissão ou grau de instrução, razão pela qual este mandamento tem sido usado de escopo para permitir que pessoas não qualificadas ao exercício, possam ser jurados e respectivamente condenar acusados pelo mero sentimento de impunidade.

Ainda, de acordo com o Código Processo Penal, ser jurado é um dever e um direito, equiparado ao voto, já que é um serviço obrigatório e não remunerado, o que por muitas vezes prejudica a seleção de bons candidatos.

O serviço do júri não pode ser recusado quando convocado sem que haja justificativa plausível pelo jurado. Caso isso ocorra, é acarretado uma multa em valor variável de 1 (um) a 10 (dez) salários mínimos vigentes do mesmo ano, a mero critério de viabilidade do juiz, levando em análise a condição econômica do suposto jurado.

Organizado o Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, por sessões de julgamento, o juiz presidente esclarecerá aos jurados selecionados os respectivos impedimentos, suspeição e as incompatibilidades para com o caso, conforme supracitado.

2.3 COMPETÊNCIA TRIBUNAL DO JÚRI

A competência do conselho de sentença é prevista no art. 5.º, XXXVIII, d, CRFB (1988), o texto constitucional menciona ser assegurada a competência para os delitos dolosos contra a vida e não somente para eles.

Ademais, tal competência é mais destrinchada no art. 482 e seguintes do Código de Processo Penal brasileiro (1941), em que é previsto que o conselho irá responder às questões escritas e se o acusado deve ser absolvido. Já ao juiz presidente, conforme os arts. 492-493 e 497 do CPP, cabe a prolação da sentença absolutória ou condenatória, de acordo com aquilo que foi decidido pelo corpo de jurados, além de exercer a coordenação dos trabalhos.

Outrossim, abarcam-se na competência do Tribunal Popular, a princípio, as seguintes infrações: homicídio simples (art. 121, caput); privilegiado (art. 121, § 1.º), qualificado (art. 121, § 2.º), induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (art. 122), infanticídio (art. 123) e as várias formas de aborto (arts. 124, 125, 126 e 127). Além das formas tentadas. Não obstante, naturalmente, são vinculados os delitos conexos, aqueles que, por força da atração exercida pelo júri (arts. 76, 77 e 78, I, CPP), devem ser julgados, também, pelo Tribunal (BRASIL, 1940).

Adiante, apesar de ser um crime que atenta contra a vida, pelo menos em parte, o latrocínio não é abarcado na competência do tribunal do júri, tendo em vista que é um crime patrimonial, conforme súmula 603 do STF: "A competência para o processo e julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do tribunal do júri" (BRASIL, 1984).

Por fim, inclui-se à competência do tribunal do júri o genocídio, (art. 1.º, a, c e d, da Lei 2.889/56).

2.3.1 Competência Territorial do Júri

A competência territorial do tribunal do júri é estabelecida, conforme previsão legal do art. 70 do CPP, pelo local onde a infração foi consumada; ou, em caso de crime tentado, no local em que o último ato executório foi realizado, sendo adotada a teoria do resultado.

Pela análise simplista da lei, a competência nos crimes dolosos contra a vida seria estabelecida pelo local onde o resultado se consumou, no entanto, nos crimes de competência do tribunal do júri, quando o resultado ocorre em comarca diversa em que foram feitos os atos de execução, têm se entendido que é descartado o art. 70 do Código de Processo Penal, e passa a ser utilizada a teoria da atividade (CAMPOS, 2015. p. 13).

A mudança ocorre para que, além da colheita de provas seja feita com uma maior facilidade (livrando-se do despacho de cartas precatórias para oitiva de testemunhas, vítimas que residam em outra localidade), o crime seja julgado por aquela comunidade que foi mais abalada pelo fato.

Além disso, caso haja conexão ou continência entre crimes da competência do júri e de outro órgão de jurisdição comum, o artigo 78, I, do Código Penal prevê que imperará a competência do tribunal do júri. Sendo, desta forma, os delitos julgados juntamente com os crimes dolosos contra a vida que exista conexão ou continência.

Desta forma, a regra geral para o estabelecimento do foro competente é o local em que o crime foi consumado, ou, em caso de crimes tentados, o local onde foi feito o último ato executório. Não obstante, caso seja um crime plurilocal, em que os atos executórios ocorrem em uma comarca e o resultado se dá em outro, há o entendimento que pode ser estabelecido como competente o foro da comarca em que ocorreram os atos executórios. Caso seja melhor para a instrução processual.

3.FUNDAMENTAÇÃO E IGNORÂNCIA DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI

3.1 CAPACIDADE TÉCNICA JURÍDICA DO JURADO

Um dos pontos de grande discussão do presente trabalho é a respeito da capacidade técnica dos jurados, uma vez que o (a) cidadão (ã), sob juramento, é o (a) responsável por decidir sobre “o destino” do acusado daquele crime.

O artigo 436 do Código de Processo Penal (1941) deduz que, para ser jurado, os cidadãos deverão ser maiores de 18 (dezoito) anos de notória idoneidade, pressupondo assim que devem estar em pleno gozo dos direitos políticos; não terem sido processados criminalmente (ficha limpa); e prestarem o serviço gratuitamente (voluntário).

Dado isso, observa-se que não há proibições contra os analfabetos ou contra a baixa escolaridade para composição do júri.

À parte da estrutura do Tribunal do Júri e seu procedimento, discute-se no momento a subjetividade estrutural presente no julgamento dos crimes dolosos contra a vida, uma vez que a condenação do acusado poderá ser decidida por cidadãos leigos e desprendidos do conhecimento técnico necessário à gravidade do caso.

Ademais, conforme preceitua Marques (1997): “Para julgar não basta o bom senso, nem tampouco o rigorismo com o delinquente. A tarefa é muito mais vasta e complexa e requer, por

isso, amadurecimento e reflexão baseada em conhecimentos científicos bem sedimentados” (MARQUES, 1997, p. 26).

Nesse sentido, é preciso que o jurado tenha conhecimento sobre aquilo que está sendo tratado, não podendo ele estar perdido quanto ao conteúdo tratado, tendo em vista que “Pelos jurados não possuírem conhecimentos jurídicos, se tornam mais vulneráveis ao convencimento baseado na retórica, e não nas provas efetivamente colhidas nos autos” (OLIVEIRA, Laís. 2017, p. 11).

Desta forma, é preciso que os jurados tenham conhecimento daquilo que está sendo tratado, possuindo uma capacidade técnica jurídica mínima para compreender o caso em questão, suas implicações e suas nuances. Para que a ignorância, a falta de conhecimento, não influencie tanto em sua decisão.

3.2 FUNDAMENTAÇÃO E IGNORÂNCIA DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI

A fundamentação das decisões judiciais é um dos pressupostos do devido processo legal, previsto no artigo 5º, inciso LIV, da CRFB/88. A legislação brasileira, no art. 93, IX, CRBF/88, determina que todas as decisões de órgãos do poder judiciário serão fundamentadas.

Em relação à fundamentação das decisões do tribunal do júri, muitas vezes os jurados decidem apenas pela retórica das partes (advogados e promotores), e não pela verdade dos fatos. Ainda, é possível deduzir que a decisão do (a) jurado (a) faz jus a sua consciência imparcial e sentimentalismo, e não segundo a lei.

Outrossim, André Santos disserta quê:

Como sustentação da tese aqui exposta impõe-se afirmar que no estágio de desenvolvimento civilizatório em que nos encontramos, não é possível conceber-se que se considere democrática uma sociedade que possua uma instituição de natureza penal que imponha decisões sem qualquer espécie de fundamentação, como as prolatadas pelo Júri (SANTOS, André. 2011, p. 41).

Nesse diapasão, é possível aduzir que não é aceitável decisões não fundamentadas que influenciam diretamente na vida dos réus. Uma vez que a própria Constituição Federal do Brasil/1988 prevê que toda decisão de órgãos do poder judiciário deverá ser fundamentada.

Art. 93. IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes (BRASIL, 1988).

Ademais, Conforme Flávio Albernaz, a possibilidade de ausência de motivação da decisão

(...) faz, em outras palavras, dada a natureza instrumental do dever de motivar adequadamente, letra morta os princípios garantidores de um Direito Penal da liberdade, em especial, o princípio da estrita legalidade; torna inútil o mero exercício da retórica, os princípios de um modelo processual penal acusatório, garantista (...)(ALBERNAZ, 1997, p. 155)

Portanto, é possível entender sendo o Tribunal do Júri um órgão do poder judiciário, "a inexistência de motivação das decisões proferidas pelos jurados faz com que o julgamento possua alta carga subjetiva, já que a decisão é baseada na íntima convicção, não necessitando fundar-se unicamente nas provas colhidas nos autos." (OLIVEIRA, Laís. 2017, p. 9).

Dos demais requisitos legais descartados pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, cabe mencionar o Capítulo III do Código Penal, o qual trata "da aplicação da pena", e inicia com a "fixação da pena", retrata em seu artigo 59 que:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (...); (BRASIL, 1940).

Ou seja, o juízo competente ao julgamento do caso concreto analisará as circunstâncias judiciais que estão envolvidas no crime e também as questões legais, emitindo nesses limites pré-estabelecidos, o trabalho de fixação da pena, o qual, de acordo com Guilherme de Souza Nucci, pode ser conceituado como "um processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando à suficiência para prevenção e reprovação da infração penal" (NUCCI, Guilherme. 2002, p. 226), por meio do qual o juiz, em conformidade com os limites mínimo e máximo estabelecidos por lei, quantifica, de forma motivada, a pena-base, primeira etapa da dosimetria da pena.

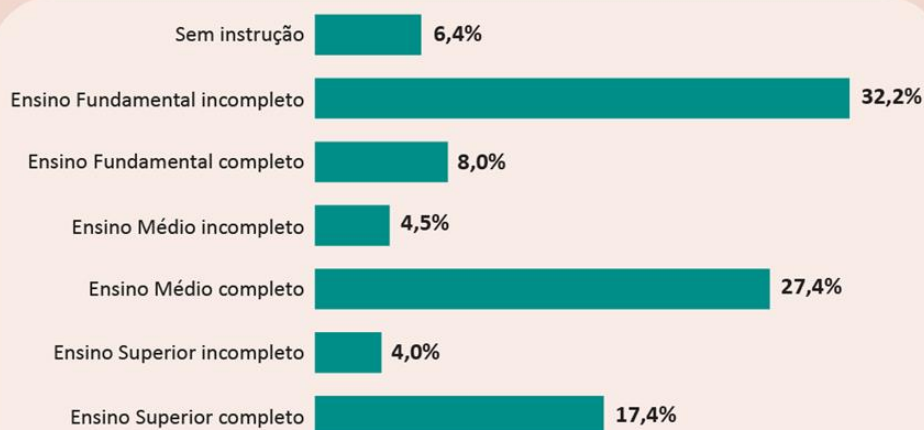
Porquanto, em que trate o julgamento pelo Conselho, muitas das vezes a fundamentação é deixada de lado em razão de motivações sociais e pessoais mais relevantes, que prejudicam em grande forma os acusados. Todos os atos devem ser motivados, mas detenha-se que a motivação seja legal, não de cunho pesaroso. Conforme assevera Nucci, "é a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos, os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou de lógica ou os demais vícios de julgamento" (NUCCI, 2012. p. 226).

3.3 BAIXA ESCOLARIDADE ASSOLADA NO BRASIL

Uma das faces que apresenta o Brasil ao mundo é a taxa de desigualdade social gigantesca, que consequentemente leva o nível de escolaridade média da população à fase mais baixa, e que tende a se manter assim por outras gerações, uma vez que cada vez mais "o pobre continua pobre e o rico fica mais rico", parafraseando Luiz Inácio Lula da Silva, político brasileiro, em entrevista à CBN de Santa Catarina.

Conforme IBGE (2019), a PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua), no Brasil, a taxa de analfabetismo das pessoas de 15 anos ou mais é estimada em 6,6%. Ademais, a taxa de pessoas acima de 25 anos que concluíram, no mínimo, o ensino médio é de 48,8%, ou seja, menos da metade.

Nível de instrução das pessoas com 25 anos ou mais de idade (Brasil - 2019)



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2012-2019

Tais estatísticas não são apenas números soltos ao vento, elas refletem firmemente a educação no Brasil, pois a educação é algo importantíssimo para o desenvolvimento de uma sociedade igualitária e mais justa. Os números mencionados deveriam causar uma preocupação na sociedade brasileira, levando em consideração que nem a metade da população com pelo menos 25 anos conseguiu finalizar o ensino médio, algo que, a princípio, parece ser tão básico.

Sabe-se, por óbvio, que a falta de conclusão dos estudos despeja um país com futuro menos próspero financeiramente, uma vez que quem conclui os estudos contribui com o desenvolvimento econômico e social ao criar e/ou coordenar, por exemplo, grandes empresas, inovar com pesquisas e novas tecnologias.

Ademais, ainda há que se falar da taxa de analfabetos funcionais no Brasil, que, conforme o Indicador de Alfabetismo Funcional, veiculado no final de 2020 pelo Jornal da USP (Universidade de São Paulo), cerca de 29% da população brasileira tem dificuldade em ler e interpretar textos. A pesquisa foi realizada com pessoas entre 15 e 64 anos de idade.

Outrossim, conforme preceitua o especialista em política e gestão educacional, professor José Marcelino de Rezende Pinto, da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto (FFCLRP) da USP "A nossa escola ainda produz muitos analfabetos", tendo em vista que "ela não

consegue transformar o conhecimento, a alfabetização, seja ela na linguagem pátria ou matemática, em algo do cotidiano dessas pessoas”.

Em comparativo a esta pesquisa, pessoas como as mencionadas na pesquisa acima podem livremente se inscrever para compor o Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, ressalvadas pela disposição legal e pelo princípio da democracia. Entretanto, usam do senso comum às quais foram criadas e inseridas para penalizar um acusado que supostamente cometeu um crime contra a vida.

Nesse diapasão, levando em consideração a composição do tribunal do júri, baixa escolaridade do país e o analfabetismo funcional presente na sociedade brasileira, a indagação que fica é a seguinte: será que mais da metade da população com 25 anos ou mais, que não possui nem o ensino médio, tem capacidade para julgar cidadãos em processos tão complexos?

Oliveira defende que “pelos jurados não possuem conhecimentos jurídicos, se tornam mais vulneráveis ao convencimento baseado na retórica, e não nas provas efetivamente colhidas nos autos”. (OLIVEIRA, Laís. 2017, p. 10).

Desta maneira, nos exemplos cotidianos a serem julgados, o princípio da democracia encontra a verdade absoluta junto à irrevogabilidade da sentença do Conselho, porém, não há justiça quando pessoas sem a devida instrução emitem juízo de valor e condenação sobre outrem.

4. ESTRUTURA, ANÁLISE DE CASO E SISTEMAS COMPARADOS

4.1 RESUMO DOS AUTOS Nº 0024.10.189.058-0

A presente pesquisa é uma análise dos autos nº 0024.10.189-058-0, numeração antiga, o qual nos fora apresentado durante a graduação, na Unidade Curricular (UC) de Processo Penal, pelos professores Hassan Souki e Cristian Kiefer, este último ora nosso orientador.

O mencionado processo trata-se da penalização de Lucas, nome fictício para preservar a identidade do acusado, que em 16 de junho de 2010, por volta das 10:20h, em endereço qualificado nos autos, e em comunhão de ação com terceiro não identificado nos autos, deferiu disparos em face de Vitor, nome também fictício a fim de preservar os direitos da vítima, provocando-lhe lesões que causaram sua morte.

Narra a denúncia que o homicídio fora qualificado em razão da dificuldade de defesa da vítima, em razão dos disparos terem sido efetuados em surpresa a vítima, uma vez que Vitor fora alvejado no interior de local que impossibilitou refúgio.

Não obstante, discorreu-se no processo acerca da motivação torpe do crime, pois a tese envolvida foi de tráfico entre facções, onde a vítima era um dos líderes da gangue. Em complemento, foram acostados nos autos o alvejamento do corpo, o que motiva a desnecessidade do crime em razão de mera vingança.

O inquérito criminal iniciou-se, sendo ouvidas as testemunhas, bem como do próprio acusado, que assumiu o crime, e instruído as demais provas, concluindo ao final pela materialidade do crime ao autor. Prosseguido feito ao juiz e em seguida ao réu, que participou de audiência e recebeu prazo para alegações finais, encerrou-se a primeira fase do feito.

No referido encerramento, a pronúncia girou em torno do artigo 121, parágrafo 2º, incisos I e IV, do Código Penal, a fim de que o julgamento perante o soberano Tribunal do Júri fosse remetido, sendo a devida notificação para que fosse feita.

Composto o Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, bem como convocados os jurados para a votação, e o réu e procurador constituído para sua defesa, decidiu-se ao final, por unanimidade 07 (sete) votos que: 1) No dia, hora e local em questão, a vítima fora atingida por disparos de arma de fogo; 2) O acusado foi quem efetuou os disparos; 3) O acusado não pode ser absolvido; 4) O crime não foi cometido por motivo torpe; 5) O crime não foi cometido com recurso que dificultou a defesa da vítima.

O feito prosseguiu com os trâmites legais, sendo descrito o que tinha que se interessar.

4.2 CRÍTICA AO SISTEMA DO TRIBUNAL DO JÚRI

Quando analisado o instituto do Tribunal do Júri, grandes correntes doutrinárias seguem o viés de que este seria uma das mais democráticas instituições do Poder Judiciário, conforme já mencionado. Soma-se ao fato de que ainda que submeta o homem ao julgamento de seus pares e não ao da Justiça Togada, este fato torna aplicado o direito ao entendimento popular sobre o crime e o acusado, e não em consonância com as técnicas que regem os Tribunais.

O Tribunal do Júri, dentre suas peculiaridades aquém ao princípio da democracia, que insere novos valores democráticos ao processo legal, configura-se eivado de arbitrariedade, em razão da inexistência do dever de motivação dos julgamentos, ou seja, não há necessidade de nenhuma fundamentação de fato ou jurídica acerca da opção de voto do jurado.

Exemplificadamente, e com base nos autos acima, cabe mencionar que os principais argumentos contrários à existência do Júri, reduzem-se principalmente à falta de decisão fundamentada, bem como ao fato de que maioria dos jurados não tem experiência ou sequer são juristas formados e capacitados a dirimir o conflito e julgamento do caso.

Ainda, não há quem garanta que Júri é verdadeiramente o representativo da comunidade, uma vez que os julgamentos são baseados somente em um senso social de justiça que não abarca a opinião política dos demais, pois cada ser tem o livre arbítrio e disposições similares de pensamento e liberdade garantidos no artigo 5º da CRFB/88.

Pela mesma análise, os resultados do Júri são imprevisíveis, e a mídia vem a influenciar decisivamente no veredicto, onde frequentemente os resultados do Júri são frutos da persuasão e não da razão, sob a sapiência principalmente da falta aos jurados da necessária habilidade para entender e julgar corretamente.

Não obstante, na singela análise desta pesquisa e com base nos autos acima mencionado, os jurados, quando designados, são compelidos, mas tendem a não julgar com o mesmo profissionalismo de um Jurista, que tenha escolhido o Direito como profissão, razão pela qual o Júri não é tão frutífero conforme previsão legal.

Em complemento, os autos acima são exemplos práticos da falta de compatibilidade jurídica, no sentido de que o júri votou por penalização ao acusado, sem considerar certas qualificadoras, ou sem a análise processual a qual poderia absolvê-lo.

Embora o já destacado §1º, do art. 436, do CPP, tenha natureza bastante inclusiva, buscando afastar qualquer tipo de discriminação apta a interferir na escolha dos jurados, tenho que o dispositivo em análise deve ser analisado com cautela, sobretudo no que concerne à expressão “grau de instrução”.

Assim, se o jurado for incapaz de distinguir o significado das instituições jurídicas, inúmeras são as chances de uma influência negativa sobre o veredito, o que pode significar uma grande injustiça, tanto a título de condenação quanto de absolvição.

4.3 MODELOS E COMPARAÇÕES

4.3.1 Estados Unidos da América (EUA)

O tribunal do júri dos Estados Unidos da América, conforme a sexta emenda da Constituição do país citado, pode ser utilizado em causas cíveis e criminais, diferentemente do que ocorre no Brasil, em que apenas crimes dolosos contra a vida são julgados pelo tribunal do júri:

Emenda VI: Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1787).

O julgamento citado deverá ser feito por um jurado imparcial, que será selecionado pelo Estado, no distrito que foi cometido aquele delito, conforme o artigo 3º, seção 2, parte final da Constituição Americana:

Art. 3º, Seção 2: (...) O julgamento de todos os crimes, exceto em casos de impeachment, será feito por júri, tendo lugar o julgamento no mesmo Estado em que houverem ocorrido os crimes; e, se não houverem ocorrido em nenhum dos Estados, o julgamento terá lugar na localidade que o Congresso designar por lei (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1787).

Nesse sentido, é possível observar - na visão da população americana - que há uma função de cunho político-social na atuação junto ao tribunal do júri, função essa de participação na democracia e no estado democrático de direito.

Ademais, o tribunal do júri norte-americano é pouco regulamentado, desta forma, grande parte do seu rito é estabelecido conforme a jurisprudência (SÉROUSSI, 2001). Diferentemente do que acontece no Brasil, em que o rito é previsto no Código de processo penal brasileiro.

O *Grand jury* (Júri Federal) é composto — em regra — de 16 a 23 jurados titulares e outros que podem, eventualmente, substituí-los. Já no júri estadual, a carta magna não prevê um número certo de jurados. Desta maneira, quem determina é o Tribunal Supremo Federal do país, que varia de 6 (seis) a 8(oito) pessoas por Estado (FERREIRA, 2004. p.19).

O veredito no júri americano, normalmente, não só é harmônico entre os jurados, bem como deve ser discutido entre os jurados, pois é produto da atuação do cidadão. Não há forma de praticar os direitos e deveres ao voto (no que tange a condenação ou absolvição), se não for por meio de discussão, do diálogo e do bom senso.

Para este último exemplo, esta pesquisa defende a ideia de uma discussão justa e fundamentada.

4.3.2 Portugal - Modelo Sugerido

O tribunal do júri em Portugal é sistematizado pelo Decreto-Lei nº 387-A/87 de 29 de dezembro. O modelo utilizado em Portugal é conhecido como escabinato, Paulo Rangel ensina que:

A função do escabinato português é intervir na decisão das questões da culpabilidade e na determinação da pena a ser aplicada, ou seja, a formação do escabinato com juízes togados permite que seja discutido o quantum da pena a ser aplicada, pois questões estritamente legais são conhecidas e compreendidas, já que integram o júri juízes togados (PORTUGAL, 1987).

A deliberação pelo Júri só ocorre quando uma das partes requerer, conforme o art. 2º, Seção 1 do Decreto-Lei nº 387-A/87 de 29 de dezembro. Motivo esse que torna raro a utilização do tribunal do júri no país.

O Código de Processo Penal Português é expresso quando dispõe que:

Art. 13: Compete ao tribunal do júri julgar os processos que, tendo a intervenção do júri sido requerida pelo Ministério Público, pelo assistente ou pelo arguido, respeitarem a crimes previstos no título II e no capítulo I do título V do livro II do Código Penal (PORTUGAL, 1987).

A legislação portuguesa determina que o tribunal do júri é composto por sete elementos: três juízes e quatro jurados efetivos. O tribunal é presidido pelo presidente do tribunal coletivo.

Ademais, há ainda a lei prevê a seleção de quatro jurados substitutos, que só intervêm quando algum dos efetivos estiver impossibilitado, antes ou durante o julgamento.

Adiante, é possível aduzir que o jurado português é remunerado para exercer a sua função, que é considerada como um serviço público obrigatório, não sendo possível a recusa, sendo tipificado como crime de desobediência.

Em relação às decisões, elas são feitas com base na maioria simples, em que cada jurado deve explicar as razões da sua decisão. A primordialidade de justificação das decisões e a comunicação entre os jurados é essencial para caracterizar um regime altamente democrático.

Para esta análise, o modelo acima indicado adequaria a necessidade brasileira, porém, pela escassez de mão de obra de juízes togados, bem como pelo alto custo de impacto orçamentário para efetivação dos mencionados, o modelo deverá passar por adequações para que sejam considerados juristas formados como componentes do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Até aqui, entende-se estarem agora reunidas as condições necessárias para apresentar as conclusões. A presente pesquisa demonstra que a Instituição do Tribunal do Júri é relativamente falha em relação aos julgamentos proferidos pelo Conselho de Sentença, seu respectivo Júri e a homologação do Juiz Togado.

O debate final se situa na relevância do júri. Sua importância é indiscutível. A análise crítica ao apontar os defeitos e as vantagens da instituição como um todo. Em sua essência, ela é recomendável, em teoria corretamente aceitável, pois permite que o indivíduo seja julgado por seus pares. Todavia, na prática é espontaneamente desvirtuado.

O fato alegado decorre em razão do Brasil apresentar, em uma de suas faces, gigantesca taxa de desigualdade social, que conseqüentemente leva o nível de escolaridade média da população à fase mais baixa, e que tende a se manter assim por outras gerações, o que coloca em jogo o julgamento prudente dos selecionados ao júri.

Outrossim, os autos discutidos em pesquisa mostram o exemplo prático da falta de compatibilidade jurídica, no sentido de que o júri vota pela penalização ao acusado, sem considerar certas qualificadoras, ou sem a análise processual a qual poderia absolvê-lo.

Não obstante, a função não é atrativa, não gera ganho aos jurados, tampouco os remunera para que sua condensação seja válida. Para os casos impreteríveis de o jurado ser incapaz de distinguir o significado das instituições jurídicas, inúmeras são as chances de uma influência negativa sobre o veredito, o que pode significar uma grande injustiça, tanto a título de condenação quanto de absolvição.

Neste ponto, esta pesquisa salienta a importância da alteração legislativa para que os julgamentos tenham equilíbrio entre a probabilidade de um grupo de profissionais treinados

alcançar a resposta "certa", do que um grupo de indivíduos "comuns" serem responsáveis pela justiça.

Infelizmente, pela falta estrutural, econômica e social a qual os brasileiros são submetidos, os crimes provavelmente continuarão a serem cometidos, bem como as discussões sobre o tema Conselho de Sentença, e sua deseabilidade, existirão.

O caminho mais viável não é a sua extinção, mas sua adequação à modernidade, mantendo-o vivo e atuante, promovendo justiça por pessoas ou agentes que possam submeter tal análise, de forma correta. Criaria, portanto, um cenário jurídico propício à materialização de condições humanas aos acusados.

A título de conclusão, estudou-se nesta pesquisa que o modelo mais adequado à realidade brasileira é o atualmente vigente em Portugal, uma vez que, no país lusitano, há quatro cidadãos comuns (eleitores) e três profissionais qualificados ao julgamento da demanda (juiz togado).

REFERÊNCIAS

ALBERNAZ, Flávio Boechat. **O princípio da motivação das decisões do conselho de sentença.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 5, n. 19, p. 125/159, jul./set. 1997.

ANTUNES, RODRIGO MERLI; CANO, LEANDRO JORGE BITTENCOURT; DOMINGUES, ALEXANDRE SÁ. **O tribunal do Júri na Visão do Juiz, do Promotor, e do Advogado,** 2014, Editora Atlas S.A.

BRASIL. Constituição 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto Lei nº3689 de 3 de outubro de 1941.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 603** (DJ de 29/10/1984, p. 18113; DJ de 3/10/1984, p. 18201; DJ de 31/10/1984, p. 18285), 1984.

CAMPOS, Walfredo C. **Tribunal do Júri: Teoria e Prática,** 4ª edição: Grupo GEN, 2015. E-book. ISBN 9788522492565. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522492565/>. Acesso em: 06 out. 2022.

CARLOTTO, Daniele; SOARES, Deise Mara; GRESSLER, Gustavo. **Um olhar sobre o tribunal do júri Norte-Americano.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, VIII, n.20, fev. 2005.

CONJUR, Consultor jurídico. **Especialistas analisam o tribunal do júri Brasileiro.** 3 de março de 2012.

COSTA, Fabrício Veiga. **Direito Processual Penal. A desmitologização do tribunal do júri pela racionalidade crítica.** Rio Grande XIV, N 94, novembro de 2011.

COUTINHO, J. N. M. **Novo Código de Processo Penal pede nova mentalidade.** Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 06 de abril de 2009. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2009-abr-06/revisao-código-processo-penal-demanda-sistema-acusatorio>>. Acesso em: 14 ago. de 2022.

CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luis Flavio; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do código de processo penal e da lei de trânsito. Novo procedimento do júri. Direito administrativo brasileiro**. 27, Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. v.4. p.409.

ESTADOS UNIDOS, Constituição Americana. Disponível em: <<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALNETO.pdf>>. Acesso em: 31 set. de 2022.

FRAGA, Érica. **No Brasil a chance do filho repetir a baixa escolaridade do pai é o dobro dos EUA**. 27 de março de 2021. Folha de São Paulo. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/03/no-brasil-chance-de-filho-repetir-baixa-escolaridade-do-pai-e-o-dobro-dos-eua.shtml>>. Acesso em: 05 jun. de 2022.

FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. **O devido processo legal: um estudo comparado**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004. p.19.

IBGE. Conheça o Brasil - População EDUCAÇÃO - IBGE EDUCA, 2019. Disponível em: <<https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18317-educacao.html>>. Acesso em: 06 ago. 2022.

LIMA, Roberto Kant de. 1991. **“Ordem pública e pública desordem: modelos processuais de controle social em uma perspectiva comparada (inquérito e jury system)”**. Página 148. Anuário Antropológico, n. 88:21-44, Brasília.

LOURENÇO, Tainá. **Escolas brasileiras ainda formam analfabetos funcionais**. Jornal da USP, 2020. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/atualidades/escolas-brasileiras-ainda-formam-analfabetos-funcionais/>>. Acesso em: 06 ago. 2022.

MARQUES, José Frederico. **A Instituição do Júri**. Campinas: Bookseller, 1997.

MCNAUGHT, John. Inglaterra Y Gales. Gómez, Ramón Maciá (Org.). **Sistema De Proceso En Europa**. Barcelona: Cedecs, 1998. p.224

MIRABETE, JÚLIO FABBRINI. **Código de Processo Penal interpretado**, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 2. ed. rev., ampl. Página 226. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 10 ed. rev. atual. e ampl. Página 226. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Laís Mendes. **Tribunal do júri e o subjetivismo inquisitivo**. De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2017. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/211924228.pdf> >. Acesso em: 16 set. 2022.

OLIVEIRA, Alessandra Lina de. **A instituição do júri no Brasil Império**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2641, 24 set. 2010 . Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17480>>. Acesso em: 18 set. 2022.

PASSADORI, Reinaldo. **As sete dimensões da comunicação**, Ed. Gente, 2009.

PORTUGAL. Código de Processo Penal Português. Decreto Lei nº 78 de 1987.

PORTUGAL. REGIME DE JÚRI EM PROCESSO PENAL. DL n.º 387-A/87. Disponível em: <https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=315&tabela=leis>. Acesso em: 18 set. 2022.

RANGEL, Paulo. **A inconstitucionalidade da incomunicabilidade do conselho de sentença no tribunal do júri brasileiro**. 2005.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica**. 4. Ed. rev. e atual. até 2 de julho de 2012 – São Paulo: Atlas, 2012.

REIS, Wanderlei José dos. **Direito Penal. Tribunal do júri**. Vol.1º. Ed. Juruá. 2015

SANTOS, André Leonardo Copetti. **A Incompatibilidade das Decisões do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri com o Estado Democrático de Direito**: uma interpretação da legitimidade das decisões judiciais a partir de uma interseção entre filosofia e direito. Sistema Penal & Violência, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 30-46, jan. /jun. 2011.

SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**. Tradução de Renata

Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do Júri - Símbolos e Rituais**. Quarta edição, revista modificada. página 87 e 90, edição de 2001.

VIVEIROS, Mauro. **Tribunal do júri. Na ordem constitucional brasileira: um órgão da cidadania**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p.120.) Incompatibilidades e impedimentos. <<https://isabellateresa.jusbrasil.com.br/artigos/193933947/incompatibilidades-e-impedimentos>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

WIELEWICKI, Vera H. G. **A pesquisa etnográfica como construção discursiva**. Maringá: Acta Scientiarum, 2001.

A INEFICÁCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS

KAROLINE GONÇALVES ALMEIDA:

Graduanda em Direito pela
Universidade de Gurupi-UNIRG.

CELMA MILHOMEM JARDIM

(orientadora)

Resumo: A prática de agressão contra a mulher, seja por meio da violência doméstica e/ou familiar contra a mulher é conduta criminosa punida pelo ordenamento brasileiro atendendo a Lei Maria da Penha (Lei nº 13.140/2006), que pune todo tipo de violência, seja ela a física, a psicológica, a moral, a patrimonial e a sexual. Além de punir a conduta que já foi praticada, a Lei também tem como propósito prevenir, isto é, impossibilitar que a violência venha a ser cometida. Assim sendo, um dos mecanismos para reprimir a violência contra a mulher previsto na lei é a aplicação de Medidas Preventivas em face do agressor. Quando fixada, a medida preventiva impede a aproximação e contato entre vítima e seu agressor, afastando-o do ambiente doméstico a que estava inserido. Considerando as disposições legais, a pesquisa objetiva analisar a aplicação prática dos artigos 22 a 24 da Lei 13.140/2006 e solucionar o questionamento acerca da sua eficácia ou ineficácia. Através de um estudo teórico, bibliográfico e qualitativo, que analisará as normas, doutrinas e apontamentos jurisprudenciais acerca do tema proposto, espera-se ao final apontar qual tem sido o resultado obtido pelo judiciário ao infringir medidas protetivas ao agressor que comete atos agressão contra a mulher em seu ambiente doméstico e familiar.

Palavras-chave: Violência Doméstica e/ou Familiar. Medidas Protetivas. Lei Maria da Penha. Ineficácia.

Abstract: The practice of aggression against women, whether through domestic and/or family violence against women, is a criminal conduct punished by the Brazilian legal system in accordance with the Maria da Penha Law (Law No. , be it physical, psychological, moral, patrimonial or sexual. In addition to punishing conduct that has already been committed, the Law also aims to prevent, that is, to make it impossible for violence to be committed. Therefore, one of the agreements to repress violence against women provided for in the law is the application of Preventive Measures in the face of the aggressor. When fixed, the preventive measure prevents the approximation and contact between the victim and his aggressor, keeping him away from the domestic environment in which he was inserted. Considering the legal provisions, the research aims to analyze the practical application of articles 22 to 24 of Law 13,140/2006 and resolve the questioning about their effectiveness or ineffectiveness. Through a theoretical, bibliographical and qualitative study, which will analyze the norms, doctrines and jurisprudential notes about the proposed theme, it is expected at the end to point out what has been the result obtained by the judiciary when infringing protective measures to the aggressor who commits acts of aggression against the woman in her home and family environment.

Keywords: Domestic and/or Family Violence. Protective Measures. Maria da Penha Law. Ineffectiveness.

Sumário: 1. Introdução; 2. Referencial Teórico; 2.1 A Violência Desde o Princípio da Civilização: Uma Análise Histórica; 2.2 Contexto do Feminicídio; 2.3 Criação e Propósito da Lei Maria da Penha; 2.4 Os Principais Erros na Aplicação da Lei e os Precedentes que Constituem o Descumprimento da Medida Protetiva; 2.5 A Ineficácia das Medidas Protetivas em Casos de Agressão Doméstica Contra a Mulher: Soluções Factíveis; 2.6 A Morte das Mulheres em Decorência da Ineficácia da Medida Protetiva; Conclusão; Referências

1. Introdução

A violência contra o gênero feminino é um assunto que acontece na vida de milhares de mulheres no nosso país, não por acaso é um assunto que tem sido objeto de estudo em várias universidades em todos estados do Brasil, além de ser uma causa que vem sendo defendida em vários órgãos, principalmente os internacionais.

A violência contra a mulher, seja ela doméstica ou familiar, é estabelecida como uma das formas de agressões mais comuns de acordo com a história da evolução humana, porém ainda é silenciosa e invisível, é considerada um grave problema dos direitos humanos e precisa sair das sombras e ser trazida para o debate. É um tipo de problema que se encontra em várias situações socioculturais, tendo como fruto da ordem patriarcal, que tinham como ideia central, de que o sexo feminino deve ser considerado inferior e ser tratado com desprezo, por ser o popularmente chamado de "sexo frágil".

O Brasil foi um dos países a assinar a carta na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher da Organização dos Estados Americanos, sancionou em 2006 a Lei nº 12.340, criminalizando os atos de agressão doméstica e familiar praticado contra a mulher.

Dessa forma, surge a Lei nº 11.340/06 com o intuito de proteger a mulher vítima de agressão, sendo o Estado o responsável legal por promover a proteção adequada as vítimas, principalmente de forma jurídica a fim de acabar com as agressões e protege-la do agressor, que na maioria das vezes é o cônjuge.

Popularmente denominada de Lei Maria da Penha, a normativa em vigor no Brasil possui dispositivos que não apenas punem os atos de violência contra a mulher já praticados, mas também criam mecanismos para prevenir e coibir a sua ocorrência.

Um dos mecanismos ofertados pela Lei 11.340/2006 para impedir a violência contra a mulher é a fixação das chamadas medidas preventivas previstas desde o artigo 22 até o 24 da Lei.

Aplicadas tanto para a proteção da vítima quanto para o afastamento do agressor, as medidas protetivas têm o propósito de impedir que a mulher permaneça vítima das variadas

formas de agressão através da punição prevista no ordenamento brasileiro, e por isso são aplicadas em caráter de urgência pela autoridade policial.

Portanto, mesmo com tantos dispositivos, mesmo a Lei Maria da Penha representar um grande avanço no combate a violência de gênero, ela como um todo não retrata a situação atual, pois percebe-se que ainda existem agressões cometidas contra o gênero feminino, ou seja, mesmo com a Lei 11.340/2006 determinada e a medida protetiva estar garantida, a recorrência da violência é elevada, nota-se que há certa ineficácia nas medidas protetivas ou dificuldade em fazer as medidas serem cumpridas.

Então, são essas medidas protetivas o objeto de estudo do trabalho científico a ser elaborado, que será desenvolvido segundo os aspectos teóricos e metodológicos desenvolvidos ao longo deste projeto de pesquisa jurídica.

2.Referencial Teórico

2.1 A Violência Desde o Princípio da Civilização: Uma Análise Histórica

Leite (1994) e Vicentino (1997) afirmam que no ano de 2000 a.C., o casamento era definido como a compra de uma mulher, isto é, segundo o Direito Sumério da Mesopotâmia. Portanto a mulher que respondesse o marido, ou difamasse dele, afirmando que o odiava ou que negasse ter relacionamento com o cônjuge, recebia uma punição de ser jogada do alto de uma torre ou no rio, antes elas tinham as mãos e os pés amarrados.

Os autores citam o Código de Hamurábi, a famosa Lei de Talião, baseados nos princípios de vingança, a máxima "olho por olho, dente por dente", os procedimentos jurídicos dessa época citavam que, caso a mulher não pudesse ter filhos, gerar descendentes para o companheiro, ele poderia possuir uma segunda esposa.

Conforme Vicentino (1997) afirma em sua pesquisa que, a revolução neolítica ocorrida há 400 a. C., foi um período onde houve a domesticação de animais e o domínio da agricultura, onde as tarefas entre os homens e as mulheres foram divididas, ou seja, mulheres tinham um papel mais ligado as tarefas domésticas, a reprodução e criação da prole, enquanto o homem era o responsável por proteger, e prover alimentos, carne de caça e etc.

Osório (2002) acrescenta que o matriarcado foi privilegiado, pois a função feminina era na segurança da habitação, ficar no abrigo, enquanto que o homem teria de se arriscar em busca da subsistência. Naquele contexto, pela estrutura física da mulher e as características da criança, a sua posição era mais benéfica naquele local. Os povos primitivos por exemplo, a mulher possuía uma função importantíssima voltada para o cultivo de plantas e domesticação de animais, seja para consumo ou para facilitar a vida naquele tempo.

O conceito de casamento e família variava em cada local, por exemplo, em Esparta, as mulheres tinham a liberdade de praticar esportes, e promover uma maternidade sadia, enquanto na Grécia a mulher estava sujeita a autoridade do marido, e se fosse rica, não sairia de casa, porém

se fosse pobre, ela poderia trabalhar nos bosques ou no mercado. Tinha a função basicamente de reprodução, criação dos filhos e gerência da propriedade (VICENTINHO, 1997).

Em pesquisas de Leite (1994), e Vicentino (1997) apontam que o Direito Sumério, em cerca de 2000 a.C., a mulher era comprada pelo marido e se casava com ele, e caso viesse a contrariá-lo de alguma forma, o marido poderia matá-la, seja afogada ou queimada.

Nota-se que em várias sociedades diferentes as mulheres eram tratadas de forma violenta. Não se trata de um fenômeno atual, pode-se afirmar que as mulheres em algumas civilizações eram quase objetos reprodutivos.

Outro exemplo segundo Vicentino (1997) é no Direito Romano que a punição as mulheres cabiam ao Estado decidir. Leite (1994) destaca que na Idade Média a violência de gênero ocorria através das fogueiras da inquisição, cometendo atrocidades terríveis. Em casos de traição, no entendimento das ordenações filipinas, é que o marido poderia matar tanto o amante, quanto a mulher. E caso o amante possuísse uma condição melhor do que a do marido poderia buscar a resolução do caso na justiça, se livrando da morte devido ao dinheiro.

Passando a frente, já no Brasil Colônia, também nota-se como era o tratamento de inferioridade que a mulher recebia, de acordo com Ferreira (2020) os portugueses no começo do século XVI, quando haviam recém descoberto o Brasil, viram uma oportunidade de colonizar o país, vendo a riqueza territorial, com possibilidade de plantio da cana de açúcar, uma vez que o açúcar estava com a valorização em alta no mercado da Europa. Assim, deu-se início a criação de engenhos e a sociedade patriarcal do país.

A autora ainda afirma que as mulheres portuguesas vieram acompanhando os maridos, trouxeram consigo uma bagagem de cultura e tradição europeia, inclusive o poder patriarcal, que eram regras que estabeleciam o espaço da mulher, e o reconhecimento por parte dela que era obedecer ao poder do homem.

No século XIX a mulher deveria ter uma posição de recatada, de tímida, sendo que a fidelidade conjugal era um dos requisitos para o reconhecimento dos filhos como legítimos, enquanto que o homem deveria ter uma posição de fogoso, de ansioso sexualmente, de caçador. Relatos afirmam que a monogamia era o padrão dominante nas relações, visto que o casamento só era reconhecido a partir do matrimônio, composto pelo casamento civil e religioso (OSÓRIO, 2002).

Durante os séculos XIX e XX, o conceito de violenta emoção foi bastante aceito no caso de traição, principalmente quando o marido pegava a mulher no ato. Grande parte dos tribunais admitia-se ser permitido que o homem matasse sua esposa (ELUF, 2003). De acordo com o Código Penal de 1940 houve a eliminação da licitude relativa à "perturbação dos sentidos e da inteligência", essa medida fez com que os assassinos passionais fossem livres de punição, considerado como "homicídio privilegiado", de modo que o bandido teria uma redução da pena quando comparado a um homicídio simples (6 anos), não ficando mais impune.

De acordo com Tobar (2019) o conceito de violência além de bastante amplo ainda é possível dividi-lo de vários tipos de classificações, como física, moral, simbólica, racial, e etc. Esse assunto se torna mais comum ainda quando o assunto é violência de gênero, principalmente partindo muitas vezes daqueles que a deveriam proteger, como esposos, pais, irmãos, tios, etc.

Antigamente a justificativa para atos violentos contra as mulheres se dava em razão da emoção, principalmente em casos de traição no qual o marido acreditava ter a esposa em sua posse, porém a jurisprudência atualmente não se posiciona mais nesse sentido, pois o judiciário entende que o homem médio contemporâneo, já possui capacidade de entender que não há necessidade, na sociedade moderna, de cumprir com sua honra. Isso se deve bastante a campanhas de mobilização, além é claro, de ações do legislador que conseguiram mudar a realidade, porém muitas mulheres ainda são vítimas de violência e feminicídio, mesmo no contexto das medidas protetivas e da violência doméstica.

2.2 Contexto do Feminicídio

A medida que o tempo foi passando, o feminicídio passou a ter outro entendimento, sendo o homicídio qualificado contra o gênero feminino, em decorrência da agressão feminina, seja ela a doméstica, a familiar e/ou quanto ao desprezo e discriminação ao gênero (ROCHA, 2021), foi incluído o feminicídio no rol dos crimes hediondos.

A Lei nº 13.104, que entrou em vigor em 2015, de modo que alterou o artigo 121 do Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848/1940), foi devido ao crescimento assustador no número de mulheres mortas em decorrência de feminicídio no Brasil, portanto houve a necessidade de o Estado intervir legalmente, nesse momento foi incluída a Lei, tipificando, desde logo, o como circunstância qualificadora do crime de homicídio:

Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

§ 2º - A Considerar-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I - violência doméstica e familiar; II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Waiselfisz (2015) apresenta o Mapa da Violência de 2015, com os seguintes dados, das mulheres que sofrem violência do cônjuge, ou seja, pelo marido, 43,1% delas são jovens com idade entre 18 e 39 anos. No caso de mulheres idosas, acima de 60 anos, os principais agressores são os filhos, num total de 34,9%. Quando comparadas a cor da pele, a mortalidade das mulheres negras atinge 66,7% a mais que das brancas, agravando-se nos estados do Espírito Santo, Acre e Goiás, onde os homicídios estimados são de mais de 10 mulheres negras para cada 100 mulheres. Outros estados como Rondônia, Paraná e Mato Grosso, a mortalidade maior é de mulheres brancas, com mais de 5 mortes para cada 100 mulheres.

O Brasil exerce posição de destaque no ranking mundial de feminicídio, ocupando a 5ª colocação de acordo com o Mapa da Violência, contendo uma taxa de 4,8 homicídios para cada 100 mil mulheres, em que a maioria das vítimas são negras (DE PAIVA CARVALHO, 2021).

Campbell (2007) *apud* Rocha (2021) observou por meio das pesquisas que destaca que entre 60% a 70% das mortes de mulheres estão relacionadas ao feminicídios, no qual as vítimas vivem em um contexto de vulnerabilidade, ou seja, vivem em condições de pobreza, migrantes, trabalhadoras sexuais, além de caracterizadas, em sua maioria, por mulheres jovens, negras.

Percebe-se que a violência não ocorre somente no contexto racial, mas também socioeconômico, ou seja, as vítimas mais atingidas são, em maior parte, mulheres negras, pobres, com baixa renda e baixo grau de escolaridade.

Há também os crimes que ocorrem por motivo desprezível, que é o caso do crime passional caracterizado pelo ciúme, em que há um sentimento de posse por parte do marido que, muitas vezes, ocorre por não aceitar o fim do relacionamento. Em que o agressor, seja seu ex-cônjuge e/ou companheiro, utiliza de meios violentos, através da sua força física, arma de fogo, branca (facas e etc.) ou qualquer outro material perfurante, capaz de ocasionar sofrimento (ROCHA, 2021).

2.3 Criação e Propósito da Lei Maria da Penha

De acordo com Oliveira (2021), a Lei 11.340/2006 foi denominada como Maria da Penha Maia Fernandes, o nome refere-se a mulher que lutou para que seu agressor, o próprio marido, viesse a ser condenado pelos crimes praticados contra ela, que sofreu diversos tipos de agressões físicas, inclusive uma tentativa de homicídio que a deixou paraplégica.

O autor ainda continua afirmando que naquela época não existia uma lei ou políticas públicas de combate à violência de gênero. Como não havia medidas cabíveis e o devido acesso à justiça para as vítimas, várias ONGs Feministas juntaram-se num Consórcio para a elaboração de uma lei de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.

De acordo com Brasil (2006) a Lei 11.340/06 tem como objetivo reprimir e evitar as agressões praticadas contra o gênero feminino, seja ela a doméstica e/ou a familiar. Existem mecanismos de proteção às mulheres nos respectivos órgãos, elas recebem orientações jurídicas e psicossociais a respeito de violência de gênero no qual são acompanhadas por profissionais de várias áreas, sendo elas da saúde, assistência social, segurança pública, Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública.

Nessa mesma lei, aplica-se o princípio da isonomia, ou seja, as pessoas desiguais são tratadas de forma desigual para que tenham os mesmos direitos em relação aos demais cidadãos, tendo como finalidade a proteção dos desiguais. O artigo 5º, I, CRFB/88 (BRASIL, 1988) diz que todos são iguais sem nenhuma distinção.

Portanto, o Estado intervém de forma protetiva e redistributiva, caso a mulher venha a sofrer algum tipo de violência, e o agressor é punido pelo ilícito praticado, além de contar com o amparo

jurídico para frequentar centros de reabilitação e reeducação no qual é previsto na lei de execução penal.

2.4 Os Principais Erros na Aplicação da Lei e os Precedentes que Constituem o Descumprimento da Medida Protetiva

Conforme Lôbo (2018) *apud* Rocha (2021) o homem tinha o poder sobre a mulher, parte se deve a influência do patriarcado, no qual o homem podia castiga-la, mantê-la em cárcere privado pelo tempo necessário que ele acreditava ser justo para a punição e até mesmo o direito de matá-la caso flagrado o adultério, portanto é genuíno o medo que as mulheres tem das agressões.

Um dos fatores que levam a ineficácia da medida protetiva é a falta de políticas públicas e falta de educação básica, do qual as vítimas, muitas vezes, não sabem e não têm informações precisas que garantam sua eficácia da medida instaurada. De acordo com Souza (2013) *apud* Rocha (2021) outro ponto negativo é que o Estado falha em não realizar a fiscalização do cumprimento da medida protetiva, e nem fornece casas de abrigo o suficiente para manter o acolhimento das mulheres vítimas de agressão, como demonstra a seguir:

O inc. II trata da denominadas casas abrigo, as quais visam principalmente a propiciar a real efetivação da medida protetivas de urgência (MPU) prevista no art. 23 [...] e diante da omissão em implantá-las em número suficiente, após cinco anos de vigência da norma, o resultado tem sido o comprometimento da efetivação do conjunto de ações previstas na totalidade da Lei Maria da Penha, já que garantir um local onde a vítima e os dependentes possam permanecer provisoriamente com segurança e paz de espírito [...] Sem que haja uma política pública séria, em todas as esferas de poder, para garantir a criação e a manutenção de tais casas-abrigos, política de proteção integral à mulher vítima de violência doméstica e familiar têm sofrido sérios percalços [...]

A falta de abrigos em quantidades ideais não é o único problema, há também a necessidade da agilidade do Poder Público, buscando condições e celeridade no cumprimento da lei contra os agressores de mulheres, fazendo uma educação em prol, não só ao agressor, mas também para a sociedade.

O doutrinador Rogério Sanches Cunha, indica algumas medidas para aumentar a eficácia da aplicação da Lei Maria da Penha, sendo:

Fomentar o conhecimento e a observância do direito da mulher a uma vida livre de violência e o direito da mulher a que se respeitem

e protejam seus direitos humanos. Modificar os padrões socioculturais de conduta de homens e mulheres, incluindo a construção de programas de educação formais e não-formais apropriados a todo nível do processo educativo. Fomentar a educação e capacitação do pessoal na administração da justiça, policial e demais funcionários encarregados da aplicação da lei assim como o pessoal encarregado das políticas de prevenção, sanção e eliminação da violência contra a mulher. Aplicar os serviços especializados apropriados para o atendimento necessário à mulher, por meio de entidades dos setores público e privado, inclusive abrigos, serviços de orientação para toda família. Fomentar e apoiar programas de educação [...] oferecer à mulher, acesso a programas eficazes de reabilitação e capacitação que lhe permitam participar plenamente da vida pública, privada e social. (CUNHA, 2008. p.67 – 68).

A maioria das mulheres que sofrem algum tipo de violência não denunciam o agressor por medo de sofrer represões ainda maiores que a sofrida, ou por não se sentirem protegidas e terem que conviver com as consequências de terem levado seus agressores na justiça (LIRA, 2015).

Para Silva (2020) o Estado tem culpa por não promover campanhas educativas no âmbito escolar, a fim de prevenir a violência contra a mulher, resultando na desconstrução dos padrões e erradicando a violência doméstica e/ou familiar, além de construir culturalmente o respeito, com menos preconceito:

Cabe às escolas potencializar a promoção de igualdade e problematizar a desconstrução do sexismo, preconceito e desigualdade, e a figura do professor é fundamental para esse processo [...] sendo assim, é de extrema importância a necessidade de capacitações e treinamentos para o corpo escolar, afim de que as intervenções e práticas se distanciem ao máximo da reprodução de discursos do patriarcado. No mais, as escolas precisam ser os espaços de desconstrução, assim como as famílias, e repensar em estratégias de mudança faz parte e é responsabilidade de todos que são atingidos pelos estilhaços do patriarcado (SILVA et al., 2020, p. 9).

Nesse tópico, é interessante que os professores, além de garantir o aprendizado, podem ser capacitados para educar as crianças e adolescentes a fim de criar uma sociedade com menos

preconceito. Tanto o ambiente escolar quanto o familiar possuem funções importantes para a desconstrução do preconceito, pois ambas atuam para o desenvolvimento humano e social.

2.5 A Ineficácia das Medidas Protetivas em Casos de Agressão Doméstica Contra a Mulher: Soluções Factíveis

De acordo com Tobar (2019) a Lei 13.827/19, que veio para alterar a Lei 11.340/2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha, apesar dessa atualização ter sido comemorada por muitos, na prática não houve muita evolução. Isto se deve ao Atlas da Violência que foi recém lançado em 2019, e afirma que “A presente edição do Atlas da Violência indica que houve um crescimento dos homicídios femininos no Brasil em 2017, com cerca de 13 assassinatos por dia. Ao todo, 4.936 mulheres foram mortas, o maior número registrado desde 2007.”

De acordo com o Atlas da Violência (2019), em um estudo comparando os dados de 2007 a 2017, percebe-se que houve um forte crescimento de 30,7% no número de homicídios do gênero feminino no país. Além disso, em 2017 houve um aumento de 6,3%.

O estudo ainda afirma que estes números refletem que, apesar das alterações da Lei Maria da Penha e de outras mudanças legislativas, ainda é altíssimo o número de mortes femininas em nosso país. A taxa nacional de homicídios passou de 3,9 para 4,7 mulheres assassinadas por grupo de 100 mil mulheres entre os anos de 2007 a 2017, ou seja, houve um aumento de 20,7% na taxa nacional de homicídios de mulheres.

Houve crescimento no período estudado em 17 estados da federação da violência de gênero com destaque para o homicídio. Alguns estados como Rio Grande do Norte foi o que apresentou os maiores índices de crescimento com variação de 214,4% entre 2007 e 2017, em segundo lugar foi a vez do Ceará (176,9%) e Sergipe (107,0%) (ATLAS DA VIOLÊNCIA, 2019).

Cabe ressaltar que a ação do legislador não coibiu a agressão contra a mulher. E podemos afirmar que as medidas protetivas, inclusive aquelas emitidas durante a vigência da Lei Maria da Penha (antes das modificações, do artigo 12-C e artigo 38), não impediram os agressores de praticar crimes bárbaros.

A primeira solução plausível é que o arcabouço jurídico brasileiro é bem robusto, porém além de ser mal aplicado ainda possui muitos privilégios, como por exemplo, bom comportamento, primariedade, entre outros requisitos que favorecem a sensação de impunidade através de “brechas” na legislação. Outro fator é em relação a própria capacidade do Estado enquanto entidade protetora do cidadão, ter condições para colocar a disposição um agente com a vítima, durante 24 horas por dia, por isso há a necessidade de se criar leis mais rígidas com os agressores que praticam violência doméstica (TOBAR, 2019).

O autor ainda continua com a primeira solução, no caso a pena deve ser aplicada de forma integral. Outra medida seria a colaboração do infrator, através de pena, de contribuir com a sociedade para evitar que outros casos similares ocorram, seja auxiliando a construção de centros

de amparo a mulher, hospitais que prestem assessoria a mulheres que sofreram violência, além de passar por um tratamento psicológico.

Tobar (2019) afirma que a segunda solução para o problema é a educação da população. Nesta solução seria abordada a educação de uma forma ampla, ou seja, em vários ambientes como por exemplo, nas escolas, igrejas, centros comunitários, mídia (rádio, tv e internet), e todo meio de comunicação, com campanhas de alerta a violência praticada contra o gênero feminino. Pressionando a população a denunciar, além de mostrar para o provável agressor as consequências de seus atos, inclusive apresentando os anos de prisão caso ocorra morte da vítima.

Uma terceira solução, e um pouco radical, seria a aplicação de multas e indisponibilidade de bens do infrator. Podendo até mesmo a possibilidade de transferir todos os bens do agressor para a vítima, quando comprovada a agressão por motivo de gênero. E caso houvesse feminicídio, os bens do assassino passariam para a família da vítima, e caso não houvesse família ao Estado, no sentido de priorizar projetos de proteção a mulher e proteção a família, criança e adolescente.

Todos sabemos que o Estado não possui, por mais que tente, um quadro de recursos humanos que possam fazer a fiscalização e dar a todas as vítimas de violência uma proteção integral, além da própria medida protetiva. Desse modo, se faz necessário desencorajar o agressor a não praticar maus tratos contra a esposa, e conscientizá-lo de que o ato criminoso, causam prejuízos tanto em função da perda da liberdade do indivíduo como da indisponibilidade de bens (TOBAR, 2019).

2.6 A Morte das Mulheres em Decorrente da Ineficácia da Medida Protetiva

De acordo com Waiselfisz (2015) a violência praticada contra o gênero feminino continua sendo uma luta diária, mesmo com os avanços da lei que asseguram a proteção delas. O Mapa da Violência de 2015, mostra que dos 4.762 assassinatos de mulheres registrados no Brasil no ano de 2013, 50,3% deles foram cometidos por familiares, sendo que em 33,2% dos casos, o crime foi praticado pelo parceiro ou ex - parceiro. Essas quase 5 mil mortes representam 13 homicídios femininos diários.

O artigo 22 da Lei 11.140/2006, voltado para os homicídios perante as mulheres, especifica todas as medidas do qual determina a suspensão da posse ou restrição do porte de armas, isto porque subentende-se que quem agride causando uma lesão corporal, também é capaz de cometer um homicídio. Dessa forma, Dias (2012) entende que:

Sendo legal a posse e o uso da arma de fogo pelo agressor, denunciando a vítima à autoridade policial a violência e justificando a necessidade de desarmá-lo, por temer pela própria vida, será instalado expediente a ser remetido ao juízo. Deferido o pedido e excluído o direito de o ofensor manter a posse da arma, ou sendo limitado o seu uso, deve-se comunicar a quem procedeu ao registro e concedeu a licença: o Sistema Nacional de Armas (SINARM) e a Polícia Federal. Caso o agressor tenha direito ao uso de arma de fogo, segundo rol legal, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição que impôs. O superior imediato do agressor fica

responsável pelo cumprimento da determinação judicial sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou desobediência. A restrição é válida para evitar tragédia maior. Se o marido agride a esposa, de modo a causar lesão corporal, se possuir arma de fogo, é possível que, no futuro progrida para homicídio. (DIAS, 2012).

Cerqueira (2021) afirma que mesmo diante do uso restrito de arma de fogo por parte do agressor para tentar evitar uma tragédia, essa limitação ainda é muito inocente, pois de acordo com a pesquisa realizada pelo autor, entre os anos de 2013 a 2018, a taxa de assassinato de mulheres fora de casa diminuiu 11,5%, porém as mortes dentro de casa aumentaram 8,3%, o que indica um crescimento de feminicídios. Nas residências teve um aumento de 25% nos homicídios de mulheres por arma de fogo, ou seja, o autor acredita que a quantidade de armas aumentou nos últimos anos, o que parece refletir o crescimento da violência.

Vale ressaltar o famoso caso da juíza Viviane do Amaral Arronzenzi, que foi vítima de feminicídio pelo ex-marido que desferiu 16 (dezesseis) facadas, no qual o ocorrido aconteceu na frente de suas três filhas menores de 18 (dezoito) anos. A juíza requereu medida protetiva meses antes do crime, fazia a utilização de proteção da escolta armada, cedida pelo Tribunal a qual exercia sua profissão, porém acabou abrindo mão de tal proteção (ROCHA, 2021).

Gilmar Mendes, Ministro do STF, se manifestou em sua rede social no dia 25 de dezembro de 2020: "O gravíssimo assassinato da juíza Viviane Arronemzi mostra que o feminicídio é endêmico no país, não conhece limites de idade, cor ou classe econômica. O combate a essa forma bárbara de criminalidade cotidiana contra as mulheres deve ser prioritário." (ABUDE, 2021).

Rocha (2021) afirma que quando se trata de violência contra a mulher, tal conduta abarca todas as classes sociais, cor, etnia, etc, não se faz distinção. Sendo que na grande maioria das vezes, o crime é causado pelo companheiro ou ex - companheiro, apesar da medida protetiva estar ativa. Isso mostra o quanto o Estado precisa, de forma urgente, estabelecer eficiência nas regras, para tentar evitar a ocorrência de diversas tragédias e, conseqüentemente evitar que inúmeras crianças não fiquem órfãs.

O Brasil assinou a carta na CEDAW (Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher) da ONU ocorrida em 1979, que obriga os Estados Partes a condenar qualquer atuação de discriminação do gênero feminino e criar políticas públicas a fim de impedir novos episódios de violação aos direitos das mulheres (ROCHA, 2021).

O Brasil sancionou a Lei Maria da Penha, com o intuito de atender o preceito e impedir que novos casos de violência contra a mulher fossem praticados dentro de casa e continuassem na impunidade, essa lei representou um marco legislativo na luta contra a violência contra a mulher.

a Lei Maria da Penha trouxe mudanças relevantes para o sistema jurídico, trata-se de um mecanismo que objetiva reestabelecer a igualdade entre gêneros, a lei dá um tratamento penal e processual distinto para os crimes

previsto nessa lei. É essencial considerar o aspecto psicossocial para o qual a esta lei se destina, considerando as condições próprias e particulares das mulheres que se encontram vulneráveis e em situação de violência doméstica e familiar (NOLETO e BARBOSA, 2019, p.1).

Os crimes contidos na Lei Maria da Penha são aqueles cometidos no âmbito doméstico e familiar, assim definidos pelo artigo 5º da Lei:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual (BRASIL, 2006).

Resumindo, o crime será punido segundo as determinações da Lei 11. 340/2006 quando acontecer num ambiente familiar, doméstico ou afeto íntimo e for cometido contra uma vítima do gênero feminino. Independentemente do gênero do criminoso, que pode ser homem ou uma mulher, o crime de feminicídio é sempre para as vítimas do gênero feminino.

Ao contrário do que muitos acreditam, existem cinco espécies de agressão abrangidas pela Lei Maria da Penha, e não somente a violência física que é punida pela norma, são elas:

- A que afeta a integridade do corpo (violência física);
- A que causa dano emocional (violência psicológica);
- A que constranja a mulher a praticar relação sexual sob ameaça, coação etc. (violência sexual);
- A que impeça a mulher a satisfazer suas necessidades financeiras sem o agressor (violência patrimonial); e
- A praticada através dos crimes de honra, conforme definição prevista no artigo 7º da Lei Maria da Penha (violência moral) (BRASIL, 2006).

Mais do que punir o crime praticado com o rigor devido, a Lei 11.340/2006 procura soluções preventivas, principalmente impedir o cometimento de novos ilícitos.

Embora a Lei Maria da Penha seja mais conhecida como instrumento cabal de coibição da violência contra a mulher, seus propósitos preventivos, talvez menos divulgados e debatidos, refletem ações práticas de desconstrução dessa violência baseada no gênero, e estimula iniciativas, individuais e coletivas, que priorizam a paz e o respeito à dignidade humana e a diversidade (SANTOS, 2021, p.3).

As medidas protetivas de urgência têm como finalidade proteger a integridade da vítima tão logo surja a ameaça de sua violação, sem necessidade de aguardar o cometimento do crime para só depois reprimir o agressor, esse é um dos instrumentos usados para deter os atos de violência doméstica.

As medidas protetivas de urgência se dividem em dois tipos, as medidas aplicadas no que diz respeito ao agressor e em relação à vítima. No qual estão previstas no artigo 22 da Lei, da seguinte forma:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

VI – comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; e (Incluído pela Lei nº 13.984, de 2020)

VII – acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio (BRASIL, 2006).

Com o propósito de resguardar e restabelecer a saúde da vítima existe as medidas de urgência voltadas à vítima, que estão listadas no artigo 23 da Lei 11.340/2006:

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos.

V - determinar a matrícula dos dependentes da ofendida em instituição de educação básica mais próxima do seu domicílio, ou a transferência deles para essa instituição, independentemente da existência de vaga (BRASIL, 2006).

Além de todas essas medidas, existem ainda medidas de cunho patrimonial que estão elencadas no artigo 24 da referida Lei e tem como objetivo proteger o patrimônio conjugal e também pessoal da mulher.

Conclusão

É possível evidenciar uma evolução de direito das mulheres, isto desde os primórdios até a idade pós-moderna. Historicamente as mulheres eram submetidas a atividades consideradas inferiores, isso era comum entre os povos gregos, romanos e hebreus, dentre essas atividades podemos citar, a educação dos filhos, cuidado com escravos, pastoreio de animais, preparação de alimentos e etc.

Após as ideias francesas durante o movimento iluminista, e após as revoluções feministas do final do século XIX e começo do século XX que se notou algum tipo de evolução de direitos das mulheres.

Até meados da década de 90, era bastante comum no Brasil haver o conhecimento de agressão entre os casais, era escondido, porém era do conhecimento de todos. Além disso a mulher ainda tinha o papel de coadjuvante na sociedade, inferior ao dos homens.

A realidade começou a mudar somente a partir da CF de 1988 (Constituição Federal), que igualou os dois gêneros no que concerne a direitos e obrigações. Trazendo as mulheres a possibilidade de denunciar os agressores nos casos de violência de gênero.

De acordo com Brasil (2006) a Lei 11.340/06 entrou em vigor no dia 07 do mês de agosto de 2006, e passou a ser chamada popularmente de Lei Maria da Penha. A criação dessa lei tornou-se um grande avanço no combate e prevenção da violência de gênero, pois antes do surgimento da Lei, o país não tinha nenhuma legislação própria para prevenir e combater a violência no âmbito doméstico e familiar.

Portanto, de acordo com a Lei Maria da Penha, sempre que se fizer necessário será concedida às mulheres vítimas de agressão as 69 medidas protetivas de urgência que visam proteger a mulher, familiares e etc., dos possíveis atos de violência. As 69 medidas podem ser concedidas por requisição da mulher ofendida ou pelo juiz ouvido do Ministério Público. A Lei Maria da Penha ainda adotou a possibilidade de criação de juzizados de violência doméstica e familiar. Porém, atualmente no nosso sistema judiciário brasileiro existe uma imensa demanda, no qual se acumulam os casos de violência de gênero, resultando assim na inaplicabilidade das medidas de urgência da Lei Maria da Penha.

Pode-se concluir que a Lei Maria da Penha é de extrema importância para a proteção em favor da mulher, porém é possível identificar algumas falhas que contribuem para a ineficácia da medida protetiva. Cabe também salientar que, para que o combate à violência contra a mulher seja efetivo, é necessário, além da participação da vítima e da sociedade, além da atuação do Estado, pois a falta de suporte e estrutura adequados ao Poder Judiciário e demais órgãos tornam as medidas protetivas de urgência concedidas às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar ineficazes.

Acredita-se ainda, que para que as medidas protetivas produzam os efeitos esperados, dependem de o agressor obedecê-las, devido a lacunas alocadas pelas normas jurídicas.

Referências

ABUDE, Kátia Maria Brasil. **O impacto da pandemia no Brasil, em 2020, na incidência da violência doméstica contra mulher, em especial, o feminicídio.** Disponível em <<https://conteudojuridico.com.br/open-pdf/phpS5XoMa.pdf/consult/phpS5XoMa.pdf>> Acesso em 02 de Novembro de 2022.

ATLAS DA VIOLÊNCIA. **IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada: Atlas da Violência 2019.** Brasília, 2019.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe

sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. (Lei Maria da Penha). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm> Acesso em 15 de Outubro de 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Constituição (1988)**. Diário Oficial da União. Brasília, 10 out. 1988. Disponível PIXELS - Ano II – Vol. III – 2020 – (jul-dez) 70 em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 25 de Setembro de 2022.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Diário Oficial da União**. Brasília, 8 ago. 2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm Acesso em 18 de Outubro de 2022.

CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro Coordenador et al. **Atlas da violência 2020**. Disponível em <<http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10214/1/AtlasViolencia2020.pdf>> Acesso em 8 de Outubro de 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), comentado artigo por artigo**. 2. Ed. rev. atual. e. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 67-68.

DE PAIVA CARVALHO, Nathália Japiassú; CHIACCHIO, Fernanda BogarimBorin. **Análise do aumento de casos de feminicídio no Brasil**. In: **IV SICTEG-Semana Integrada de Ciência e Tecnologia de Gurupi**. 2018. Disponível em <http://eventossicteg.unirg.edu.br/index.php/ivsicteg/sicteg/paper/view/447> Acesso em 20 de Outubro 2022.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**- 3ª ed. rev., atual e ampl.- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ELUF, L. N. **A Paixão no Banco dos Réus: casos passionais célebres de Pontes Visgueiro a Pimenta Neves**. 2. ed. São Paulo. Saraiva. 2003.

FERREIRA, Milena Dias. **A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER E A INEFICÁCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS PREVISTAS NA LEI 11.340/06**. Universidade Católica do Goiás. Goiânia – GO, 2020. Disponível em <<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/935/1/MILENA%20DIAS%20FERREIRA.pdf>> Acesso em 24 de outubro de 2022.

LEITE, C. L. P. **Mulheres: Muito além do teto de vidro**. São Paulo: Atlas, 1994.

LIRA, Higor. **Aspectos históricos da discriminação de gênero e da violência doméstica contra a mulher**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/43397/aspectos-historicos-da-discriminacao-de-genero-e-da-violencia-domestica-contra-a-mulher>> Acesso em 06 de Novembro de 2022.

LISBOA, Itaiara Pereira; QUEIROZ, Sheyla Cristina Ferreira dos Santos. **A ineficácia das medidas protetivas da Lei Maria da Penha.** UNIPE (TCC), 2018. Disponível em: <<https://bdtcc.unipe.edu.br/wp-content/uploads/2018/12/ARTIGO-INEFIC%C3%81CIA-DA-LEI-MARIA-DA-PENHA.pdf>> Acesso em 14 de Outubro de 2022.

NOLETO, Kárita Coêlho; BARBOSA, Igor de Andrade. **A Efetividade da Lei Maria da Penha no Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher.** *Revista Âmbito Jurídico*, 15 de outubro de 2019. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-efetividade-da-lei-maria-da-penha-no-enfrentamento-a-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher/>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

OLIVEIRA, Lais. **Há 15 anos, lei que leva nome da cearense Maria da Penha mudou a vida das mulheres no Brasil.** Disponível em <<https://www.opovo.com.br/noticias/ceara/2021/08/06/ha-15-anos-lei-que-leva-nome-da-cearense-maria-da-penha-mudou-a-vida-das-mulheres-no-brasil.html>> Acesso em 28 de Setembro de 2022.

OSÓRIO, L. C. **Casais e família: uma visão contemporânea.** Porto Alegre: ArtMed, 2002.

ROCHA, Yana Paiva da. **A Ineficácia da medida protetiva na Lei Maria da Penha.** 03 dez 2021. <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigo/57783/a-ineficia-da-medida-protetiva-na-lei-maria-da-penha#:~:text=RESUMO%3A%20O%20objetivo%20deste%20artigo,protetivas%20diante%20de%20tal%20lei>>. Acesso em 01 de novembro de 2022.

SANTOS, Karine Brito dos. **A Prevenção na Lei Maria da Penha: Reflexões e Críticas Educativas.** v. 15 n. 33 (2021): Pleiade Cresce com a Fusão UniAmérica Descomplica. Publicado em: 27-10-2021. Disponível em <<https://pleiade.uniamerica.br/index.php/pleiade/article/view/712>>. Acesso em: 12 mar. 2022.

SILVA, E. O. et al. **O patriarcado como um fator de risco criminal: uma breve análise do comportamento do agressor no feminicídio.** *Revista Brasileira de Direito e Gestão Pública*, Pombal, v. 8, n. 2, 2020. Disponível em <<https://gvaa.com.br/revista/index.php/RDGP/article/view/7904>> Acesso em 07 de Novembro de 2022.

TOBAR, Daniele Lopes. **A ineficácia das medidas protetivas contra a mulher.** *Conteúdo Jurídico*. 2010. Disponível em <<https://www.conteudojuridico.com.br/open-pdf/phpN5rQ4R.pdf/consult/phpN5rQ4R.pdf>> . Acesso em 28 de Outubro de 2022.

VICENTINO, C. **História Geral.** São Paulo: Scipione, 1997.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência de 2015: homicídios de mulheres no Brasil.** 1a edição. Brasília-DF, Flacso Brasil. 2015. Disponível em <http://www.mapadaviolencia.org.br/mapa2015_mulheres.php>. Acesso em 20 Outubro de 2022.

HERANÇA DIGITAL: ANÁLISE DA TRANSMISSÃO POST MORTEM DE BENS DIGITAIS NO DIREITO BRASILEIRO

VICTÓRIA GABRIELLE MOREIRA DOS SANTOS:

Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Fametro.

RESUMO: Em razão ao frenético crescimento tecnológico o Direito deve adaptar-se às novas realidades provenientes da tecnologia digital presente na vida da sociedade, pois há uma grande discussão sobre qual o melhor destino para os bens armazenados em ambiente virtual quando da morte de seu proprietário. Por isso, o corrente trabalho tem por finalidade analisar como se dá a transmissão de bens digitais no Brasil, levando em conta que não há norma legislativa brasileira acerca da herança digital. Ressalta-se que, o corrente trabalho ampara-se em artigos científicos, projetos de leis e pesquisas bibliográficas. Para melhor entendimento do conteúdo aborda-se os aspectos históricos do Direito das Sucessões, os conceitos de sucessão legítima e testamentária, bens digitais e herança digital, bem como Direitos da personalidade quanto aos bens digitais deixados, abordando também a insuficiência das normas jurídicas existente e disposições sobre o Projeto Lei nº 1.689/2021 e Projeto Lei nº 8.562/2017, destinação da herança digital e responsabilidade do sucessor em relação a herança digital. Considerando a problemática em evidência, resta concluso a importância da criação de norma jurídica que cesse os questionamentos.

PALAVRAS-CHAVE: Herança. Bens Digitais. Direitos das Sucessões. Patrimônio. Ambiente Virtual.

ABSTRACT: Due to the frenetic technological growth, Law must adapt to the new realities arising from the digital technology present in society's life, as there is a great discussion about the best destination for goods stored in a virtual environment upon the death of their owner. Therefore, the present work aims to analyze how the transmission of digital goods takes place in Brazil, taking into account that there is no Brazilian legislative norm about digital inheritance. It should be noted that the present work is supported by scientific articles, bills and bibliographical research. For a better understanding of the content, the historical aspects of Succession Law are approached, the concepts of legitimate and testamentary succession, digital assets and digital inheritance, as well as personality rights regarding digital assets left, also addressing the insufficiency of existing legal norms and provisions on Bill No. 1,689/2021 and Bill No. 8,562/2017, allocation of digital inheritance and responsibility of the successor in relation to digital inheritance. In view of the problematic in evidence, the importance of creating a legal norm that ceases the problematic remains concluded.

KEYWORDS: Heritage. Digital Goods. Succession Rights. Patrimony. Virtual Environment.

1 INTRODUÇÃO

Com o avanço do uso da internet no Brasil, houve nos últimos anos a modificação da comunicação entre as pessoas, fazendo com que este espaço se tornasse até setor de trabalhos - artísticos, intelectuais -, fomentando a polarização de bens digitais nesse ambiente. Assim, por conta desse avanço, a expansão de informações instantâneas progrediu, facilitando a conexão dos usuários nas plataformas digitais, acarretando expressiva valorização econômica dessa ferramenta.

Diante desse panorama novos acontecimentos provocam o Direito a todo instante, situações totalmente atípicas são apresentadas ao Judiciário, este que tem compromisso imprescindível de satisfazer, no que couber, os interesses de quem o demanda, mesmo que sem haver uma direção específica para tal. À vista disso, um tema que tem chamado atenção na atualidade é a destinação post mortem de bens digitais no direito brasileiro, tal qual Herança Digital.

Em virtude da ausência de disposição própria indaga-se se seria possível consentir aos familiares de uma pessoa falecida acesso aos dados e informações digitais armazenados em vida por esta, em conformidade ao que já ocorre com os bens patrimoniais. O debate ao assunto adquire mais vigor quando se questiona uma possível elaboração de testamento com o objetivo de que o proprietário de bens digitais disponha acerca do destino desse patrimônio.

A pesquisa se sucederá mediante do método qualitativo e de forma explicativa. Empregando-se de repertório normativo, pesquisa bibliográfica, artigos científicos relacionados ao tema, leis e projetos de leis, assim como recomendações propostas para solucionar à problemática.

Nessa vertente, o objetivo geral desta pesquisa é apurar aplicação da Herança Digital no ordenamento jurídico brasileiro e em como se dá a transmissão de bens digitais no Brasil, elegendo com êxito a abordagem interpretativa mais satisfatória e os limites que carecem de observação cuidadosa pelos instrumentadores do Direito no tratamento da matéria.

A fim de que o intuito acima seja atingido, é primordial que sejam apreciados os seguintes objetivos específicos: abordar a evolução histórica da sucessão e os elementos essenciais referentes ao direito de sucessão; conceituar herança digital bens digitais, delimitando suas especificidades; debater sobre as insuficiências das normas existentes no ordenamento jurídico brasileiro e propostas de projetos de lei relacionadas ao assunto; elucidar caminhos para determinar a responsabilidade do sucessor da herança digital em face ao direito da personalidade.

Quanto capítulos abordados, o primeiro versa sobre a sucessão, discorrendo acerca dos seus aspectos históricos, fundamentos e espécies. O segundo capítulo consta os conceitos de bens digitais e herança digital, explanando sobre os bens com valor econômico e os bens sem valor econômico. O terceiro capítulo adentrará na questão de insuficiência das normas jurídicas existentes e disposições a respeito de dois projetos de leis no Brasil, bem como demonstra os direitos da personalidade aplicados a herança digital.

Já o quarto capítulo é de extrema importância, pois expomos acerca da destinação da herança digital, que como já foi dito antes, não há legislação no Brasil que disponha especificamente sobre esse instituto que é considerável recente. O último capítulo discutiremos em torno da responsabilidade do sucessor no que concerne a herança digital.

Nesse contexto, a herança digital versa de um instituto jurídico atual que vem modificando as relações sociais, dado que não há legislação específica e na doutrina pouco se discute sobre o

assunto. Por isso a escolha do presente trabalho, pois este traz uma vertente de suma relevância social.

2 DIREITO DAS SUCESSÕES

A terminologia Direito das Sucessões, no âmbito jurídico, pode ser conceituada da seguinte forma, conforme Miranda (1972, p. 179), suceder é vir depois, colocar-se após, no tempo, tomando, na relação jurídica, o lugar que o outro tinha; no sentido estrito, suceder é herdar, ou haver por legado, supondo a morte de quem foi sucedido. É nesse segundo sentido que se pode falar de direito das sucessões. Para Gomes (1973, p. 25), a expressão “sucessão hereditária” emprega-se no sentido objetivo, como sinônimo de herança, e no sentido subjetivo, equivalente a direito de suceder.

Revalida Rodrigues (2017, p.03) ao dizer que:

O direito das sucessões se apresenta como o conjunto de princípios jurídicos que disciplinam a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu a seus sucessores”, tratando por patrimônio o conjunto não só dos bens econômicos considerados ativos, mas também as dívidas adquiridas pelo falecido, compreendendo o passivo (RODRIGUES, 2017).

Diante disso, a sucessão define-se através do ato jurídico por meio do qual uma pessoa substitui outra em seus direitos e obrigações, ocasionando efeitos no convívio entre pessoas vivas.

2.1 Aspectos históricos

Há relatos que, em tempos remotos, não se conhecia o instituto da sucessão causa mortis, já que a propriedade era coletiva e não individual, sendo dominada por determinado grupo, isto é, por várias pessoas que socialmente conviviam e uniam esforços para a conservação comunitária, e com o falecimento, essa circunstância jurídica não modificava a condição legal do patrimônio comum.

Ao compreender de Dias (2014, p. 29) pode-se dizer que “o direito sucessório tem origem remota, desde que o homem deixou de ser nômade e começou a amearhar patrimônio. Os bens que antes eram comuns passaram a pertencer a quem deles se apropriou”.

Pode-se dizer que, antigamente o Direito Sucessório estava vinculado a religião e não a um sentido econômico.

É o que aponta Venosa:

[...] O direito de propriedade estabeleceu-se para a efetivação de um culto hereditário, razão pela qual não se podia extinguir pela morte do titular. Deveria sempre haver um continuador da religião familiar, para que o culto não se extinguísse e, assim, continuasse íntegro o patrimônio. O lar não

poderia nunca ficar abandonado e, mantida a religião, persistiria o direito de propriedade (VENOSA, 2004 apud RAMOS, 2017, p. 26).

Pode-se dizer que “em Roma, na Grécia e na Índia, a religião desempenha, com efeito, papel de grande importância para a agregação familiar” (GONÇALVES, 2015, p. 21)

Nesse panorama, os filhos homens é quem detinham a legitimidade de herdar, tendo o primogênito preferência. Tal condição pode ser ilustrada na Bíblia Sagrada, na história de Esaú e Jacob “Esaú abre mão do direito à primogenitura e, por conseguinte, dos direitos hereditários que eram privilégio dessa condição, em benefício de Jacob, em troca de um prato de lentilha” (GENESIS, 2001 apud PRINZLER, 2015, p. 19).

Contudo, essa prerrogativa é enfraquecida com a Lei das XII Tábuas (450 anos a.C.), que concedia autonomia de dispor do seu próprio patrimônio por meio de testamento, o que deu primícias a sucessão testamentária. Apesar disso, se ao falecer não dispusesse de testamento ou se este fosse considerado inválido, decorreria a chamada sucessão legítima ou ab intestato, que se aplicava a três classes de herdeiros: sui, agnati e gentile.

Conforme dispõe Carlos Roberto Gonçalves:

Os heredi sui et necessarij eram os filhos sob o poder do pater e que se tornavam sui iuris com sua morte: os filhos, os netos, incluindo-se também, nessa qualificação, a esposa. Os agnati eram os parentes mais próximos do falecido. Entende-se por agnado o colateral de origem exclusivamente paterna, como o irmão consanguíneo, o tio que fosse filho do avô paterno, e o sobrinho, filho desse mesmo tio. A herança não era deferida a todos os agnados, mas ao mais próximo no momento da morte (agnatus proximus). Na ausência de membros das classes mencionadas, seriam chamados à sucessão os gentiles, ou membros da gens, que é o grupo familiar em sentido lato (GONÇALVES, 2014, p. 17).

Ao contrário, o direito germânico não reconhecia a sucessão testamentária, conforme demonstra Gonçalves (2014, p. 18), “só os herdeiros pelo vínculo de sangue eram considerados verdadeiros e únicos herdeiros (heredes gignuntur, non scribuntur)”.

Com esse antagonismo de pensamentos entre o direito romano e o direito germânico, pode-se dizer que surgiu o direito sucessório que se conhece hoje, demonstra Gonçalves (2015, p.25) “... resultou no direito sucessório contemporâneo, a fusão: os parentes, herdeiros pelo sangue, são os sucessores legítimos, se não houver testamento, ou se este não prevalecer.” Perdurando nesse sentido, tanto possibilidade de dispor metade do seu patrimônio a vontade, quanto o direito a herdar sem disposição, no qual metade do patrimônio do falecido é destinado aos herdeiros testamentários, e outra metade pertence aos herdeiros legítimos.

Alguns fatos históricos contribuíram para a modificação do comportamento jurídico sobre direito das sucessões, conduzindo para as diretrizes do que conhecemos hoje sobre o instituto. Alude Carlos Roberto Gonçalves (Gonçalves, 2015) sobre alguns das mais importantes: A Revolução Francesa (1789 – 1799), com seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade extinguem de vez os privilégios do primogênito varão; o Código de Napoleão (1807), que estabelece distinção entre linha de herdeiros e seus sucessores; a codificação francesa, que influenciou o Código Civil Brasileiro de 1916 quanto à linha de vocação hereditária estabelecer-se por descendentes, ascendentes e colateral até o 10º grau, posteriormente o cônjuge supérstite e por fim o fisco. O princípio da saisine, que foi introduzido ao Código Civil português de 1867, teve a mesma solução, primeiramente na Consolidação das Leis Cíveis de Teixeira de Freitas (1858), seguindo ao Código Civil de 1916 e posteriormente no Código Civil Brasileiro vigente – o de 2002

2.2 Fundamentos

De acordo com Maria Helena Diniz (2015, p.22) pode-se dizer que:

fundamento do direito sucessório, devido à sua importante função social, é a propriedade, conjugada ou não com o direito de família”. Neste diapasão é que, na Carta Magna vigente, o direito a herança consta no mesmo rol que o direito de propriedade, como garantia constitucional fundamental, no art. 5º, incisos XXII e XXX.

Nesse sentido, é possível inferir que o Direito das Sucessões possui fundamento na lei mais importante que rege a legislação brasileira, isto é, a Constituição Federal de 1988. Já no âmbito infraconstitucional, a matéria é sistematizada pelo Código Civil, por meio do art. 1.784 e o art. 2.027.

2.3 Espécies de Sucessão

2.3.1. Sucessão Legítima

Também chamada de ab intestato, expressão originária do latim que significa “sem deixar testamento”, sucessão legítima está disciplinada do art. 1.829 aos 1.856 do CC/02. Outorga-se através da ordem de vocação hereditária, em chamamento de classes (art.1.829), onde a mais próxima exclui a mais remota, salvo o direito de representação (1.833). Compõem esta modalidade os herdeiros necessários e os herdeiros colaterais (1.829).

Aos herdeiros necessários – descendentes, ascendentes e cônjuge sobrevivente em concorrência com os anteriores – lhe são assegurados a legítima, que é o pleno direito a metade dos bens da herança (art. 1.846), restando ao falecido apenas o direito a dispor da outra metade, tempo em que coexistem ambas as modalidades (1.789). Não existindo herdeiros necessários, “para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar” (art. 1.850), razão pela qual estes também recebem o nome de herdeiros facultativos. Neste caso, a totalidade do seu patrimônio torna-se disponível.

Maria Helena Diniz, quanto à sucessão legítima, sintetiza:

É a resultante de lei nos casos de ausência, nulidade, anulabilidade ou caducidade de testamento (CC, arts. 1.786 e 1.788), passando o patrimônio do falecido às pessoas indicadas pela lei, obedecendo-se à ordem de vocação hereditária (CC, art. 1.829). (DINIZ, 2015, p. 33)

Esta modalidade de sucessão, para os brasileiros, sempre foi a mais utilizada. Para Gonçalves (2015), isto decorre de uma questão tipicamente cultural, por isso a escassez de testamentos e, também o fato de o legislador ter disciplinado muito bem a modalidade legítima.

Cabe salientar, ainda, que no caso de desconhecimento de herdeiros e inexistindo testamento, os bens da herança, depois de arrecadados, tornam-se jacentes (sem dono), sob a guarda e administração de um curador, até que surja um sucessor devidamente habilitado. Caso isso não ocorra dentro do lapso temporal de 1 (um) ano, assim como também caso renuncie todos chamados a suceder, a herança será declarada vacante (vaga), o que não prejudicará os herdeiros que legalmente se habilitarem. Porém, decorridos o prazo de 5 (cinco) anos da data de abertura da sucessão, que ocorre quando se consumou a morte e é neste momento que a herança é transmitida aos seus herdeiros – princípio da saisine (art. 1.784), sem habilitar-se qualquer herdeiro legítimo, os bens arrecadados passarão ao domínio público da sua respectiva circunscrição territorial (CC, arts. 1.819 a 1.823).

Ressalta-se que, antes que os bens incorporem o patrimônio público, “é assegurado aos credores o direito de pedir o pagamento das dívidas reconhecidas, nos limites das forças da herança”. (art. 1.821, CC/02)

2.3.2. Sucessão Testamentária

De outro lado, há também a sucessão testamentária, ou ex testamento, cujo significado exsurge da própria designação, ou a sucessão que se processa de acordo com a vontade do titular do patrimônio. Possui ele liberdade de dispor quanto à partilha dos bens que ficarão após sua morte. Assim, havendo herdeiros necessários, nesta classe considerados os descendentes e ascendentes necessários, unicamente metade dos bens disponíveis pode ser distribuída em testamento – não se permitindo olvidar que os bens disponíveis são aqueles que constituem a meação, em sendo casado o falecido, no tocante ao casamento pelo regime de comunhão universal; aos bens adquiridos na constância da sociedade conjugal, no regime de comunhão parcial; e aos adquiridos de forma onerosa, com algumas exceções, no regime de participação final nos aquestos. (RIZZARDO, 2018, p.06)

Esta modalidade, que se opera através da disposição da vontade do “de cujus” em testamento válido, apesar de ser pouco utilizada, está disciplina em um número maior de artigos do que a sucessão legítima, do art. 1.857 aos 1.990 do CC/02. Isto ocorre devido as suas inúmeras particularidades.

Segundo a legislação Civil vigente, o testamento é um ato personalíssimo que para ser considerado válido é necessário que sejam considerados os seguintes requisitos: capacidade civil

de testar do testador e espontaneidade para tanto; que contenha objeto determinado e não contenha disposição excedente a quantidade patrimonial permitida caso existência de herdeiros necessários e compreenda os requisitos formais da espécie de testamento utilizada, sendo estes designados pelas condições de fato e de direito do testador.

Tais disposições testamentárias, além dos bens economicamente valoráveis, compreendem os insuscetíveis de valoração econômica, ainda que o testador se limite só a estes (art. 1.857, §2º, CC/02).

E é proibido, segundo o art.1.863 do CC/02, o testamento conjuntivo (feito no mesmo ato por duas ou mais pessoas), seja simultâneo, recíproco ou correspectivo.

3 CONCEITO DE BENS DIGITAIS E HERANÇA DIGITAL

Primeiramente, antes de compreender o conceito de herança digital, é necessário estabelecer a definição de bens digitais, pois é visível o crescimento desses bens, tendo em vista o retrato da era digital vivida atualmente. Logo, é possível dizer que muitas pessoas sequer sabem que aquilo que realizam no ambiente virtual é capaz de ser incorporado ao seu inventário.

Nesse seguimento, os bens podem ser tangíveis e intangíveis, sendo este último relacionado aos bens digitais. Este por sua vez, é um bem incorpóreo, imaterial, pois não constitui existência física, não podendo dessa maneira, ser tocado.

Conforme Lacerda (2017, p. 74) os “bens incorpóreos, os quais são progressivamente inseridos na Internet por um usuário, consistindo em informações de caráter pessoal que lhe trazem alguma utilidade, tenham ou não conteúdo econômico”.

Para Lara (2016, p.22):

(...) bens digitais são instruções trazidas em linguagem binária que podem ser processadas em dispositivos eletrônicos, tais como fotos, músicas, filmes, etc., ou seja, quaisquer informações que podem ser armazenadas em bytes nos diversos aparelhos como computadores, celulares, tablets.

Dessa forma, o patrimônio digital pode ser composto por bens economicamente valoráveis ou sem valoração econômica

3.1 Bens com valor econômico

Com a evolução da internet, o ambiente virtual tornou-se meio de trabalho e negócio ao qual as pessoas adquirem dinheiro, várias delas conquistando quantidades milionárias. Nesse sentido, os bens digitais com valor econômico são aqueles que detêm valor aquisitivo.

São alguns exemplos: Minhas aéreas, criptomoedas, canal do youtube com muitos inscritos e visualizações, perfis em rociais com muitos seguidores e engajamento, músicas em plataformas digitais, sites de compra e venda.

3.2 Bens sem valor econômico

Já os bens digitais sem valor econômico não detêm valor aquisitivo, apenas valor afetivo e sentimental, são constituídos por arquivos armazenados de forma gratuita na internet.

São alguns exemplos: perfis em redes sociais sem expressivo engajamento, canal no youtube com poucos inscritos, fotos, vídeos, documentos sem valor financeiro mensurável.

Nesse sentido, referente a herança digital, conceitua-se herança como “um somatório, em que se incluem os bens e as dívidas, os créditos e os débitos, os direitos e as obrigações, as pretensões e ações de que era titular o falecido, e as que contra ele foram propostas, desde que transmissíveis” (GONÇALVES, 2015, p. 32). Sendo assim, a herança digital é formada pelo acervo ou patrimônio digital, ou seja, o conjunto de bens jurídicos, especificamente, bens digitais acumulados pelo titular falecido no ambiente virtual.

4 INSUFICIÊNCIA DAS NORMAS JURÍDICAS EXISTENTE E DISPOSIÇÕES SOBRE O PROJETO LEI Nº 1.689/2021 E PROJETO DE LEI Nº 8.562/2017

O Marco Civil da Internet juntamente com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), foram um enorme progresso em múltiplos pontos de vista, acarretando proteção da intimidade, da honra e da imagem, dos dados pessoais, entre outras garantias, direitos e deveres. Conquanto, em determinados pontos, não proporcionaram tantos benefícios à proteção do usuário.

Esta conclusão foi alcançada por Flumignann, como se ver:

Ocorre que, por mais que a pretensão do legislador fosse abarcar a grande maioria das nuances jurídicas sobre o uso da internet no Brasil, não se atingiu o objetivo pleiteado em determinadas matérias uma vez que as novidades e mudanças no âmbito virtual são mais dinâmicas do que o processo legislativo, sendo um trabalho árduo para o legislador acompanhá-las. (Flumignann.2019, p.292).

Desse modo, as referidas normas jurídicas não citam nada em relação à herança digital, demandando então, a implementação de projetos de lei sobre a temática. Alguns projetos de lei de destaque são: Projeto de Lei nº 1.689/2021 e Projeto de Lei nº 8.562/2017.

O Projeto de Lei nº 1.689/2021 busca inserir determinados conteúdos na definição de herança:

Art. 1º Esta Lei altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para dispor sobre perfis, páginas contatos, publicações e os dados pessoais de pessoa falecida, incluindo seu tratamento por testamentos e codicilos.

Art. 2º Incluem-se os arts. 1.791-A e 1863-A e acrescenta-se o § 3º ao art. 1.857 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, com as seguintes redações:

Art. 1.791-A Incluem-se na herança os direitos autorais, dados pessoais e demais publicações e interações do falecido em provedores de aplicações de internet.

§ 1º O direito de acesso do sucessor à página pessoal do falecido deve ser assegurado pelo provedor de aplicações de internet, mediante apresentação de atestado de óbito, a não ser por disposição contrária do falecido em testamento.

§ 2º Será garantido ao sucessor o direito de, alternativamente, manter e editar as informações digitais do falecido ou de transformar o perfil ou página da internet em memorial. (BRASIL, 2021, online).

Nota-se que o referido projeto de lei não teve cuidado com a privacidade do falecido e nem de terceiro, pois a proposta legislativa deveria ser no sentido de o direito de acesso ao herdeiro ser autorizado somente mediante testamento e não ao contrário como dispõe. Tal ordenamento não resolve completamente as objeções inerentes à herança digital, uma vez que pode ocasionar recessão nos direitos e garantias do falecido, pois não se preocupa com o alcance pleno do acesso ao conteúdo no que diz respeito à privacidade dos usuários falecidos e de terceiros.

No que lhe toca, o Projeto de Lei nº 8.562/2017, pretende agregar Capítulo e artigos ao Código Civil, visando elaborar capítulo específico sobre herança digital:

Da Herança Digital

Art. 1.797-A. A herança digital defere-se como o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual, nas condições seguintes:

- I – senhas;
- II – redes sociais;
- III – contas da Internet;
- IV – qualquer bem e serviço virtual e digital de titularidade do falecido.

Art. 1.797-B. Se o falecido, tendo capacidade para testar, não o tiver feito, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos.

Art. 1.797-C. Cabe ao herdeiro:

- I - definir o destino das contas do falecido;
 - a) - transformá-las em memorial, deixando o acesso restrito a amigos confirmados e mantendo apenas o conteúdo principal ou;

- b) - apagar todos os dados do usuário ou;
- c) - remover a conta do antigo usuário; (BRASIL, 2017, online).

4.1 direitos da personalidade aplicados a herança digital

Pode-se dizer que personalidade é o atributo definidor da pessoa, ou seja, é aquilo que discrimina pessoa de coisa, e nessa perspectiva também é a aptidão genérica para ser detentor de direitos e deveres; e o atributo que garante a pessoa uma tutela mínima e existencial por parte do Estado. Essa proteção decorre do princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, de acordo com Constituição Federal 1988, Artigo 1^a, III.

A Constituição Federal de 1988, faz referência expressa dos direitos da personalidade em seu artigo 5^a, inciso X “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988). Por sua vez, o Código Civil de 2002 refere-se a esses direitos em seus artigos 11 ao 21.

Alude Tartuce:

Os direitos da personalidade são tidos como intransmissíveis, irrenunciáveis, extrapatrimoniais e vitalícios, eis que comuns à própria existência da pessoa. Trata-se ainda de direitos subjetivos, inerentes à pessoa (inatos), tidos como absolutos, indisponíveis, imprescritíveis e impenhoráveis. (TARTUCE, 2016, p. 110)

Assevera Venosa:

[...] é certo que os direitos da personalidade extinguem-se com a morte, todavia há resquícios ou rescaldos que podem a ela se sobrepor. A ofensa à honra dos mortos pode atingir seus familiares, ou, como assevera Larenz (1978:163), pode ocorrer que certos familiares próximos estejam legitimados a defender a honra pessoal da pessoa falecida atingida, por serem “fiduciários” dessa faculdade. Nesse diapasão, o art. 12, parágrafo único do atual Código, dispõe: “Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau”. Não se pode negar, também ao companheiro ou companheira, na união estável, o direito de defender a honra do morto. (VENOSA, 2005, apud FÁVERI, 2014, p. 61)

Assim, pode-se afirmar que os direitos da personalidade estão presentes enquanto há vida do titular, porém, existem alguns direitos que persistem mesmo após a morte, como por exemplo, o direito a imagem e o direito a intimidade.

Aduz Gonçalves:

Na atualidade, devido aos avanços científicos e tecnológicos (Internet, clonagem, imagem virtual, monitoramento por satélite, acesso imediato a notícias e manipulação da imagem e voz por computador), a personalidade passa a sofrer novas ameaças que precisarão ser enfrentadas, com regulamentação da sua proteção. O direito da personalidade vai, pois, além das prerrogativas catalogadas na Constituição e na legislação ordinária. (GONÇAVES, 2016, p. 193)

Constata-se então, que devido ao grande avanço tecnológico, a violação de e-mails e mensagens trocadas em ambiente virtual, bem como a sua divulgação, podem ser considerados, por exemplo, ofensa à privacidade e à intimidade da pessoa falecida.

Para Diniz (2015, p. 135-136) "o direito da personalidade é o direito da pessoa de defender o que lhe é próprio, como a vida, a identidade, a liberdade, a imagem, a privacidade, a honra etc."

Dessa forma, direitos da personalidade é a condição capaz de gerar direitos e deveres a pessoa para a defesa do que lhe é próprio. Assim, este é mais um tópico para delicada análise, uma vez que a sociedade está cada vez mais conectada com o ambiente virtual, não tendo muitas vezes o discernimento dos direitos a personalidade que estão sendo violados.

5 DESTINAÇÃO DA HERANÇA DIGITAL

Com o exposto certamente surgiram muitas indagações sobre a destinação dos bens digitais contidos na herança, visto que na legislação brasileira ainda não há previsão a sucessão digital, gerando controvérsias nas decisões judiciais sobre as questões do acervo patrimonial digital. Nesse passo, como garantir a destinação mais correta da herança digital?

É normal a apreensão com o destino do monte depois do falecimento, não somente pelas razões pecuniárias, mas especialmente pelas razões particulares, dado que contém direitos fundamentais como a privacidade e intimidade. Assim, pela lógica jurídica a melhor maneira para a destinação da herança digital é através do testamento.

O Código Civil no art. 1.881, determina que:

Art. 1.881. Toda pessoa capaz de testar poderá, mediante escrito particular seu, datado e assinado, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou jóias, de pouco valor, de seu uso pessoal. (BRASIL, 2002, online).

O testamento, como dispõe a Lei, é o último ato de vontade do falecido, seja de caráter patrimonial ou não.

Elucida Lara (2016, p.92) em um rol de bens digitais passíveis de disposição testamentária:

No testamento de bens digitais podemos deixar: nossas senhas de acesso aos sites, e-mails e redes sociais; um inventário prévio de nosso patrimônio digital; e até mesmo os contatos que os sucessores devem realizar para acessar esse patrimônio, tais como os endereços eletrônicos, telefones de contato de alguma empresa contratada previamente para inventariar todo nosso acervo digital. (LARA, 2016, p.92).

Ressalta-se que, em regra, mensagens trocadas entre o falecido e outros usuários devem ser mantidas em sigilos, para que não haja ofensa à privacidade do morto e nem de terceiros. Essa questão atinge majoritariamente os usuários de redes sociais, causando incomodo aos familiares, resultando na procura do judiciário para resolução de conflitos.

Com essas considerações, para que não haja dificuldade e impedimentos, o testamento digital seria sendo o melhor caminho para o cumprimento da vontade do falecido no que concerne a transmissão de sua herança digital, pois traz segurança jurídica, sendo capaz de resguardar sua privacidade, intimidade e honra, bem como a de terceiros.

6 RESPONSABILIDADE DO SUCESSOR EM RELAÇÃO A HERANÇA DIGITAL

Na visão de Augusto e De Oliveira:

É importante ressaltar a necessidade da proteção direito à privacidade do de cujus, quanto ao direito à herança dos sucessores. Isto é, por não se admitir que a imagem de alguém seja destruída após sua morte, deixando apenas sob o arbítrio dos herdeiros, vez que em alguns casos não possuem interesse em resguardar os aspectos morais ligados à imagem do ente falecido e autor da herança". (AUGUSTO; DE OLIVEIRA, 2015, p.26).

É de suma importância a análise das obrigações do sucessor, pois como dito antes, é necessário que haja muito cuidado para não ferir o direito à honra, à imagem e à privacidade do falecido. Em termos gerais, a Constituição Federal encontra-se apoiada no Princípio da Dignidade Humana, este se refere à garantia das necessidades vitais de cada indivíduo, ou seja, um valor intrínseco como um todo.

Nessa vertente, por haver a extensão dos direitos da personalidade ao morto, é dever de casa pessoa, seja natural ou jurídica, agir em conformidade a esse Princípio. No que tange a responsabilidade do sucessor da herança digital, por exemplo, este tem dever de proteger os dados pessoais do falecido, agindo conforme princípios reguladores do direito sucessório podemos dividir em gerais e especiais, sendo estes:

Princípios gerais: dignidade da pessoa humana; igualdade; função social da propriedade; boa-fé; e autonomia da vontade. Por sua vez, os princípios especiais são constituídos por: saisine; (non) ultra vires hereditatis; função social da herança; territorialidade; intemporalidade e respeito a vontade manifestada.

Desse modo, é essencial respeitar as determinações feitas em vida pelo titular da conta, agindo conforme as diretrizes do Princípio da Boa fé, zelando para que os bens digitais deixados não sejam utilizados de forma indevida, seguindo a moral objetiva, por exemplo. A responsabilidade do sucessor é portar-se de acordo com todas as normas jurídicas, tais como Código Civil, Código Penal, Código do Consumidor, Constituição Federal, entre outros, no que couber, sobre a temática abordada.

7 CONCLUSÃO

Foi constatado que a ideia de herança digital e a preocupação com a destinação dos bens digitais de pessoa falecida é recente, visto que surgiu a partir da introdução da internet. Assim, o presente trabalho empenhou-se em expor acerca da herança digital, especificamente no Brasil.

Diante disso, o presente estudo tem como objetivo apurar aplicação da Herança Digital no ordenamento jurídico brasileiro e em como se dá a transmissão de bens digitais no Brasil, levando em consideração que não há regulamentação legislativa brasileira acerca da temática. Assim, foi possível atender a todos os objetivos específicos propostos.

A grande problemática envolvendo a Herança Digital consistia em como se dá a transmissão de bens digitais no Brasil. Nesse sentido, sugeriu-se a elaboração de um testamento como a melhor opção para representar a vontade do dono desses bens quando indagado sobre o destino do acervo após seu óbito.

Destaca-se duas propostas de alteração legislativa, tendentes a incluir a Herança Digital no rol de disposições do Código Civil, foram apresentadas à Câmara dos Deputados. Porém, a simples premissa não traz segurança jurídica ao pleito das famílias pelo direito a herança dos bens digitais.

Assim, em que pese nossa proposta de tratamento do assunto, conclui-se que o objeto de estudo deste trabalho ainda necessita de um aperfeiçoamento teórico por parte da doutrina e da jurisprudência e do próprio legislativo para que fique claro qual o melhor caminho jurídico a ser adotado no caso concreto. Sabe-se que se trata de um contexto fático que precisa de regulação jurídica, já que tende a gerar dúvidas e proporcionar conflitos nos próximos anos, mas que, na sua ausência, deve ser tratado conforme as normas e princípios, constitucionais e civis, penais vigentes.

10 REFERÊNCIAS

AUGUSTO, Naiara C; OLIVEIRA, Rafael N de. A possibilidade de transmissão de bens digitais "causa mortis" em relação aos direitos personalíssimos do "de cujus". In 3o Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade, Santa Maria: UFSM, 2015. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-16.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.1.689/2021. Altera a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para dispor sobre perfis, páginas contas, publicações e os dados pessoais de pessoa falecida, incluindo seu tratamento por testamentos e codicilos. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2003683&filename=PL+1689/2021>. Acesso em: 24 mai.2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 8.562/2017. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2151223>>. Acesso em: 24 mai. 2022.

BRASIL. Código Civil Brasileiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm>. Acesso em: 24 mai. 2022

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 09 out. 2022.

CORREIA & CASTRO. O que é herança digital? Saiba quais são os bens digitais do sucessor. Disponível em <<https://correacastro.com.br/o-que-e-heranca-digital/> >. Acesso em: 06 jun 2021.

DE FAVERI, Paula Gallato, Herança Digital no Brasil: uma análise dos direitos da

personalidade após a morte quanto aos arquivos deixados na internet. 2015. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/3371/1/PAULA%20GALATTO%20DE%20F%c3%81VERI.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2022

DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. 32ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

FLUMIGNANN, Silvano José Gomes; FLUMIGNANN, Weverton Gabriel Gomes. O cenário atual da herança digital no Brasil. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

GOMES, Orlando. Direito Civil: sucessões. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro - direito das sucessões. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Parte geral. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. Bens digitais. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017.

LARA, Moisés Fagundes. Herança Digital. Porto Alegre: s.c.p., 2016.

PRINZLER, Yuri. Herança digital – novo marco no direito das sucessões. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito), Universidade do Sul de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/19019650/Heran%C3%A7a_Digital_Novo_Marco_no_Direito_das_Sucess%C3%B5es?email_work_card=view-paper>. Acesso em: 10 out. 2022

RAMOS, Lucas. Herança digital: sucessão do patrimônio cibernético. Monografia (Graduação em Direito), Faculdades Doctum de Caratinga, Caratinga, 2017. Disponível em: <<https://dspace.doctum.edu.br/bitstream/123456789/337/1/MONOGRAFIA%20-%20LUCAS%20COTTA.pdf>>. Acesso em 19 de set. 2022

RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Sucessões. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RODRIGUES, Fillipe Azevedo. Revista Juris Rationis / Universidade Potiguar. Revista Científica da Escola do Direito. – Ano 9, n.2 (abr./set.2016). – Natal: Edunp, 2017: Disponível em: <https://portal.unp.br/arquivos/pdf/institucional/edunp/juris_a9n2.pdf. Acesso em: 10 out. 2022.>

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

VENOSA, Silvio Salvo. Direito Civil: direito das sucessões. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 14.230/2021.

HELENA PAULA SILVA FELIPE MACHADO:

Graduanda em Direito pela Faculdade Serra do Carmo - FASEC.

EDY CESAR DOS PASSOS JUNIOR⁸⁸

(orientador)

RESUMO: Analisa as inovações trazidas pela nova legislação que alterou a Lei de Improbidade Administrativa, bem como demonstra o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto a possibilidade de retroatividade da nova norma a casos que já estavam em aberto quando da sua entrada em vigor.

Palavras-chave: Administrativo. Improbidade. Retroatividade.

1. INTRODUÇÃO

No presente artigo, "Direito Administrativo Sancionador: Lei de Improbidade Administrativa e as Inovações Trazidas Pela Lei nº 14.230/2021", é possível encontrar, num primeiro momento, as definições de direito administrativo e como se organiza a Administração Pública – objeto de estudo do direito administrativo.

A partir de então, entra-se no cerne principal, qual seja: improbidade administrativa. Explorando conceitos legais e doutrinários, bem como fazendo comparações entre leis, doutrinas e jurisprudências.

A Lei de Improbidade Administrativa, no ano de 2021, sofreu grande alteração legislativa, de modo que afastou tipos ímprobos, excluiu o elemento subjetivo culpa, tornou o rol de violação aos princípios da administração pública taxativo, alterou prazos prescricionais, inovou com a chegada da prescrição intercorrente e, sobretudo, tentou afastar o caráter civilista para tentar, a grosso modo, forçar uma retroatividade da norma mais benéfica.

Com isso, como a nova legislação trouxe vários benefícios, o Supremo Tribunal Federal viu a necessidade de, sob repercussão geral, julgar o tema da retroatividade da norma, se deve ou não retroagir a casos que já encontravam em aberto ou, até mesmo, transitados em julgados.

⁸⁸ Mestre em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade Federal do Tocantins - UFT. Pós-graduado em Gestão Pública pela Faculdade Suldamerica. Bacharel em Direito pela Faculdade Serra do Carmo - FASEC. Advogado e Professor da Faculdade Serra do Carmo - FASEC.

Destarte, busca-se no presente artigo analisar as inovações legislativas, as teses fixadas pelo Supremo Tribunal Federal e se elas foram, de certo modo, no caminho adequado a fim de preservar o princípio *pro societate*.

2.DIREITO ADMINISTRATIVO

O direito administrativo enquadra-se, a fins didáticos, como ramo do direito público, do qual tem como objeto de estudo a Administração Pública, o qual é o meio pelo qual o gestor da coisa pública para implementar suas políticas públicas, além de administrar a *res pública*.

Neste sentido, confira o entendimento de Alexandra Mazza (2019, p. 49) "o Direito Administrativo é o ramo jurídico que estuda a disciplina normativa da função administrativa, independentemente de quem esteja encarregado de exercê-la: Executivo, Legislativo, Judiciário ou particulares mediante delegação estatal".

2.1 ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública, em uma visão geral, classifica-se em descentralizada e desconcentrada, em que temos, para a primeira, a descentralização política e administrativa, que por sua vez são reconhecidas como Administração Pública Direta e Indireta, em que temos como direta as seguintes pessoas jurídicas de direito público: União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

Alexandra Mazza diz que (2019, p. 198): "na descentralização, as competências administrativas são distribuídas a pessoas jurídicas autônomas, criadas pelo Estado para tal finalidade. Exemplos: autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista".

Ou seja, no que concerne à Administração Pública Indireta, existem as pessoas jurídicas de direito público e privado, sendo, de direito público, as autarquias e fundações, sendo que essa segunda pode ser enquadrada, também, como pessoa jurídica de direito privado, a depender de sua natureza jurídica. Já a administração pública indireta de direito privado, pode-se dizer que são elas, ainda: Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista.

Ainda, como mencionado, existe o fenômeno da desconcentração administrativa, que pode ser entendido como uma divisão setorial dentro de umas das entidades ou entes da administração pública direta ou indireta, como no caso de secretarias municipais e estaduais e ministérios federais.

Tais entes e entidades não serão objetos diretos de análise no presente artigo, limitando-se a alcançar o direito administrativo sancionador, com o fim último na Lei de Improbidade Administrativa.

3.SUJEITOS ATIVO E PASSIVO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Em breve síntese, sabe-se que será sujeito passivo a pessoa jurídica lesada pelos atos ímprobos, sendo eles os entes e entidades, direta ou indireta, os quais estão elencados no art. 1º, §5º, da Lei de Improbidade Administrativa.

Ainda, será considerado sujeito passivo a entidade privada que, de alguma forma, receber incentivo fiscal ou creditício, dos entes/entidades acima citados, nos termos do que dispõe o §6º do art. 1º da Lei de Improbidade Administrativa.

Já para o polo ativo, tem-se que serão eles os agentes públicos, políticos, servidor, bem como àqueles que exerçam, temporariamente ou voluntariamente sem ou com remuneração, seja por eleição, designação, nomeação ou contratação, quando gozarem de atos ímprobos.

Mazza diz que:

os atos de improbidade podem ser praticados por todas as categorias de agentes públicos, incluindo servidores estatutários, empregados públicos celetistas, agentes políticos, contratados temporários e particulares em colaboração com a Administração, tais como os requisitados de serviço (mesários e conscritos, por exemplo). (MAZZA 2019, p. 840).

Dessa forma, pode-se concluir que todos aqueles, ainda que transitoriamente, exercerem função pública, poderão incorrer nas penas da lei de improbidade administrativa.

4. TIPOLOGIA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei nº 8.492/92 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA) traz em seu bojo as tipificações dos atos que podem ensejar em improbidade administrativa, sendo eles: o enriquecimento ilícito, constante no art. 9º; o dano ao erário, constante no art. 10 e; atos atentatórios aos princípios da Administração Pública, constante no art. 11, sendo todos os dispositivos da citada lei.

Assim, é de rigor compreender, separadamente, cada ato que pode caracterizar improbidade administrativa, necessariamente sob a perspectiva da Lei nº 14.230/21, norma essa que alterou alguns artigos da Lei nº 8.492/92.

A propósito, se faz necessário elucidar, de plano, que a Lei nº 14.230/21 alterou, dentre vários dispositivos, o art. 1º da LIA, de modo geral, inovando, além da redação do *caput*, com inclusão de parágrafos, deixando claro que somente serão consideradas atividades ímprobas, aquelas de cunho doloso, trazendo, ainda, o conceito de dolo, vejamos o teor dos §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei de Improbidade Administrativa, trazidos pela nova Lei:

[...] § 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais. § 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente [...]. (BRASIL, 2021).

Isso porque, anteriormente, havia grande controvérsia jurisprudencial acerca da necessidade de exigência ou não do elemento subjetivo (culpa ou dolo), vez que a LIA, antes da inovação ocorrida em 2021, com a chegada da Lei nº 14.230/21, apenas trazia, expressamente, a exigência do elemento subjetivo para a caracterização de atos ímprobos pelas práticas de dano ao erário. Confira-se a antiga redação do art. 10 da LIA:

[...] Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, **dolosa ou culposa**, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente [...] (grifos nosso). (BRASIL, 1992).

Enquanto que para o enriquecimento ilícito (art. 9º da LIA) e atos que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11 da LIA), não havia essa previsão expressa. *In verbis*:

[...] Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...] Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: [...]. (BRASIL, 1992).

Atualmente, com o advento da Lei nº 14.230/21, os citados artigos (arts. 9º, 10 e 11) estão com as seguintes redações:

[...] Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, **mediante a prática de ato doloso**, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente. [...] Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer **ação ou omissão dolosa**, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente. [...] Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a **ação ou omissão dolosa** que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas. [...] (grifos nossos). (BRASIL, 2021).

Ou seja, contam, expressamente, com a exigência da presença do elemento subjetivo, qual seja: dolo. Isto é, o agente público deve pautar-se de conduta livre e consciente, a fim de alcançar o ilícito positivado na Lei de Improbidade Administrativa.

Ainda, a exigência do elemento subjetivo dolo se estendeu àqueles que não integram o quadro da Administração Pública na condição de agente público. Nesse ínterim, confira-se a redação anterior do art. 3º da LIA, seguido da nova redação trazida pela Lei nº 14.230/21: “art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.” e “art. 3º As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade”.

Firme em tais considerações, passa-se à análise minuciosa das tipificações de improbidade administrativa, mantendo-se a corrente comparativa da LIA momentos pré e pós Lei nº 14.430/21.

4.1 ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

Consoante já exposto, o enriquecimento ilícito pode configurar ato de improbidade administrativa, desde que praticado com dolo. Os verbos utilizados como peças-chave para se compreender o enriquecimento ilícito são: receber; perceber; utilizar; adquirir; aceitar; incorporar e usar, os quais, dos incisos constantes no art. 9º da LIA, podemos organizar da forma que segue.

A teor do que dizem Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

Como derivação lógica e consequência inevitável dos atos de corrupção, tem-se o enriquecimento ilícito, sendo aquela o principal meio de implementação deste. Em geral, o enriquecimento ilícito é o resultado de qualquer ação ou omissão que possibilite ao agente público auferir uma vantagem não prevista em lei. (ALVES e GARCIA, 2017, p. 760).

Tem-se, assim, que incorre na prática de ato ímprobo deste tópico aquele que receber ou perceber vantagem econômica, em moeda corrente ou de qualquer outra forma, com o fito de ocultar ato de ofício, seja declaração ou providência; intermediar verba pública, seja para liberação ou aplicação; fazer declaração falsa sobre dados técnicos de obras e seus acessórios e bens de serviços fornecidos às entidades; tolerar exploração de jogos de azar, a circulação de narcotráficos, contrabando ou qualquer outra atividade ilícita (aqui, abra-se parênteses para afirmar que o simples aceite da promessa em receber a vantagem econômica, configura ato ímprobo); e, por fim, facilitar alienação, locação ou permuta de bem público, móvel ou imóvel, assim como o fornecimento de serviços por parte do Estado e a contratação dos mesmos [serviços] por preço inferior ou superior ao do mercado.

Ainda, incorre na prática do ato ímprobo em questão, quem utilizar, em construção particular, bens móveis públicos, assim como os trabalhadores da Administração Pública. Também, aqueles que usam em proveito próprio, ou incorporam rendas ou bens das entidades em seu patrimônio pessoal.

Por fim, frisa-se que o agente ativo que incorporar a seu patrimônio, bens desproporcionais aos seus ganhos, também incorrerão na prática dos atos deste tópico.

Neste toar, Mazza (2019, p. 849) descreve que: “são hipóteses em que o agente público auferiu dolosamente uma vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade pública”.

4.1.1 Sanção

As sanções previstas para as práticas de ato ímprobo de enriquecimento ilícito estão previstas no art. 12, inciso I, da LIA. Antes da nova lei, Lei nº 14.230/21, as penas eram: a perda dos bens/valores adquiridos indevidamente; o ressarcimento do dano; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos por um prazo de 8 (oito) a 10 (dez) anos, o pagamento de multa de até 3 (três) vezes o valor dos bens/valores adquiridos indevidamente; bem como a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais por um prazo de 10 (dez) anos.

Atualmente, com o advento da nova lei, extrai-se que das penas antes previstas, houveram mudanças quanto: aos anos em que os direitos políticos deverão ser suspensos, bem como à proibição de contratar com o Poder Público, saltando-os para 14 (quatorze) anos; ao valor da multa, que antes era de até 3 (três) vezes o valor dos bens/valores adquiridos indevidamente, passando a ser limitada ao real valor do ilícito obtido, em havendo. Veja o teor do inciso I do art. 12 da LIA, com a nova redação:

I - na hipótese do art. 9º desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 14 (catorze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 14 (catorze) anos. (BRASIL, 2021).

4.2 DANO AO ERÁRIO

O dano ao erário, previsto no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, antes da nova lei, admitia-se o elemento subjetivo culpa, contudo, como já explicitado acima, a Lei nº 14.430/21 retirou do texto legal essa previsão, admitindo-se somente os atos praticados com dolo. Os verbos utilizados como peças-chave para se compreender o dano ao erário são: facilitar; permitir; doar; realizar; conceder; frustrar; ordenar; agir; liberar; celebrar e usar, os quais, dos incisos constantes no art. 10 da LIA, podemos organizar da forma que segue.

Incorre na prática de ato ímprobo deste tópico aquele que permitir, facilitar, ou, concorrer em: agregar ao patrimônio particular, seja de pessoa física ou jurídica, bens/valores que constitui patrimônio das entidades/entes da Administração Pública, seja direta ou indireta, bem como intermediar, às pessoas jurídica ou física de cunho privado, o uso dos bens/valores das mesmas entidades/entes mencionadas, sem as devidas formalidades dispostas em lei.

Ainda, incorre o agente que facilitar ou permitir alienação, locação, permuta ou aquisição de bem público, móvel ou imóvel, da Administração Pública, assim como o fornecimento de serviços por parte dela [Administração Pública], por preço inferior ou superior ao do mercado, assim como a aquisição de bens ou serviços.

No mesmo toar, incorre o agente que facilitar, concorrer ou permitir: o enriquecimento ilícito de terceiro; o uso de bens e servidores públicos em obras particulares; a incorporação ao patrimônio particular ou uso, à pessoa jurídica ou física, de bens ou valores transferidos pela Administração Pública à entidade privada, sem as devidas observâncias constituídas em lei.

Na doutrina de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, constata-se que (2017, p. 816): "os danos causados ao patrimônio público podem advir de atos dissonantes dos princípios regentes da atividade estatal, ou mesmo de conduta em que tenha ocorrido a sua estrita observância.". Ou seja, o agente causador do dano, muito embora cause o mesmo, pode fazer sem dolo, de modo que não poderá ser condenado por tal dano.

Dando seguimento, tem-se que responderá às sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, o agente que: frustrar procedimento licitatório, bem como processo seletivo; deferir benefícios administrativos, liberar a realização de despesas, verbas públicas, celebrar contratos de prestação de serviços públicos ou rateio de consórcio público, celebrar pactos de parcerias da Administração Pública junto do particular, bem com, nesta situação, agir para o ilícito na prestação de contas dos pactos celebrados para os fins de parcerias privadas e liberar recursos, e, por fim, àqueles que manterem benefício fiscal/financeiro, todos sem a devida observância legal.

Aqui, frisa-se que com o advento da Lei nº 14.430/21, que alterou a Lei de Improbidade Administrativa, a manutenção, liberação ou aplicação de benefício fiscal, estava adstrito em artigo solo, qual seja, art. 10-A, contudo, passou a integrar o rol do art. 10 da LIA.

4.2.1 Sanção

As sanções previstas para as práticas de ato ímprobo de dano ao erário estão previstas no art. 12, inciso II, da LIA. Antes da nova lei, Lei nº 14.230/21, as penas eram: ressarcimento integral do dano causado; perda dos bens/valores acrescidos indevidamente ao patrimônio pessoal; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 5 (cinco) a 8 (oito) anos; o pagamento de multa de até 2 (duas) vezes o valor dos bens/valores adquiridos indevidamente; bem como a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais por um prazo de 5 (cinco) anos.

Atualmente, com o advento da nova lei, extrai-se que das penas antes previstas, houveram mudanças quanto: aos anos em que os direitos políticos deverão ser suspensos, bem como a proibição de contratar, saltando-os para 12 (doze) anos; ao valor da multa, que antes era de até 2 (duas) vezes o valor dos bens/valores adquiridos indevidamente, passando a ser limitada ao real valor do ilícito obtido, havendo. Veja o teor do inciso II do art. 12 da LIA, com a nova redação:

II - na hipótese do art. 10 desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos. (BRASIL, 2021).

4.3 VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS

Antes de adentrarmos de fato nos atos ímprobos deste tópico, é importante frisar que com o advento da nova lei que alterou alguns dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa, o rol era exemplificativo, contudo, com a vigência da lei nova, o caput do art. 11 da LIA prevê um rol taxativo.

Os atos que violam os princípios da Administração Pública, de forma comissiva ou omissiva, de forma taxativa, respondem na forma da Lei de Improbidade Administrativa. Aqui, houveram diversas mudanças com a nova lei publicada em 2021, conforme será visto adiante.

Anteriormente, o agente que praticasse ato com o fito de obter fim proibido em lei, bem como deixar de praticar, ou, retardar, ato que deveria fazer de ofício, ou, dificultar a acessibilidade prevista na legislação e repassar recursos à entidade privada que prestasse serviço de saúde sem a devida celebração de contrato e afins, eram considerados atos que atentavam contra os princípios da Administração Pública, porém, foram revogados pela nova lei.

Ainda, houveram alterações quanto às seguintes condutas: retirar de segredo fatos ou circunstâncias que detém o privilégio de obtê-las; não dar publicidade dos atos oficiais; e frustrar concurso público ou processo licitatório, da quais, agora, exige-se que o agente o faça com o fito de obter proveito próprio ou de terceiros. Tal exigência se fez constar, ainda, no §1º do art. 11 da LIA.

Uma outra grande novidade, foi inclusão do nepotismo, que antes já era entendido como ato ímprobo, contudo, não estava elencado na LIA.

Mazza (2019, p. 855), discorre acerca dessa conduta ímproba como:

A terceira espécie de ato de improbidade, descrita no art. 11 da LIA, envolve as condutas de menor gravidade que atentam dolosamente contra os princípios da administração pública, violando os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, mas sem provocar qualquer lesão financeira ao erário.

Outro ponto importante encontrado na doutrina é que, para Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

Ante a natureza e a importância dos interesses passíveis de serem lesados pelos ímprobos, afigura-se louvável a técnica adotada pelos arts. 4º e 11 da Lei n. 8.429/1992, preceitos em que a violação aos princípios regentes da atividade estatal, ainda que daí não resulte dano ao erário, consubstanciará ato de improbidade (ALVES e GARCIA, 2017, p. 853)

Com isso, tem-se que os princípios administrativos servem para dar maior efetividade na gestão da coisa pública, para que, ainda que não haja um dano mensurável, seja o agente violador devidamente punido.

4.3.1 Sanção

As sanções previstas para as práticas de ato ímprobo de violação aos princípios da Administração Pública estão previstas no art. 12, inciso III, da LIA. Antes da nova lei, Lei nº 14.230/21, as penas eram: ressarcimento integral do dano, em havendo; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 3 (três) a 5 (cinco) anos; o pagamento de multa de até 100 (cem) vezes o valor da remuneração recebida pelo agente; bem como a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais por um prazo de 3 (três) anos.

Atualmente, com o advento da nova lei, extrai-se que das penas antes previstas, houveram mudanças quanto: o valor da multa civil, que agora é de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente, bem como o prazo na proibição de contratar, que saltou de 3 (três) anos para 4 (quatro) anos. Veja o teor do inciso III do art. 12 da LIA, com a nova redação:

III - na hipótese do art. 11 desta Lei, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos. (BRASIL, 2021).

5. INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

Nos ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves (2021, p. 549), o instituto da prescrição, sempre que ocorrer, trará a perda e o ganho, os quais nunca estarão no mesmo lugar. No caso da Lei de Improbidade Administrativa, quando restar configurada a prescrição, o lado vencedor sempre será o agente que cometeu o ilícito, enquanto o perdedor será, de certa forma, a sociedade.

Ainda nos ensinamentos de Carlos Robertos Gonçalves (2021, p. 549), extrai-se que a prescrição é imprescindível para a manutenção da estabilidade da ordem jurídica. No mesmo sentido, Camara Leal, citada por Gonçalves, diz que:

O interesse público, a estabilização do direito e o castigo à negligência; representando o primeiro o motivo inspirador da prescrição; o segundo, a sua finalidade objetiva; o terceiro, o meio repressivo de sua realização. Causa, fim e meio, trilogia fundamental de toda instituição, devem constituir o fundamento jurídico da prescrição. (LEAL apud GONÇALVES, 2021, p. 549)

5.1 PRESCRIÇÃO GERAL

Na LIA, a prescrição é regulamentada no capítulo VII. Antes da vigência da Lei nº 14.430/21, o art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa, impunha que:

[...] Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego. III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei. (BRASIL, 1992).

Extrai-se que o prazo prescricional era de 5 (cinco) anos, com termos iniciais distintos, sendo, para os detentores de mandato eletivo e ocupantes de cargos de confiança, tinha-se a data em que deixaram de exercer a função (inciso I) e, para os agentes que praticavam atos ímprobos nos limites das entidades constantes no parágrafo único do art. 1º da LIA (redação anterior), tinha-se a data da efetiva prestação de contas (inciso III). A propósito, veja a redação anterior do citado parágrafo único:

[...] Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos. (BRASIL, 1992).

Quanto ao servidor de cargo efetivo ou celetista (inciso II), tendo como parâmetro normas federais, tinha-se como termo inicial a data da prática do ato, aplicando-se, ainda, o prazo prescricional quinquenal, conforme sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 1098669/GO, de Relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima.

Com o advento da Lei nº 14.430/21, houve drástica mudança nos termos iniciais da prescrição, bem como nos prazos, havendo, ainda, inovação quando da prescrição intercorrente, que será apreciada adiante. O prazo prescricional, pela nova redação dada ao art. 23 da LIA, é de 8 (oito) anos, com termo inicial a data em que o fato ocorreu ou, para atos permanentes, o dia em que se encerrou a atividade ímproba.

5.1.1 Marcos interruptivos e suspensivos da prescrição geral

Uma das grandes novidades da nova lei são os marcos interruptivos e suspensivos da prescrição geral, como a instauração de inquérito civil, processo administrativo e o ajuizamento da ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

O inquérito civil e o procedimento administrativo, ambos previstos na Lei de Improbidade Administrativa, irão acarretar na suspensão do prazo geral, contudo, tal suspensão dar-se-á no prazo de 180 dias corridos, independentemente da conclusão ou não dos referidos atos legais, voltando, após esse prazo, ao decurso normal de 8 (oito) anos. *In verbis*:

[...] § 1º A instauração de inquérito civil ou de processo administrativo para apuração dos ilícitos referidos nesta Lei suspende o curso do prazo prescricional por, no máximo, 180 (cento e oitenta) dias corridos, recomeçando a correr após a sua conclusão ou, caso não concluído o processo, esgotado o prazo de suspensão. [...] § 4º O prazo da prescrição referido no caput deste artigo interrompe-se: I - pelo ajuizamento da ação de improbidade administrativa [...]. (BRASIL, 2021).

Já para a interrupção do prazo prescricional, tem-se que, para o prazo prescricional geral (oito anos), só será interrompido quando do ajuizamento da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, do qual, uma vez interrompido, não será mais computado o prazo de 8 (oito) anos, porém, abre-se espaço para a prescrição intercorrente, a qual será de 4 (quatro) anos.

5.1.2 Prescrição intercorrente a seus marcos interruptivos

Dentro do instituto de prescrição intercorrente, é de rigor trazer à baila a redação do §5º do art. 23 da LIA, também uma novidade da nova lei, o qual dispõe que: “§5º Interrompida a prescrição, o prazo recomeça a correr do dia da interrupção, pela metade do prazo previsto no caput deste artigo.”

Da leitura do aludido dispositivo legal e pelo que já fora exposto no tópico anterior, extrai-se que, proposta a ação civil pública por ato de improbidade administrativa, o prazo prescricional não será mais de 8 (oito) anos, mas sim de 4 (quatro) anos, sendo, dali em diante, todos intercorrente, recomeçando do zero (com o prazo de quatro anos) sempre que houver um marco interruptivo superveniente, que serão abordados a seguir.

Proposta a ação civil por ato de improbidade, dá-se início à prescrição intercorrente de quatro anos, que somente será interrompida, dando início a um novo cômputo de igual período, quando da publicação da sentença condenatória, ou seja, caso a sentença seja de indeferimento da inicial, ou de absolvição do réu, não haverá a interrupção desse prazo.

Após a sentença, o próximo marco interruptivo é o acórdão ou *decisum* publicados pelos Tribunais Federal ou de Justiça, sendo necessário que, no caso de sentença condenatória, haja a

confirmação, e para sentença não condenatória, haja a sua reforma com o fito de condenar o agente passivo.

Mais adiante, há outros dois marcos interruptivos, que como todos, reiniciam o prazo de 4 (quatro) anos, quais sejam: publicação de *decisum* ou acórdão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça – STJ -, ou pelo Supremo Tribunal Federal – STF -, ambos no sentido de, caso haja um acórdão recorrido de improcedência inicial, reformar e, caso haja um acórdão recorrido de procedência, manter.

Posto isso, conclui-se que antes da Lei nº 14.230/21, não havia um prazo de prescrição intercorrente, e que, embora haja várias discussões acerca desses novos prazos e marcos, em uma visão particularizada, entende-se que trará, de certa forma, mais agilidade na conclusão desses processos que visam o bem da sociedade.

6. RETROATIVIDADE DA NOVA LEI A CASOS ANTERIORES À SUA VIGÊNCIA.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 843989, com repercussão geral reconhecida sob o nº 1.199, do Estado de Paraná, distribuído à relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, que teve como recorrente Rosmery Terezinha Cordova e recorrido o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, fixou as seguintes teses acerca da retroatividade da nova lei que alterou a lei de improbidade administrativa a casos que já se encontravam em andamento à data da sua publicação:

- 1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO; 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei. (STF, 2022)

Contudo, o julgamento ficou marcado por um longo debate jurídico, uma vez que a nova lei de improbidade administrativa, quando da inclusão do art. 17-D, fez constar que a ação de improbidade administrativa é de caráter repressivo, não constituindo ação cível, dando, portanto, azo para debates de que seja uma lei de cunho penal, sendo admitida, desta forma, sua retroatividade em favor do réu, tudo em observância ao que dispõe o art. 5º, XL, da Constituição Federal. A propósito, confira o teor dos aludidos dispositivos, respectivamente:

Art. 17-D. A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (BRASIL, 2021)

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: [...] XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. (BRASIL, 1988),

Porém, na contramão ao que apregoa o art. 17-D, desvirtuando-se da aplicação do art. 5º, inciso XL, da CF/88, que fora o entendimento exarado pelo Douto Ministro Alexandre de Moraes, tem-se o art. 37, §4º, também da CF/88, o qual vem dizer que os atos que importarem em improbidade administrativa previstos na respectiva lei, não farão prejuízos à aplicação de ação penal cabível, levando a uma interpretação de que não se trata de uma norma penal, em que, por uma questão lógica, não haveria que se falar em retroatividade da nova lei de improbidade administrativa a casos que já estavam em abertos quando da sua entrada em vigor, falando-se, inclusive, de uma inconstitucionalidade do art 17-D. Mas, como visto pelas teses fixadas, não foi dessa forma que se portou a Suprema Corte Nacional Brasileira.

Nesse sentido, cumpre trazer à baila o posicionamento de Gustavo Scatalino e João Trindade (2016, p. 782 e 783), os quais dizem que “a ação de improbidade administrativa é de caráter CIVIL, e não penal. Em razão do art. 37, §4º dispor que as sanções serão aplicadas ‘sem prejuízo da ação penal cabível’, entende-se que se trata de ação civil, uma vez que ainda poderá se interposta ação penal”. Ou seja, uma vez que o dispositivo constitucional continua em vigor, não há que se falar, de outro modo, no caráter penal da ação de improbidade administrativa.

Ressalta-se que, ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha entendido, em sua maioria, pela retroatividade da lei de improbidade administrativa como se norma penal fosse, entende-se que houve uma modulação hábil que, a bom modo, zelou pelo princípio do *in dubio pro societate* quando da fixação de algumas teses, como será demonstrado a seguir.

Em detida análise, entende-se que duas das teses seguiram o princípio do *in dubio pro societate*, ou melhor, foram no sentido de não retroagir a norma. Quais sejam: teses 2 e 4, *in verbis*:

[...] 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes [...] 4) O novo regime

prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei. (STF, 2022).

A aludida tese 2 diz respeito à coisa julgada, que, caso retroagisse, àqueles que por ventura, tivessem sido condenados na lei de improbidade administrativa e tivessem dentro do lapso temporal de dois anos, prazo em que é cabível uma ação rescisória, poderiam reverter a sua condenação, voltando tudo ao *status quo*. Porém, com a citada tese, tanto é irretroativa a norma no tocante a casos já transitados em julgado com sanção satisfeita como em que o réu ainda esteja cumprindo a sua sanção, bem como é incabível ação rescisória em ação por ato ímprobo.

Já a tese 4 diz respeito ao prazo prescricional, em que este foi irretroativo a caso em andamento. O objeto da referida tese, como visto em tópico próprio, teve bastante inovação na legislação em comento, como a inclusão do prazo prescricional intercorrente e a ampliação do prazo na pretensão para um só, qual seja: 8 anos, mudando tão somente o marco inicial.

Entende-se que a referida tese é benéfica à sociedade, porquanto muitas ações levam anos a serem julgadas. Como antes não havia um prazo prescricional intercorrente, magistrados seguiam uma lógica de julgamento não tão ágil, o que fazia com que um processo levasse muito mais que quatro anos para se obter uma sentença.

Dessa forma, ter-se-ia, de imediato, com a retroatividade da norma, ainda que os autos se encontra-se em segundo grau de jurisdição, uma extinção da ação por ato ímprobo, sem resolução de mérito, com a consequente pronúncia de prescrição intercorrente, uma vez que transcorrido, ainda que não se poderia prevê tal mudança legislativa, o prazo “futuro” legal intercorrente.

Explica-se: supondo-se que determinando agente político fora condenado por ato ímprobo por meio de sentença condenatória, a qual só veio a ser proferida 6 (seis) anos após a propositura da ação e que da referida sentença sobreveio apelação cível, a qual encontra-se pendente de julgamento, ter-se-ia que, com a interveniência da nova lei, caso houvesse sua retroatividade, considerando que o magistrado deverá gozar do prazo de 4 (quatro) anos para instruir o processo e conduzi-lo a uma sentença, esse agente condenado deveria, de imediato, ter a sua condenação cassada, uma vez que o juiz não observou um prazo legal que ainda não estava previsto.

Ainda que seja uma ideia difícil de se pensar, que o magistrado devesse prevê uma mudança legislativa quando do julgamento, tiveram dois ministros que entenderam que a nova lei deveria retroagir para aplicar, a caso em abertos, a prescrição intercorrente, apesar de não terem formado maioria, sendo eles: Ministro Nunes Marques e Ministro Dias Toffoli.

Outrossim, seguindo uma linha tênue, cumpre elucidar um julgado Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, ocorrido antes da fixação das teses pelo Supremo Tribunal Federal, o qual já estava aplicando a retroatividade da nova lei de improbidade administrativa, inclusive no mesmo toar do que entenderam, por seguinte, os Ministros Nunes Marques e Dias Toffoli para a tese 4, de que a prescrição intercorrente, inovação da nova lei, se aplica a casos já andamento.

Para isso, confira a seguinte apelação cível julgada pela 1ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça Tocantinense, que teve como relatora a Desembargadora Angela Issa Haonat,

acompanhada do Desembargador Helvécio de Brito Maia Neto e Desembargadora Jacqueline de La Cruz Barbosa, nos autos de nº 0002242-79.2017.8.27.2726, tendo como recorrente Abrahao Costa Martins e recorrido o Ministério Público, cujo o teor da ementa é o seguinte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO DO TEMA Nº 1199 DO STF. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DETERMINAÇÃO DO MINISTRO RELATOR PARA SUSPENSÃO DOS PROCESSOS EM ANDAMENTO. PRESCRIÇÃO EM RELAÇÃO ÀS SANÇÕES. ART. 23 DA LEI 8.429/92 ALTERADA PELA LEI 14230/21. PRAZO PRESCRICIONAL DE 08 ANOS A PARTIR DA OCORRÊNCIA DO FATOS. APLICAÇÃO DA LEI NOVA. POSSIBILIDADE. INTERRUÇÃO DO PRAZO PELO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. REDUÇÃO DO PRAZO PARA METADE. OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA. RECURSO PROVIDO. 1. Conforme leitura do disposto no artigo 1º, § 4º da Lei nº 14230/21 e vasta jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se depreende que se aplicam os princípios constitucionais mesmo em processos em andamento. 2. "A suspensão de processamento prevista no §5º do artigo 1.035 do CPC não consiste em consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no caput do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do relator do recurso extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la". RE 966.177/STF. 3. Nos termos do artigo 23 da Lei 14230/21, a ação para a aplicação das sanções previstas nesta Lei prescreve em 8 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência. 4. O § 4º do artigo 23 da Lei nº 14230/21, traz como marco interruptivo da prescrição, o ajuizamento da ação de improbidade administrativa. 5. O § 5º do mesmo artigo determina que a interrupção reduz pela metade o prazo prescricional. 6. A sentença só foi prolatada em 16.12.2021 (evento 90 dos autos de origem), restando caracterizado o instituto da prescrição conforme previsto no artigo 23 da Lei nº 14230/2021. 7. Recurso conhecido e provido. (TJTO, 2022).

Infere-se do supracitado julgado que os Doutos Desembargadores seguiram um raciocínio de que, uma vez que os princípios constitucionais devem ser aplicados à lei de improbidade administrativa, não haveria que ser diferente quanto à aplicação da retroatividade da norma mais benéfica, aplicando, de imediato, o prazo prescricional intercorrente, considerando a data da propositura da ação e a data em que fora prolatada a sentença, conforme se afigura nos itens 1 e 6 da mencionada ementa.

Portanto, de mais a mais, é possível concluir que, ao caso hipotético descrito acima, com a fixação da tese 4 pelo Supremo Tribunal Federal, o agente político condenado por meio de sentença, ainda que por prazo superior a 4 (quatro) anos, não será beneficiado pela nova lei de maneira retroativa, sendo-lhe aplicado o referido prazo tão somente entre a interposição do

recurso de apelação e a publicação de acórdão de manutenção de sentença pelo respectivo órgão de segundo grau de jurisdição, nos termos alinhavados no tópico 5.1.2 do presente artigo.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a Lei nº 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa, foi alterada pela Lei nº 14.230/2021, a qual trouxe diversas inovações no campo jurídico e político. Isso porque, como visto, antes das alterações legislativas, haviam tipificações que puniam a conduta praticada na forma culposa, contudo, com o advento da nova lei, o elemento subjetivo culpa foi excluído do mundo ímprobo, de modo que somente os atos praticados na forma dolosa podem ser levados à juízo para eventual condenação.

Além da inovação no campo do elemento subjetivo, a legislação inovou quanto à chegada de um novo lapso prescricional único para todos os tipos administrativos ímprobos, bem como a existência de uma prescrição intercorrente, em que, essa segunda, pode, de certo modo, acelerar os julgamentos para que se obtenha, em tempo mais razoável, uma condenação.

Ainda, houve a exclusão de certos tipos ímprobos e a transformação do rol taxativo constante no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, que trata da violação aos princípios administrativos, ao passo que somente certas condutas que atentem contra os princípios, praticados na forma dolosa, poderão ensejar condenação.

Tais inovações causaram certo desconforto jurídico, isso porque passou-se a discutir acerca da retroatividade dos pontos que poderiam beneficiar agentes causadores de danos em processos que já estavam em aberto, isso porque a legislação que inovou o ordenamento jurídico, quando da edição do art. 17-D da mencionada lei, afastou o caráter civilista da ação de improbidade, de pronto que, à primeira vista, poderia se ter, de certo modo, a sua retroatividade, vindo a beneficiar até mesmo, processos que já estavam transitados em julgado com réu cumprindo pena,

Contudo, ante à necessidade de se unificar as decisões em todo território nacional, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o tema sob repercussão geral nº 1.199, limitou a retroatividade da norma mais benéfica, que, ao longo do debate, foi arguida a inconstitucionalidade do afastamento civilista dada a redação do §4º do art. 37 da Constituição Federal, que não impede, em eventual condenação por ato de improbidade administrativa, a condenação penal.

De mais a mais, é possível concluir que a fixação de teses para o tema ora em debate pelo Supremo Tribunal Federal, que decidiu pela parcial retroatividade da nova legislação tão somente a casos em abertos sem condenação transitada em julgado, vedada a retroatividade do cômputo do prazo prescricional, devendo a contagem se dar tão somente no efeito *ex nunc*, foi de suma importância, tendo em vista que já haviam julgados em sentido diverso do que fora decidido, indo, inclusive, contrário ao princípio *pro societate*, como no caso do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, conforma alhures mencionado.

8. REFERÊNCIAS

ALVES, R. P.; GARCIA, E. **Improbidade administrativa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 25/10/2022.

BRASIL. **Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm>. Acesso em:
25/10/2022.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro**. 19. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MAZZA, A. **Manual de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SCATOLINO, G.; TRINDADE, J. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. Salvador: Ed. Juspodvm, 2016.

STF, Plenário. **Recurso Extraordinário** nº 843.989/PR. Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 19.08.2022.

STJ, Primeira Turma. **Recurso Especial** nº 1.098.669/GO. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 12.11.2010.

TJTO, 1ª Câmara Cível. **Apelação Cível** nº 0002242-79.2017.8.27.2726. Rel. Desa. Angela Issa Haonaf, DJe 08.06.2022.

REFLEXÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS ILÍCITOS DOS FILHOS MENORES

KLEBER VITORINO DE SOUZA JUNIOR:
Graduando em Direito pelo Centro
Universitário FAMETRO.

RESUMO: Destaca-se dois tipos de deveres dos pais com relação aos seus filhos considerados pela lei como menores de idade, que são: a) assistência, isto é, deve-se dar assistência material ou moral; b) vigilância. Assim, atribui-se para os pais a responsabilidade civil por danos e atos ilícitos cometidos por seus filhos menores de idade conforme os requisitos para que possa ser configurada como responsabilidade civil. Com isso, os pais se tornam obrigados a ressarcirem as vítimas por danos e atos ilícitos cometidos por seu filho menor de idade, levando em consideração o princípio que envolve essa reparação. Diante disto, este artigo tem como principal objetivo analisar dentro do ordenamento jurídico a responsabilidade civil atribuída aos menores de idade por seus atos ilícitos. Trata-se de uma pesquisa qualitativa no qual foram realizadas consultas em livros, teses, artigos, leis, julgamentos para embasar os casos em que há responsabilidade civil por parte dos pais para seus filhos menores de idade. Como resultado, evidenciou-se que com o poder familiar, quando comprovado o dano causado, a responsabilidade pode ser atribuída para ambos os genitores, não somente para o pai como no pátrio poder. No entanto, observa-se que cada tribunal possui um entendimento a cerca do dever de indenizar mediante cada caso particular.

ABSTRACT: There are two types of duties of parents in relation to their children considered by law as minors, which are: a) assistance, that is, material or moral assistance must be given; b) surveillance. Thus, civil liability is attributed to parents for damages and illicit acts committed by their minor children according to the requirements so that it can be configured as civil liability. With this, the parents become obliged to compensate the victims for damages and illegal acts committed by their minor child, taking into account the principle that involves this reparation. In view of this, this article has as main objective to analyze within the legal system the civil liability attributed to minors for their illicit acts. This is a qualitative research in which consultations were carried out in books, theses, articles, laws, judgments to support cases in which there is civil liability on the part of parents for their minor children. As a result, it became evident that with the family power, when the damage caused is proven, the responsibility can be attributed to both parents, not only to the father but also to the patriotic power. However, it is observed that each court has an understanding about the duty to indemnify in each particular case.

KEYWORDS: Indemnity. Damage. Minor. Responsibility. Country.

PALAVRAS-CHAVE: Indenização. Dano. Menor de idade. Responsabilidade. Pais.

Sumário: 1. Introdução. 2. Fundamentos do ordenamento jurídico: 2.1 Poder Familiar; 2.2 Distinção entre obrigação e responsabilidade; 2.3 Responsabilidade Civil e Penal; 3. Responsabilidade Civil

dos Pais; 3.1 Danos causados pelos filhos; 3.2 Menor incapaz; 3.3 Nexo causal; 4. Presunção da culpa dos representantes: 4.1 Responsabilidade do menor de 18 anos; 4.2 Obrigações de indenizar; 4.3 Interpretação dos tribunais. 5. Conclusões. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil dos pais é uma temática que é rodeada de discussões e debates por causa dos entendimentos que cercam os tribunais, visto que traz consigo uma relevância dentro do Direito Civil. Assim, a responsabilidade civil possui toda uma evolução histórica, mas a sua definição está voltada para o dever de ressarcir uma vítima de danos e prejuízos cometidos por parte de um indivíduo menor de idade.

Com isso, os atos ilícitos praticados por menores de idade ficam sendo respondidos por seus pais, levando em consideração os requisitos para que possa ser de fato aplicada a responsabilidade civil. Historicamente, observa-se uma atuação paterna sobre os atos dos filhos desde o Código Civil de 1916, trazido à baila pelo art. 1521, que designava responsabilidade por reparação civil por todos os atos cometidos por seus filhos menores de idade. Com o novo Código Civil de 2002, a responsabilidade passou a ser atribuída por ambos os genitores através do art. 933, inovando também no art. 932.

Diante disto, este artigo tem como principal objetivo analisar dentro do ordenamento jurídico a responsabilidade civil atribuída aos menores de idade por seus atos ilícitos. Como objetivos específicos, busca-se evidenciar as principais leis e respaldos voltados para a reparação do dano causado por menores; elucidar uma visão jurídica do que se trata a responsabilidade civil dos pais pelos filhos; evidenciar através de casos julgados por tribunais em que os pais foram responsabilizados e condenados a indenizar por danos cometidos por seus filhos.

Trata-se de uma revisão de literatura no qual foram realizadas pesquisas nas bases de dados tais como Google Acadêmico e também consultas em livros, leis, julgamentos dos tribunais, que estiveram dentro da temática supracitada. Sendo com isso, uma pesquisa de caráter descritivo de natureza qualitativa que evidencie os casos em que existem responsabilidade civil dos pais pelos atos ilícitos praticados por filhos de menor idade.

2.FUNDAMENTOS DO ORDENAMENTO JURÍDICO

O ordenamento jurídico traz consigo a origem da responsabilidade civil dos pais perante seus filhos, advindo do poder familiar. Este por sua vez, está voltado para a atuação do pater dentro de sua prole no qual se apresenta como líder e protetor de seu lar, podendo inclusive ser responsável pelos danos ocasionados por sua prole para a sociedade. Assim, a responsabilidade civil trata da garantia que a parte lesada passa a ter quando alguém tem o dever de reparar danos ocasionados por seus filhos (GAGLIANO; PAMPOLHA FILHO, 2012).

2.1 Poder Familiar

Nos tempos antigos, o poder sobre a família era conferido somente ao pai, sendo então ao pai o poder soberano sobre sua prole, que no direito antigo era denominado de *patria potestas*. Dessa forma, no Direito Romano, o *pater familias* era o nome dado à figura que era soberana nos assuntos relacionados ao lar, casa e família, visto que seu poder era tão absoluto que nem o Estado conseguia interferir na autoridade de um pater dentro do âmbito familiar, o que representava o patriarcalismo daquela época, *in verbis*: “Era (o pai) a única pessoa sui juris. A esposa, os filhos, os demais dependentes e os escravos não tinham nenhum direito. Nesta condição, consideravam-se *personae alieni juris*” (RIZZARDO, 2018, p.536).

De acordo com Marky (2021, p. 155) o pater detinha poder de vida e de morte sobre os filhos, *in verbis*:

O paterfamilia exercia um poder de vida e de morte sobre seus ascendentes (*ius vitae ac necis*), o que já era reconhecido pela Lei das XII Tábuas (450-451 a.C). Esse poder vigorou em toda sua plenitude até Constantino 9324-337 d.C). O paterfamilias podia matar o filho recém-nascido, expondo-o (abandono), até que uma constituição dos imperadores Ventiniano I e Valêncio (em 374 d.C) proibisse tal prática. A venda de filho era também possível. O filho vendido encontrava-se na situação especial de pessoa *in mancipio*, pela qual ele conservava seus direitos públicos. Continuava cidadão romano. Quanto aos seus direitos privados, todavia, ele os perdia. No direito clássico tal venda só se praticava para fins de emancipação ou para entregar a vítima o filho que cometer um delito (*noxae datio*). Originariamente o paterfamilias podia casar seus filhos, mesmo sem consentimento deles. No direito clássico, porém, exigia-se o consentimento dos nubentes. Por outro lado, o pátrio poder, tão amplo originariamente, incluía o direito do pai em desfazer o matrimônio de filhos a ele sujeitos (1992, p.155).

Com isso, pode-se perceber que o patriarcalismo que é enraigado na sociedade possui um antecedente e se apresenta como algo que não é novidade. Notório também que as questões relacionadas ao poder sobre as famílias apresentam características específicas daquela época, mas que estão ainda presentes nos dias atuais na sociedade. Cita-se a participação religiosa na fixação da autoridade do Pai sobre diversos assuntos relacionados à família, nestes termos:

A família compõe-se do pai, da mãe, de filhos e escravos. Este grupo, por muito reduzido que seja, deve ter uma disciplina A quem competirá, pois a autoridade principal? Ao pai? Não. Porque existe em todas as casas algo superior ao próprio pai: a religião doméstica, o deus pelos gregos denominado senhor do lar, *estia despoina*, e que os latinos conhecem por

Lar faniilae Pelei'. Nessa divindade anterior, reside a autoridade menos discutível. É essa crença que indica na família a condição de cada um. O pai é o primeiro junto ao fogo sagrado; é ele que acende e conserva; é o seu pontífice. Em todos os atos religiosos desempenha a função da oração que se deve chamar sobre si e os seus proteção dos deuses. A família e o culto perpetuam-se por seu intermédio; só o pai representa toda a série dos descendentes. No pai repousa o culto doméstico; quase pode dizer como o hindu: "Eu sou Deus". Quando a morte chegar, o pai será um ser divino que os seus descendentes invocarão (COULANGES, 2011, p. 125).

Se torna importante destacar que todo o instituto era movido na opressão e no medo dentro dos lares, pois todos os componentes familiares ficavam submissos ao pater, visto que este tinha poderes soberanos tais como sobre a vida e a morte de seus filhos. Alves (2008, p.605) ressalta que o poder que era dado ao *Pater* dentro da *patria potestas* era semelhante ao poder de um déspota. Assim, todo o patrimônio pertencia absolutamente ao pater, no qual este detinha poder absoluto, no qual tinha inclusive o poder de vender os filhos caso fosse do seu interesse, ou ainda decretar a morte de cada um.

Dessa maneira, ressalta-se que o pater tinha poder sobre a vida e a morte dos seus entes, como os seus filhos. Conforme os escritos antigos, para tomadas de decisões críticas como esta, reunia-se um conselho familiar, denominado de *judicium domesticum*, no qual estes todos opinavam sobre a decisão de morte do filho. Contudo, mesmo após todo o parecer, prevalecia a vontade do Pater (RIZZARDO, 2018, p.536).

Assim, entende-se que o poder de decisão no poder familiar teve um histórico antigo no qual o seu pertencimento era voltado somente para o pai, cabendo a este toda a autoridade de tomadas de decisão bem como proteger, manter e cuidar de sua prole. No entanto, a maioria do uso dessa autoridade estava voltada para o medo e opressão dos familiares, no qual incluiu também os filhos, a única obrigação que não pertencia ao Pater era sobre o bem estar de sua família. Essa preocupação com o bem estar somente passou a ser levada em consideração a partir do século XX (PERROT, 1991, p.79).

A história descreve o surgimento do pátrio poder e que depois foi evoluindo para o Poder Familiar. Descreve-se que o Direito Brasileiro passou a ter fortes influências do Direito Português por causa da colonização no Brasil. Contudo, uma das heranças e influências no Direito Português foi o Direito Romano, que por sua vez passou a ser transmitida para o Direito Luso-Brasileiro, no qual junto com essa herança veio o pátrio poder com a atuação direta da *patria potesta romana*. Para uma melhor compreensão, vale ressaltar que naquela época o homem detinha todo o poder sobre a sua família, sendo considerado o líder ou chefe de seu lar, e sua estrutura familiar era considerada conservadora sofrendo grandes influências da Igreja Católica dentro desse período,

por isso que a mulher era educada somente para servir o marido durante toda a sua vida (VENOSA, 2022, p.286).

Por outro lado, no Brasil, o Código Civil de 1916 trazia variadas garantias para os homens dando para estes inclusive o legítimo poder sobre sua família, no qual a mulher somente conseguiria esse mesmo poder se o marido estivesse impedido ou na falta deste. Com isso, entende-se que nesse período o homem era o principal responsável pelo relacionamento voltado para a união conjugal, pois a sociedade discriminava qualquer atuação por parte da mulher dentro desse regime de pátrio poder (VENOSA, 2022, p.288).

2.2 Distinção entre obrigação e responsabilidade

No latim *respondere* possui o significado de obrigação que o indivíduo tem de assumir todas as consequências jurídicas pelos atos praticados. *Dentro desse contexto*, Stoco (2011, p. 118) ressalta *que* "A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém por seus atos danosos". Com base disso, o termo responsabilidade é utilizado em situações em que uma pessoa, seja ela natural ou jurídica (VENOSA, 2022, p.01).

Pode-se afirmar com isso que não há uma certa distinção visto que a responsabilidade se apresenta como uma obrigação, isto é, inexistente responsabilidade sem a sua respectiva obrigação. No entanto, a obrigação é a ação que deve acontecer somente quando a pessoa se torna responsável por algo, mas a responsabilidade somente surge quando o devedor não cumpre com suas obrigações, sendo com isso a primeira uma consequência jurídica patrimonial do inadimplemento relacionado à relação obrigacional (GONÇALVES, 2012, p.20-21).

Desse modo, a responsabilidade tem como foco o equilíbrio moral e também patrimonial que, por sua vez foi prejudicado por um indivíduo que cometeu algum ato que causou dano, que no caso precisará existir uma compensação. Pode-se afirmar com isso que o termo responsabilidade no campo jurídico remete-se como a ideia de restauração de equilíbrio ou reparação de algum dano através de uma contraprestação (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p.09).

2.3 Responsabilidade Civil e Penal

De acordo com Venosa (2022, p.01) a responsabilidade civil envolve um conjunto de normas que geram a obrigação de indenizar outrem por danos sofridos. Assim, entende-se que a indenização está relacionada com um dever jurídico sucessivo que por sua vez depende de uma violação que tenha acontecido de forma prévia da relação jurídica obrigacional. Ademais, a indenização está voltada para fazer com que a vítima não sinta os efeitos que se apresentam como negativos advindos do ato danoso, fazendo com que retorne a um *status quo ante*.

Dessa maneira, Diniz (2022, p.23) afirma que a responsabilidade civil busca fazer com que a vítima seja reposta a um momento anterior através da indenização, nestas palavras:

Logo, o princípio que domina a responsabilidade civil na era contemporânea é o da *restitutio in integrum*, ou seja, da reposição completa da vítima à situação anterior à lesão, por meio de uma reconstituição natural, de recurso a uma situação material correspondente ou de indenização que represente do modo mais exato possível o valor do prejuízo no momento de seu ressarcimento, respeitando, assim, a sua dignidade.

Desta forma, pode-se compreender que a responsabilidade civil advém da agressão de um interesse considerado como particular, por isso o infrator realiza pagamento como uma forma de compensação pecuniária às vítimas. Desse modo, a responsabilidade civil busca tutelar da melhor forma possível aquele que sofreu algum tipo de dano, utilizando-se de uma natureza sancionatória para realizar reparação por algo. Vale ressaltar que a conceituação voltada para o que é considerado como responsabilidade civil foi sendo construída no decorrer do tempo, conforme foram se apresentando as respectivas necessidades (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p.09).

Assim, em tempos primórdios, as únicas formas de reagir a um dano causado era planejar uma vingança, isso se fosse uma reação em grupo. Em formas particulares, a forma de resolver um dano causando por outrem era com as próprias mãos através de retaliação, no qual predominava a Lei de Talião que dizia “olho por olho, dente por dente”. Nesse momento, o poder público interferia somente para evitar que existissem abusos, discriminando quando a vítima poderia ter o direito de retaliar o seu agressor, fazendo com que este tivesse o mesmo prejuízo ou dano que tinha cometido à vítima. Entende-se que nesse tempo a responsabilidade era somente objetiva, isto é, não dependia da culpa, se apresentava como uma forma de resposta ou uma reação do próprio lesado sobre o dano que sofreu (DINIZ, 2022, p.27).

Passando-se os anos, observou-se que a vingança particular causava danos para todos os envolvidos, por isso a composição econômica se tornou obrigatória, mostrando-se mais viável um acordo entre ambas as partes com a finalidade de reparação do dano através da indenização pecuniária, no qual precisa o patrimônio do indivíduo que causou o dano estar em condições de suportar a indenização (DINIZ, 2022, p.27).

Com isso, houve uma evolução da responsabilidade civil no qual o termo objetivação foi se relacionando com a teoria do risco, visto que o dever de indenizar estaria relacionado a uma prática de um risco no qual a indenização está diretamente interligada com a verificação do dano. Entretanto, a objetivação não cancelou ou revogou a subjetiva, pelo contrário se manteve lado a lado, evidenciando o quanto é importante a reparação do dano (RIZZARDO, 2018, p.30).

De acordo com Diniz (2022, p.23-24) a responsabilidade civil busca repor a vítima em uma situação anterior do dano, *in verbis*:

Logo, o princípio que domina a responsabilidade civil na era contemporânea é o da *restitutio in integrum*, ou seja, da reposição completa da vítima à situação anterior à lesão, por meio de uma reconstituição natural, de recurso a uma situação material correspondente ou de indenização que represente do modo mais exato possível o valor do prejuízo no momento de seu ressarcimento, respeitando assim, a sua dignidade.

Assim, entende-se que a responsabilidade subjetiva está ligada diretamente com o dolo ou ato ilícito na conduta, no qual resulta a obrigação da indenização ao indivíduo que foi lesionado. Contudo, no caso da responsabilidade objetiva, independente de dolo ou culpa, bastando apenas ter o nexo causal e uma vítima com seu respectivo dano. Destarte, pode-se também compreender que a responsabilidade civil objetiva não depende da culpa para que autor do dano não possa ser responsabilizado, visto que a ampliação da responsabilização, nesses casos, se mostrou como um aumento do acesso à justiça, para que não haja desproporção entre as partes, com isso Tartuce (2014, p.307) afirma que:

Entendemos que a responsabilização independe da culpa e representa um aspecto material do acesso à justiça, tendo em vista a conjuntura de desequilíbrio percebida nas situações por ela abrangidas. Com certeza, afastada a responsabilidade objetiva, muito difícil seria, pela deficiência geral observada na grande maioria dos casos, uma vitória judicial em uma ação promovida por um particular contra o Estado, ou de um consumidor contra uma grande empresa. O Código Civil de 2002, como não poderia ser diferente, passou a tratar especificamente da responsabilidade objetiva, de forma geral a art. 927, parágrafo único, sem prejuízo de outros comandos legais que também trazem a responsabilidade sem culpa.

Por outro lado, o que diferencia a responsabilidade civil da penal é o fato de que a responsabilidade penal não corresponde somente ao interesse dos particulares, mas também o interesse público. Além disso, o direito penal estabelece penas que estão embasadas dentro de sua seara, com conduta tipificada, enquanto que a culpa dentro do direito civil corresponde à indenização ou reparação de um dano que tenha causado a uma parte privada (SERPA, 2013, p.49).

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS

A responsabilidade civil dos pais está diretamente relacionada com o poder familiar que estes exercem sobre seus filhos, principalmente no tocante das obrigações que estes possuem em exercerem vigilância. Diante a isso, Dias (2006, p.748) afirma que:

Soudart notou-o com precisão ao mostrar que o então chamado pátrio poder (hoje poder familiar) inspira essa responsabilidade porque “[...] dá ao pai e mãe o direito e o dever de velar constantemente pelos filhos, enquanto são incapazes de dirigir suas ações e lhes submetidos na ordem civil, de prevenir-lhes as faltas, seja pela vigilância atual, seja principalmente pela educação intelectual e moral que estão incumbidos de lhes dar.

Assim, pode-se descrever dois tipos de deveres dos pais com relação aos seus filhos considerados pela lei como menores de idade, que são: a) assistência, isto é, deve-se dar assistência material ou moral; b) vigilância. No que se remete a assistência, cita-se o suprimento de alimentos e outras necessidades econômicas, além disso oferecer o acesso à educação também envolve a assistência moral, pois envolve o desenvolvimento humano dos filhos que é necessário principalmente para uma vida adulta em sociedade. A parte da vigilância envolve a educação, direcionando o filho para o que são deveres perante a sociedade (DIAS, 2006, p.749).

Ressalta-se que o dever de vigilância emitido pelos pais, podendo ser universal ou ainda contínuo, não pode ser considerado como algo absoluto e ao mesmo tempo abstrato, visto que se torna inviável realizar a todo momento vigilância para tudo que o filho(a) está fazendo. Contudo, mesmo com a substituição do pátrio poder, denominado atualmente como poder familiar, o pai continua tendo poderes sobre seus filhos, principalmente no que se refere da responsabilidade civil sobre os filhos menores, a diferença é que a mãe também detém os mesmos poderes. Diante disso, o pai possui outros deveres sem que a sua vida esteja voltada somente para se dedicar aos filhos, pois isso resultaria na proibição deste em fazer qualquer outra atividade (DIAS, 2006, p. 752).

De acordo com Pereira (1995, p.89), conforme discrimina no inciso I, do antigo Código Civil, cita-se os requisitos para que seja configurado como responsabilidade civil dos pais, que são: filhos menores de idade, no qual pode-se utilizar a certidão de nascimento como prova da idade, e o fato de ser de menor e estar sob o pátrio poder (SIMÃO, 2008, p.120).

Essa responsabilidade ocorre por causa da falta de discernimento do filho menor para com suas próprias atitudes, principalmente na compreensão voltada sobre a legalidade dos seus atos perante à sociedade e seus respectivos resultados. Por isso que Simão (2009, p. 123) afirma que “somente os imputáveis poderiam ser responsabilizados, pois só eles teriam discernimento para optar entre o certo e o errado e só eles poderiam agir voluntária e culposamente”, por isso os danos que estes inimputáveis cometem são de responsabilidade dos seus pais, que por sua vez possuem o dever de vigilância.

3.1 Danos causados pelos filhos

O dano é considerado como um pressuposto da responsabilidade civil tanto contratual quanto extracontratual, visto que somente há responsabilidade civil sobre algo se de fato houver danos. Essa obrigatoriedade existe porque a responsabilidade se apresenta como um resultado advindo da obrigação de indenizar ou ressarcir outrem por algo que foi prejudicado ou lesado,

visto que esse reparo não tem como acontecer se não tiver dano para que possa ser reparado (DINIZ, 2022, p.59).

Além de ser algo comprovado pelo interessado pela indenização, os danos podem ser indenizáveis quando apresentam: a) violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica; b) certeza de que houve dano; c) subsistência do dano (GAGLIANO; PAMPOLHA FILHO, 2013, p. 84).

Além disso, o dano também se apresenta como indenizável quando o indivíduo causa diminuição através da destruição de um bem jurídico patrimonial de uma pessoa física ou jurídica; apresenta certezas do dano, através da causalidade; ausência de causas excludentes de responsabilidade (DINIZ, 2022, p.62).

Desse modo, pode-se citar os danos como: dano material e dano moral. No que tange ao dano material Diniz (2022, p. 66) afirma que:

O dano patrimonial vem a ser a lesão concreta, que afeta um interesse coletivo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável. Constituem danos patrimoniais a privação do uso da coisa, os estragos nela causados, a incapacitação do lesado para o trabalho, a ofensa a sua reputação, quando tiver repercussão na sua vida profissional ou em seus negócios.

Por outro lado, existe o dano moral que é citado dentro da própria Constituição Federal de 1988, mais precisamente dentro do seu art. 5º, inciso V, no qual discrimina que todo indivíduo é assegurado do direito de resposta, se apresentando proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. Com isso, ao contrário do dano material, o dano moral não traz danos ao patrimônio. Cahali (2000, p. 20) descreve o dano moral de maneira esclarecedora ao ressaltar que:

Parece mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, "como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos", classificando-os, desse modo, em dano que afeta a "parte social do patrimônio moral" (honra reputação, etc.) e dano que molesta "a parte afetiva do patrimônio moral" (dor, tristeza, saudade, etc; dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc).

Para os fins de indenização por danos morais, a reparação precisa reduzir pelo menos a dor sofrida, já que existem particularidades que a indenização pode não conseguir reparar, com o intuito de pelo menos mitigar o mal sofrido de forma injusta. Assis (1998, p.36) descreve a

reparação dos danos morais da seguinte maneira: “por tais raízes, o dano moral, na minha concepção, é a lesão ao patrimônio jurídico materialmente não apreciável de uma pessoa. É a violação do sentimento que regre os princípios morais tutelados pelo direito”.

Para Venosa (2022, p.28) sem o respectivo dano, seja ele material ou moral, não há reparação ou indenização, visto que, se não tiver o interesse patrimonial ou moral violado não é passível de indenização, pois a reparação corresponde ao efeito de prejuízo causado a outrem.

3.2 Menor Incapaz

Dessa forma, diferentemente do Brasil, alguns outros países admitiram que a responsabilidade civil é dos respectivos indivíduos, mesmo estes sendo menores de idade ou incapaz, é o caso de países como a Alemanha, Suíça, Itália, México e Espanha. Em contrapartida no Brasil, o art. 156 do Código Civil de 1916 passou a considerar que o indivíduo que é menor de idade se apresenta como incapaz de separar o lícito do ilícito, se comparado com pessoas que possuem mais de 21 anos de idade que já possuem esse conhecimento e poder de escolha entre o legal e o ilegal (CAVALIERI FILHO, 2012, p.28).

No entanto o fato do indivíduo ser menor de idade e inimputável não lhe retira a obrigação de indenizar o outro em caso de danos e prejuízos, *in verbis*:

Primeira, ser o ato tal que, se praticado por alguém imputável, configure a violação de um dever. Se o inimputável agiu em condições em que não se lhe poderia atribuir culpa alguma, caso fosse imputável, não poderá ser obrigado a indenizar. Seria um contrassenso tratar o inimputável, nesse aspecto, com maior severidade do que as pessoas imputáveis, exigindo dele uma conduta que a estas não se impõe. Segunda, ter o inimputável, bens em valor superior ao necessário para lhe assegurar os alimentos adequados ao seu estado e condição, e os alimentos que legalmente deva a outrem. Essa reparação é imposta objetivamente por uma razão de equidade, como expressamente declara o parágrafo único do art. 928.

Desta feita, se apresenta impossível que o pai consiga exercer de forma contínua o dever de vigilância integralmente, levando-se em consideração que este pai precisa realizar outras atividades no qual, inclusive, retira sua própria renda para sustentar sua própria família, como discrimina Rizzardo (2018, p. 106):

É impossível aos pais permanecerem durante vinte e quatro horas por dia em constante atenção e vigilância, de modo a não arredar sua presença do convívio da prole. Daí a fragilidade dos fundamentos da responsabilidade objetiva em várias situações. Inconcebível que se afaste o legislador da realidade, como aconteceu com a derrogação pura e simples da exceção do art. 1523 do Código de 1916. Há situações em que, na verdade, os pais

são vão vítimas dos filhos, e não estes do abandono, da falta de cuidado, de vigilância, de atenção daqueles.

Em outros casos, caso os pais tenham perdido a responsabilidade pelo filho menor, se torna exonerado dessa responsabilidade civil de indenizar outrem pelos danos cometidos por seus filhos. Essa situação acontece quando existe uma separação dos pais, no qual se torna responsável do filho somente aquele que fica com a guarda e também fica com todo o direcionamento sobre este (CAVALIERI FILHO, 2012, p.208-209).

3.3 Nexo causal

O nexos causal é o que relaciona a conduta com o dano sofrido. Diante disso, é um elo que liga o dano efetivo motivado por uma ação voluntária, negligência. De acordo com Lopes (2005, p. 218) nestes termos:

Uma das condições essenciais à responsabilidade civil é a presença de um nexos causal entre o fato ilícito e o dano por este produzido. É uma noção aparentemente fácil e limpa de dificuldade. Mas se trata de mera aparência, porquanto a noção de causa é uma noção que se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo, se multiplicam no tempo e no espaço.

Com isso, pode-se afirmar que somente com dano gerado que existe a responsabilidade civil, quando se torna possível estabelecer um nexos de causalidade entre o dano e a conduta. Isto é, o fato lesivo deverá ser oriundo de uma ação, que pode acontecer diretamente ou como resposta de outra ação previsível (DINIZ, 2022, p.107).

4.PRESUNÇÃO DE CULPA DOS REPRESENTANTES

O instituto voltado para a responsabilidade civil passou por grandes mudanças. Primeiramente iniciou-se com a confusão dos conceitos voltados para o que era ilícito e culpa, o que se remete a ideia de responsabilidade objetiva, até chegar-se a uma ideia da noção isolada sobre a culpa, fato que contribuiu para o conhecimento voltado para a responsabilidade subjetiva e seus corolários dentro do sistema jurídico (OLIVEIRA, 2011, p.45).

4.1 Responsabilidade do menor de 18 anos

O Estado precisa intervir para que crianças e adolescentes possam ter seus direitos garantidos através do Poder Judiciário, por isso que foi promulgada a Constituição Federal de 1988 com o objetivo de trazer a toda a sociedade brasileira descrito o direito de cada um dos cidadão brasileiros, no qual nesse sentido está incluído os menores de idade, buscando garantir os direitos individuais para que possam ser protegidos devido a sua vulnerabilidade e sua incapacidade de decisão perante atos praticados pelos mesmos e por outrem, assegurando seus direitos sociais.

Com a Constituição houve mudanças significativas no quesito de direitos de crianças e adolescentes no Brasil.

Além disso, passou a existir também a partir de 1990 o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), através da Lei n.8.069 de 1990, no qual as situações modificaram bastante trazendo para os menores o reconhecimento dos direitos, como discrimina o seu respectivo art. 3º do ECA, que afirma que crianças e adolescentes gozam de todos os direitos fundamentais voltadas para a pessoa humana, sem que exista prejuízos voltados para a proteção integral no qual cita a respectiva lei, no qual além de proteção garante que os menores de idade tenham também oportunidades e facilidades que possa facilitar que estes tenham o seu desenvolvimento físico, intelectual, moral, espiritual e social garantidos, dentro do que é considerado com dignidade (BRASIL, 1990).

Pode-se citar que os direitos dos menores de idade tiveram quatro fases, no qual cita-se: a) primeira fase – a fase da indiferença, as crianças e adolescentes eram vistos como inúteis pela sociedade e por isso não tinham leis que pudessem garantir seus direitos fundamentais; b) segunda fase – fase da imputação criminal, que tinha como finalidade apenas de coibir as práticas ilícitas pelos menores; c) terceira fase – fase da tutela, no qual foi repassado para os adultos os respectivos poderes de integrar os menores de idade na família, mas essa integração era voltada para os interesses pessoais dos adultos; d) quarta fase – criação do Estatuto da Criança e do Adolescente no qual a Lei 8.069/90 que traz mudanças na sociedade através garantia dos direitos dos menores de idade, com a preocupação de garantir que a criança e o adolescente tenham um lar que seja saudável, através da sua conexão existente com o art. 226 da Constituição Federal, que discrimina que a família é a base para toda a sociedade, que por sua vez goza de proteção do Estado tanto na esfera municipal, quanto estadual ou federal através das políticas públicas que são criadas para essa finalidade (PAULA, 2002, p.26).

Dentro do art. 227 da Constituição Federal traz o direito ao menor de idade de ter acesso à educação, alimentação, educação, lazer, capacitação e profissionalização, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar bem como comunitária, bem como o direito total à vida. Além disso a Constituição Federal de 1988 discrimina que é de total dever primeiramente dos pais para com seus filhos, logo em seguida que é dever de toda sociedade bem como do Estado para com esse menor de idade. No entanto, com relação à segurança, esta se apresenta como dever tanto da família quanto do próprio Estado, que por si tem a definição de garantir que esse menor de idade tenha proteção e sua vida segura de quaisquer riscos, por isso é dada a importância para quem é dada a guarda (RAMOS, 2015, s.p.).

4.2 Obrigação de indenizar

Voltando-se para a reparação, que é também denominada como função compensatória, busca-se reparar os prejuízos causados a alguém, que garante o piso indenizatório para danos sofridos. Contudo, atenta-se com isso que através do piso indenitário que possui o objetivo de

evitar que haja enriquecimento através da indenização sem causa, visto que a responsabilidade civil não deve servir de pretexto para alguém tirar vantagem de outros a partir de um determinado ato considerado ilícito, como cita no art. 884 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002).

Por sua vez, esse princípio sofreu algumas alterações e restrições pelo próprio Código Civil de 2002, no qual a primeira restrição esteve voltada para a responsabilidade civil dos indivíduos que são considerados como incapazes no qual é aplicável a norma do art. 928 do Código Civil de 2002 que estabelece uma redução equitativa por parte do juiz em exercício com a finalidade de preservar os interesses do incapaz e também de sua família. Além disso, no art., 944 do CC/2002 traz à baila que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”. Visto com isso que, o valor estabelecido para a indenização não pode ser apresentar superior com a extensão do dano, preservando-se com isso o teto do princípio da reparação integral, porém pode acontecer da indenização ser menor do que os prejuízos sofridos, no qual o agente com culpa leve traz danos de grandes proporções (QUEIROZ, 2017, s.p.).

Assim, referente a responsabilidade civil dos pais, estes tornam representantes do menor de idade perante seus atos tanto lícitos quanto ilícitos, sendo com isso responsáveis também em reparar os danos que seu filho menor de idade causar a outrem, como respalda o art. 932 do atual Código Civil, pois estão sob sua responsabilidade e autoridade, desta feita, qualquer ato cometido por este menor de idade entende-se que está sob a supervisão de seu respectivo representante e por isso decai a este o dever de indenizar (GONÇALVES, 2005, p. 122).

4.3 Interpretações dos tribunais

Vale ressaltar que a objetivação da responsabilidade civil por atos cometidos por terceiros envolve somente pais, tutores, curadores, empregadores e representantes legais, mas a vítima não precisa provar que os atos praticados aconteceram por culpa destes, bastando comprovação somente dos atos praticados pelo menor. Diante a isto Filho (2012,p. 210-211) descreve que:

Em suma até os 18 anos os pais respondem objetivamente pelos atos dos filhos. A vítima não necessita provar que o fato aconteceu por *culpa in vigilando* dos pais; deve apenas provar o dano, e que o mesmo foi causado por fato culposo do filho. Essa prova é indispensável, porque objetiva é apenas a responsabilidade dos pais, e não a do filho. Sem culpa do filho não haverá que se falar em indenização. Provada a culpa do filho, exsurge a responsabilidade dos pais, que só poderão exonerar-se do dever de indenizar demonstrando in concreto que não mais tinham o poder de direção sobre o menor e o correspondente dever de vigilância.

Dessa forma, a indenização acontece por parte dos responsáveis porque o menor de idade não possui ainda patrimônio para poder reparar os danos de terceiros, como cita o art. 933, no qual permitiu com que aumentassem as chances das vítimas em serem indenizadas por danos sofridos. Contudo, o que precisa compreender é que os pais somente serão responsabilizados se esse menor de idade estiver sob a tutela desses pais, bem como sob a sua autoridade e companhia,

a partir desses pontos que há o vínculo jurídico entre representante e menor de idade como fruto do exercício do poder familiar, que por sua vez envolve a assistência moral e material que a família deve oferecer para a sua prole (CAVALIERI FILHO, 2012,p. 208).

Destarte, o Superior Tribunal de Justiça ao decidir situações que competem a responsabilidade civil ocorrido dentro da vigência do Código Civil de 1916, decidia que ambos os genitores (pai e mãe) seriam responsáveis pelos atos praticados pelos seus filhos, deixando de lado a responsabilidade de somente um deles. Entretanto, ficava afastada a culpa de um deles caso comprovado que não concorreram com culpa no acontecimento do dano, como no caso do genitor que não detinha a guarda. Como em um caso que o menor adquiriu uma arma de fogo, no qual a culpa decaiu somente na genitora que tinha o menor em sua companhia e que pelo julgamento do tribunal, não exerceu adequadamente o seu poder de vigilância, *in verbis*:

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS ILÍCITOS DE FILHO MENOR – PRESUNÇÃO DE CULPA – LEGITIMIDADE PASSIVA, EM SOLIDARIEDADE, DO GENITOR QUE NÃO DETÉM A GUARDA – POSSIBILIDADE – NÃO OCORRÊNCIA IN CASU – RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO I – Como princípio inerente ao pátrio poder ou poder familiar e ao poder-dever, ambos os genitores, inclusive aquele que não detém a guarda, são responsáveis pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores, salvo se comprovarem que não concorrem com a culpa para a ocorrência do dano. II – A responsabilidade dos pais, portanto, se assenta na presunção *juris tantum* de culpa e de culpa *in vigilando*, o que, como já mencionado, não impede de ser elidida se ficar demonstrado que os genitores não agiram de forma negligente no dever de guarda e educação.

[...]

III – No presente caso, sem adentrar-se no exame das provas, pela simples leitura da decisão recorrida, tem-se claramente que a genitora assumiu o risco de ocorrência de uma tragédia, ao comprar, três ou quatro dias antes do fato, o revólver que o filho utilizou para o crime, arma essa adquirida de modo irregular e guardada sem qualquer cautela (fls 625/626). IV – Essa realidade, narrada no voto vencido do v. acórdão recorrida, é situação excepcional que isenta o genitor, que não detém a guarda e não habita no mesmo domicílio, de responder solidariamente pelo ato ilícito cometido pelo menor, ou seja, deve ser considerado parte ilegítima. V – Recurso especial desprovido (BRASIL, 2009, s.p.).

Por outro lado, no Código atual, a decisão voltada para a culpa não adentra mais nas decisões, visto que foi adotada a teoria objetiva da responsabilidade civil, visto que essa visão sobre culpa ao ser inserida novamente no ordenamento jurídico iria dificultar a vítima ser ressarcida. No entanto, os responsáveis podem realizar um debate sobre a culpa, que pode ser tanto *in vigilando* ou *in educando*, como discrimina o doutrinador:

No direito brasileiro, poderia a mãe, após indenizar a vítima, cobrar do pai regressivamente os valores pagos, provando sua culpa na educação do menor. À luz do direito das obrigações, mormente de acordo com os requisitos previstos no art. 932, I, como a mãe estava na companhia do menor, é ela a responsável pela indenização perante a vítima. Nesse caso, em ação autônoma entre os pais do incapaz, a matéria de culpa aquiliana (CC, art. 186) seria o fundamento, razão pela qual pode e deve ser discutida.

Em relação à responsabilidade dos pais, concluiu-se que não se pode punir, com o dever de reparar, aquele que está impedido de vigiar por não estar em companhia do menor. Isso não significa que se houver culpa *in educando*, aquele que reparou o dano não possa cobrar os valores a título de indenização (SIMÃO, 2008, p.170).

Contudo, sobre o entendimento voltado para o CC/2002, em um caso que aconteceu entre o indivíduo menor de idade, seus pais e um empregador, pode-se analisar a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, nestes termos:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA AUTORA E DOS RÉUS. PRELIMINARES. [...]. SUSCITADA PELOS RÉUS JAQUELINE BEPLER, FRANCISCO SEBASTIÃO BEPLER E JANDIRA TEREZINHA QUINISS BEPLER SUA ILEGITIMIDADE PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA DEMANDA. SUSTENTADA A RESPONSABILIDADE INTEGRAL DO RÉU EVARISTO COLUMBANO, POR ESTAR A RÉ JAQUELINE BEPLER CONDUZINDO O VEÍCULO DAQUELE NO EXERCÍCIO DO TRABALHO. ALEGADA A CONSEQUENTE FALTA DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS PAIS POR ATO DE FILHA MENOR EM CASO DE ILEGITIMIDADE DESTA. INSUBSISTÊNCIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE EMPREGADO E EMPREGADOR. ART. 932, III C/C 942, PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. LEGITIMIDADE DA RÉ JAQUELINE BEPLER CONFIGURADA. LEGITIMIDADE DE SEUS PAIS, RÉUS FRANCISCO SEBASTIÃO BEPLER E JANDIRA TEREZINHA QUINISS BEPLER QUE SE IMPÕE PELA RESPONSABILIDADE DOS PAIS POR ATOS DOS FILHOS MENORES. ART. 932, I, DO CÓDIGO CIVIL. PRELIMINAR AFASTADA. MÉRITO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. COLISÃO ENTRE VEÍCULOS QUE

TRANSITAVAM EM PISTAS DE ROLAMENTO COM DIREÇÕES OPOSTAS. [...]. PREVALÊNCIA DA TESE ESTAMPADA NO BOLETIM DE OCORRÊNCIA E NÃO DERRUÍDA PELOS RÉUS. INVASÃO DA PISTA CONTRÁRIA CONFIRMADA. IMPRUDÊNCIA. INFRAÇÃO AOS ARTS. 28 E 29, I, AMBOS DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. CONDUTORA RÉ, ADEMAIS, QUE NÃO ERA HABILITADA PARA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. IMPRUDÊNCIA E PRESUNÇÃO DE IMPERÍCIA. VIOLAÇÃO À INFRAÇÃO CONTIDA NO ART. 162, I, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR PROCEDENTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DOS ARTS. 186 E 927 DO CÓDIGO CIVIL. DANOS MATERIAIS. [...]. 2. É cristalina a culpa e o decorrente dever de indenizar do motorista que, ao arrepio das mais comezinhas regras de trânsito, imprudentemente invade pista contrária e intercepta a passagem de veículo que seguia em sua mão de direção. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.026077-1, de Blumenau, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. 27-05-2014) (BRASIL, 2014).

Ocorre essa responsabilização para a mãe em decorrência também de separação judicial ou divórcio, no qual responderá pelo ato ilícito de seu filho, não decaindo a responsabilidade sobre o pai que não tem a tutela do menor. Porém, o contrário também pode acontecer. Como em um caso que aconteceu no qual o STJ possuiu o entendimento de que a responsabilidade subsidiária entre o genitor que possui a guarda e o que não tem, *in verbis*:

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS ILÍCITOS DE FILHO MENOR - PRESUNÇÃO DE CULPA - LEGITIMIDADE PASSIVA, EM SOLIDARIEDADE, DO GENITOR QUE NÃO DETÉM A GUARDA - POSSIBILIDADE - NÃO OCORRÊNCIA IN CASU - RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. I - Como princípio inerente ao pátrio poder ou poder familiar e ao poder-dever, ambos os genitores, inclusive aquele que não detém a guarda, são responsáveis pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores, salvo se comprovarem que não concorreram com culpa para a ocorrência do dano. II - A responsabilidade dos pais, portanto, se assenta na presunção *juris tantum* de culpa e de culpa *in vigilando*, o que, como já mencionado, não impede de ser elidida se ficar demonstrado que os genitores não agiram de forma negligente no dever de guarda e educação. Esse é o entendimento que melhor harmoniza o contido nos arts. 1.518, § único e 1.521, inciso I do Código Civil de 1916, correspondentes aos arts. 942, § único e 932, inciso I, do novo Código Civil, respectivamente, em relação ao que estabelecem os arts. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e 27 da Lei n. 6.515/77, este recepcionado no art. 1.579, do novo Código Civil, a

respeito dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. III - No presente caso, sem adentrar-se no exame das provas, pela simples leitura da decisão recorrida, tem-se claramente que a genitora assumiu o risco da ocorrência de uma tragédia, ao comprar, três ou quatro dias antes do fato, o revólver que o filho utilizou para o crime, arma essa adquirida de modo irregular e guardada sem qualquer cautela (fls. 625/626). IV - Essa realidade, narrada no voto vencido do v. acórdão recorrido, é situação excepcional que isenta o genitor, que não detém a guarda e não habita no mesmo domicílio, de responder solidariamente pelo ato ilícito cometido pelo menor, ou seja, deve ser considerado parte ilegítima. V - Recurso especial desprovido. (REsp 777.327/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 01/12/2009) (BRASIL, 2009,s.p.).

Com isso, considerando-se que ambos os pais exercem a mesma responsabilidade dos pais resulta antes da guarda do que do próprio poder familiar. Sendo que, a falta daquela pode levar a exclusão da responsabilidade civil dos pais (GONÇALVES, 2012, p.105).

5.CONCLUSÃO

De acordo com a pesquisa realizada nas bases de dados tanto Scielo quanto JurBrasil, pode-se citar alguns pontos que precisam ser considerados para que os pais possam ser responsabilizados pelos atos ilícitos praticados por seus filhos, nos quais pode-se citar: o ato ilícito, o dano, a culpa e nexos causais. Contudo, pode-se considerar que na responsabilidade objetiva, não precisa ter a comprovação da culpa do indivíduo que causou o dano.

Pode-se afirmar que a responsabilidade civil dos pais está relacionada com a capacidade do indivíduo de arcar com a culpa, que no caso, trata-se de um indivíduo menor de idade e que não possui patrimônios para que possa pagar pelo seu ato considerado como ilícito.

Dessa maneira, para que o menor de idade possa ser responsabilizado através de seus pais pelos danos cometidos precisa estar cabalmente comprovada a sua prática ilícita, bem como o respectivo dano causa a outrem, junto com a culpa de quem os praticou, junto com o nexo de causalidade que vai finalmente apresentar o liame que está entre a conduta o dano causado.

Dessa maneira, pode-se compreender que a responsabilidade civil pelos pais está atribuída pela capacidade de indenizar os danos cometidos pelos seus filhos, pois a justiça entende que o menor de idade não tem patrimônio e nem condições econômicas para indenizar terceiros. Isto é, se um indivíduo menor de idade, cometer danos ao patrimônio público ou cometer atos ilícitos, quem poderá responder por ele são seus pais.

Atualmente, com o novo poder familiar, as responsabilidades passaram a pertencer tanto para o pai quanto para a mãe, sendo uma representatividade da igualdade de direitos entre

homens e mulheres, com a vedação constitucional entre distinções entre filhos. No entanto, observa-se que cada tribunal possui seu próprio entendimento sobre o mesmo ordenamento jurídico.

No entanto, sugere-se para estudos futuros a compreensão voltada para a responsabilidade civil quando o filho é abandonado por seus pais ou um dos genitores, no qual o filho pode pedir indenização por danos morais.

6 REFERÊNCIAS

ALVES, J. C. M. **Direito romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ASSIS NETO, S.J. **Dano moral**: aspectos jurídicos. Araras: Bestbook, 1998.

CAHALI, Y.S. **Dano moral**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COULANGES, N.D.F. **A cidade antiga**: estudo sobre culto, dinheiro e as instituições de Grécia e de Roma. 2ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, J.A. **Da responsabilidade civil**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, M.H. **Curso de Direito Brasileiro** - Direito de Família. 36ª Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

GAGLIANO, P. S; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil**: v. 3 responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, C. R. **Responsabilidade Civil**. 14. ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

MARKY, T. **Curso elementar de Direito Romano**. 10ª Ed. São Paulo: YK, 2021.

PAULA, P.A.G. Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada. **Editora Revista dos Tribunais**, 2002.

PEREIRA, C.M.S. **Responsabilidade Civil**. 6. Ed. Rev. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

RIZZARDO, A. **Direito de família**. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SERPA, L. **A responsabilidade civil dos pais pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores**: uma análise do art. 933 do Código Civil de 2002. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2013.

SIMÃO, J.F. **Fundamentos da responsabilidade civil:** a responsabilidade do incapaz. In: HIRONAKA, G.M.F.; SIMÃO, J.F. Ensaaios sobre a responsabilidade civil na pós-modernidade. V.2. Porto Alegre: Magister, 2009.

STOCO, R. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TARTUCE, F. **Direito civil:** direito das obrigações e responsabilidade civil. 9ªEd. V. II. São Paulo: Método, 2014.

VENOSA, S.S. **Direito Civil – Família e sucessões.** 22ª Ed. São Paulo: Atlas, 2022.

A JUDICIALIZAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO ESTADO DO TOCANTINS NA FIXAÇÃO DAS ALÍQUOTAS DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DOS POLICIAIS E BOMBEIROS MILITARES.

HELIO FARIA DA SILVA:
Graduando em Direito pela
Faculdade Serra do Carmo -
FASEC.

EDY CESAR DOS PASSOS JUNIOR⁸⁹

(orientador)

RESUMO: O presente artigo trata da judicialização da competência do Estado do Tocantins em tributar o policial e bombeiro militar da inativa com base em legislação federal, haja vista a nova redação do art. 22, inciso XXI, da Constituição Federal, pela reforma da previdência, frente a competência do Ente Federativo para com seus respectivos militares no tocante a matéria.

Palavras-chave: contribuição. inativa. judicialização. militar. previdência.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a compreensão das inovações trazidas pela reforma da previdência, ou melhor, pela Emenda à Constituição nº 103/2019, no tocante à contribuição previdenciária dos policiais militares da inativa.

Antes da referida reforma, os policiais militares da inativa contribuíam para previdência nos termos de legislação estadual, que, no caso do Estado do Tocantins, utilizava como base de cálculo o valor que ultrapasse o limite do INSS, fazendo com que a contribuição não fosse tão onerosa ao contribuinte da inativa.

Com o advento da reforma, sobreveio eventual capacidade legislativa da União de legislar sobre as pensões das polícias militares, de modo que fez editar norma federal, alterando base de cálculo, além do percentual, a regra, que agora utilizada a sua integralidade.

Contudo, em que pese a previsão na Emenda à Constituição, o texto normativo constitucional manteve-se inerte quanto a competência dos Estados em fixar os deveres e obrigações dos policiais militares pertencentes a eles, ensejando, portanto, na judicialização do tema, haja vista que o status quo é mais vantajoso ao policial milita da inativa pertencente ao Estado Federativo.

⁸⁹ Mestre em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade Federal do Tocantins - UFT. Pós-graduado em Gestão Pública pela Faculdade Suldamerica. Bacharel em Direito pela Faculdade Serra do Carmo - FASEC. Advogado e Professor da Faculdade Serra do Carmo - FASEC.

Com a judicialização do tema, o Supremo Tribunal Federal, sob o rito de repercussão geral, apreciou a matéria em caráter difuso, modulando seus efeitos.

Com isso, encontra-se no presente artigo a análise ao acórdão paradigma, bem como sua aplicação no Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, se possível ou não a vinculação dos tribunais pátrios quanto da modulação dos efeitos.

2. EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 103/19 E A LEI FEDERAL Nº. 13.954/2019

Após a Emenda à Constituição nº 103 de 12 de novembro de 2019, a qual é denominada de "Reforma da Previdência", o art. 22, inciso XXI, da Constituição Federal, passou a contar com a seguinte redação:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXI - normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação, mobilização, inatividades e pensões das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares.

Com isso, a União fez editar a Lei Federal nº. 13.954, de 16 de dezembro de 2019, que alterou a Lei Federal nº. 3.765, de 4 de maio de 1960, em que essa segunda dispõe sobre as pensões militares, a qual deu ao art. 3º-A a imposição de que os militares da inativa iriam contribuir sobre seus proventos integrais. Ainda, determinou no §2º do aludido dispositivo, que a contribuição seria de 9,5% a partir de janeiro de 2020 e 10,5% a partir de janeiro de 2021, *in verbis*.

Art. 3º-A. A contribuição para a pensão militar incidirá sobre as parcelas que compõem os proventos na inatividade e sobre o valor integral da quota-parte percebida a título de pensão militar. § 1º A alíquota de contribuição para a pensão militar é de sete e meio por cento. § 2º A alíquota referida no § 1º deste artigo será: I - de 9,5% (nove e meio por cento), a partir de 1º de janeiro de 2020; II - de 10,5% (dez e meio por cento), a partir de 1º de janeiro de 2021.

Antes dessa inovação legislativa, o Estado do Tocantins, por imposição da Lei Estadual nº. 1.614/2005, tinha como base de cálculo das contribuições previdenciárias do segurado inativo a alíquota de 12% somente sobre aquilo que excedesse o limite máximo do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, confira:

Art. 14. Considera-se base de cálculo das contribuições: [...] II - do segurado inativo, o valor dos proventos que supere o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social – RGPS; [...] Art. 16. É de 11% a alíquota da contribuição mensal dos segurados ativos, inativos e pensionistas, incidente sobre a base de cálculo de que trata o art. 14 desta Lei. Parágrafo único. No caso dos policiais militares, a alíquota de que trata este artigo é de 12% para fim de custeio das promoções por trintenariedade e *posmortem*.

A imposição de contribuição previdenciária sobre o que exceder o limite máximo do RGPS também pode ser encontrada na Constituição Federal, em seu art. 40, §18, veja:

§ 18. Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

Dessa forma, diante da inovação, o Ministério da Economia lançou a instrução normativa nº. 5, de 15 de janeiro de 2020, para que os Estados dessem a devida observância às alterações ocorrida.

O Estado do Tocantins, ante a instrução normativa e as imposições legais trazidas pela nova legislação, passou a descontar dos policiais militares da inativa a alíquota de 9,5% sobre a integralidade dos proventos, a partir de maio de 2020, tendo aumentado, em janeiro de 2021, para 10,5%. Ou seja, antes os servidores efetivos em questão, já na inatividade, contribuíam somente com aquilo que ultrapasse o teto do RGPS, ou, teto do INSS, agora contribuem com a alíquota incidindo sobre a totalidade de seus proventos.

3. JUDICIALIZAÇÃO DO TEMA

Essa inovação legislativa passou a ser discutida em ações judiciais, principalmente no que concerne à constitucionalidade de a União alterar o sistema de contribuição previdenciária de policiais e bombeiros militares da inativa.

Isso porque a Constituição Federal, em seu art. 42, *caput* e §1º, diz que os policiais e bombeiros militares são pertencentes aos Estados, atribuindo a esse a competência para fixar, entre diversa coisas, os direitos e deveres desses, confira:

Art. 42 Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. § 1º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores.

Ainda, confira o teor do art. 142, §3º, inciso X, mencionado no §1º do supracitado dispositivo constitucional, também da Constituição Federal:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade

suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. [...] § 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições: [...] X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.

Dessa forma, vamos à análise de algumas demandas judiciais apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal, seguida de demandas judicializadas perante o Poder Judiciário Tocantinense.

3.1 AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA Nº. 3.396/DF

A ação de que trata esse subtópico, é uma Ação Cível Originária – ACO, que tem como autor o Estado do Mato Grosso e réu a União, em que o citado membro federativo defende a sua competência na manutenção do sistema de inativos e pensão de militares, sustentando pela prevalência de lei local no que concerne à contribuição previdenciária e pela declaração de inconstitucionalidade pela via difusa da Lei Federal nº. 13.954/2019.

A referida ação foi distribuída ao Ministro Alexandre de Moraes e julgada procedente, a fim de reconhecer a inconstitucionalidade da Lei Federal nº. 13.954/2019 na via incidental, por entender que a União extrapolou a competência dos Estados insculpida no art. 42, §1º e art. 142, §3º, inciso X, ambos da Constituição Federal. A propósito:

Ementa: AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. CONSTITUCIONAL. FEDERALISMO E RESPEITO ÀS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA. LEI 13.954/2019. ALÍQUOTA DE CONTRIBUIÇÃO PARA INATIVIDADE E PENSÃO. POLICIAIS E BOMBEIROS MILITARES ESTADUAIS. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA ESTABELEECER NORMAS GERAIS. ART. 22, XXI, DA CF/88. EXTRAVASAMENTO DO CAMPO ALUSIVO A NORMAS GERAIS. INCOMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. Ação Cível Originária ajuizada por Estado-membro com o objetivo não afastar sanção decorrente de aplicação, aos militares, de alíquota de contribuição para o regime de inatividade e pensão prevista na legislação estadual, em detrimento de lei federal que prevê a aplicação da mesma alíquota estabelecida para as Forças Armadas. 2. É possível a utilização da Ação Cível Originária a fim de obter pronunciamento que declare, incidentalmente, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, particularmente quando esta declaração constituir-lhe a sua causa de pedir e não o próprio pedido. 3. As regras de distribuição de competências legislativas são alicerces do federalismo e consagram a fórmula de divisão de centros de poder em um Estado de Direito. Princípio

da predominância do interesse. 4. A Constituição Federal de 1988, presumindo de forma absoluta para algumas matérias a presença do princípio da predominância do interesse, estabeleceu, a priori, diversas competências para cada um dos entes federativos – União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios – e, a partir dessas opções, pode ora acentuar maior centralização de poder, principalmente na própria União (CF, art. 22), ora permitir uma maior descentralização nos Estados-Membros e nos Municípios (CF, arts. 24 e 30, inciso I). 5. Cabe à lei estadual, nos termos do art. 42, § 1º, da Constituição Federal, regulamentar as disposições do art. 142, § 3º, inciso X, dentre as quais as relativas ao regime de aposentadoria dos militares estaduais e a questões pertinentes ao regime jurídico. 6. A Lei Federal 13.954/2019, ao definir a alíquota de contribuição previdenciária a ser aplicada aos militares estaduais, extrapolou a competência para a edição de normas gerais, prevista no art. 22, XI, da Constituição, sobre “inatividades e pensões das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares”. 7. Ação Cível Originária julgada procedente para determinar à União que se abstenha de aplicar ao Estado de Mato Grosso qualquer das providências previstas no art. 7º da Lei 9.717/1998 ou de negar-lhe a expedição do Certificado de Regularidade Previdenciária caso continue a aplicar aos policiais e bombeiros militares estaduais e seus pensionistas a alíquota de contribuição para o regime de inatividade e pensão prevista em lei estadual, em detrimento do que prevê o art. 24-C do Decreto-Lei 667/1969, com a redação da Lei 13.954/2019. Honorários sucumbenciais arbitrados em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), nos termos do artigo 85, § 8º, do CPC de 2015, devidos ao Estado-Autor. PREVIDENCIÁRIO) ADI 4912 (TP), ARE 915062 AgR (2ªT). - Decisão monocrática citada: (PRINCÍPIO DA REPARTIÇÃO DAS COMPETÊNCIAS, DIREITO PREVIDENCIÁRIO) **ACO** 3350 MC. - Legislação estrangeira citada: Constituição norte-americana de 1787. Número de páginas: 23. Análise: 18/11/2021, KBP.

Desse modo, a partir da ACO nº 3.396/DF, tem-se que a competência dos Estados Federados devem prevalecer no que concerne à fixação das alíquotas de contribuição previdenciária de policiais militares, de modo que a Lei Federal nº 13.954/2019 deve ser afastada.

3.2 RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº. 1.338.750/SC (TEMA 1.177/STF)

O Recurso Extraordinário de nº 1.338.750/SC, teve repercussão geral reconhecida em 01 de outubro de 2021, em que o Ministro Luiz Fux, diante da controvérsia constitucional do tema, propôs a seguinte tese à aprovação:

A competência privativa da União para a edição de normas gerais sobre inatividades e pensões das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares (artigo 22, XXI, da Constituição, na redação da Emenda Constitucional 103/2019) não exclui a competência legislativa dos Estados

para a fixação das alíquotas da contribuição previdenciária incidente sobre os proventos de seus próprios militares inativos e pensionistas, tendo a Lei Federal 13.954/2019, no ponto, incorrido em inconstitucionalidade

O aludido recurso tem como recorrente o Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina – IPREV e recorrido Sebastião Sadir de Azevedo, que, conforme consta nos autos, o recorrido é policial militar da inativa e, inicialmente, ingressou com ação no juizado especial da fazenda pública, visando que sua contribuição previdenciária se desse nos moldes da legislação Estadual, afastando o aumento ocorrido com o advento da Lei Federal nº 13.954/2019, a qual fora julgada procedente, sendo mantida em sede de recurso inominado.

Com a interposição do Recurso Extraordinário, ora em debate, o Ministro Luiz Fux pautou-se em precedentes da Corte Suprema, inclusive a ACO nº 3.396/DF, para manter inalterado o acórdão hostilizado, negando-lhe provimento.

Ou seja, em que pese haja previsão constitucional para que a União possa legislar sobre os proventos dos militares, não houve alteração na Constituição Federal acerca da competência legislativa estadual incidente nos proventos dos militares da inativa, de modo que a Lei Federal nº 13.954/2019 restou recheada de vício de inconstitucionalidade.

A propósito, veja o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal acerca do aludido tema 1.177:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. FEDERALISMO E REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS. ARTIGO 22, XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COM A REDAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 103/2019. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE NORMAS GERAIS DE INATIVIDADES E PENSÕES DAS POLÍCIAS MILITARES E DOS CORPOS DE BOMBEIROS MILITARES. LEI FEDERAL 13.954/2019. ALÍQUOTA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE A REMUNERAÇÃO DE INATIVOS E PENSIONISTAS. EXTRAVASAMENTO DO ÂMBITO LEGISLATIVO DE ESTABELECER NORMAS GERAIS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MULTIPLICIDADE DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. CONTROVÉRSIA DOTADA DE REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

3.2.1 MODULAÇÃO DOS EFEITOS

Ainda nos autos do Recurso Extraordinário nº 1.338.750/SC, também tema 1.177 do Supremo Tribunal Federal, o recorrente Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina – IPREV opôs embargos de declaração requerendo a modulação dos efeitos em razão de eventual desfalque financeiro nos cofres públicos. Também opuseram embargos de declaração requerendo

a modulação dos efeitos às mesmas razões o Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, o Estado do Mato grosso do Sul e o Estado do Pará, ambos postulando pela admissão no feito na condição de *amicus curiae*.

Mas antes de aprofundar no resultado dos aclaratórios opostos, cumpres esclarecer alguns pontos acerca do controle de constitucionalidade.

Resta cediço que quando há conflito constitucional de normas no ordenamento jurídico Brasileiro, é admitido o controle de constitucionalidade, o qual, nas palavras de Flávio Martins Alves Nunes Júnior (2019, p. 568) “consiste na verificação da compatibilidade das leis e dos atos normativos com a Constituição”.

Ainda nos ensinamentos de Flávio Martins (2019, p. 568), sabe-se que “para que uma lei seja válida precisa ser compatível com a Constituição. Caso a lei ou o ato normativo não seja compatível com a Constituição, será inválido, inconstitucional”.

Gilmar Ferreira Mendes, em sua obra “Curso de Direito Constitucional”, publicada juntamente com Paulo Gustavo Gonet Branco, diz que (2018 p. 1726):

Constitucional será o ato que não incorrer em sanção, por ter sido criado por autoridade constitucionalmente competente e sob a forma que a Constituição prescreve para a sua perfeita integração; inconstitucional será o ato que incorrer em sanção – de nulidade ou de anulabilidade – por desconformidade com o ordenamento constitucional.

Ou seja, é exatamente o caso ora em debate, em que se teve uma lei federal, qual seja: Lei nº 13.954/2019, aprovada e sancionada em conformidade com os ditames formais, que apesar de ter comando expresso constitucionalmente que valide seu conteúdo, acabou por ser incompatível com outro dispositivo constitucional, que dá plena competência legislativa aos Estados Membros de legislarem sob os preventos dos policiais militares da inativa, de modo que a contribuição previdenciária desses devem ser regida por legislação local estadual, de acordo com a tese aprovada pelo Supremo Tribunal Federal no tema 1.177.

Voltando ao controle de constitucionalidade, nas palavras de Luiz Roberto Barroso (2016, p. 65 e seg.), o Brasil adota o controle judicial no controle de constitucionalidade, via de regra, vez que ainda há a possibilidade de veto pelo Poder Executivo em razão de eventual inconstitucionalidade após as deliberações no Congresso Nacional, bem como pelo Poder Legislativo, quando, ainda em projeto de lei, a minuta passa pela Comissão de Constituição e Justiça.

Antemão, vê-se estar diante do controle de constitucionalidade judicial, o qual fora realizado pelo Poder Judiciário quando do tema 1.177. Extrai-se dos ensinamentos de Alexandre de Moraes (2016, p. 1.129) que: “há dois sistemas ou métodos de controle Judiciário de Constitucionalidade repressiva. O primeiro denomina-se reservado ou concentrado (via de ação), e o segundo, difuso ou aberto (via de exceção ou defesa)”.

Inferre-se que temos a primeira via, sendo ela a principal, estando prevista no texto constitucional, sendo de competência do Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originalmente, conforme disposição do art. 102, inciso I, alínea "a", da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

Do outro lado se tem a via incidental, que também tem amparo constitucional, no art. 97 da Constituição Federal, confira:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Ao contrário da principal, o controle pela via incidental, que nas palavras de Moraes (2016, p. 1.131) também pode ser chamada de via de exceção ou defesa, deve ser alegada no caso concreto. Ou seja, enquanto na principal se tem uma ação própria para debater acerca da constitucionalidade, na via incidental há um conflito existente em que, havendo dúvidas da constitucionalidade de determinada norma, poderá a parte alegar sua inconstitucionalidade, devendo o juiz ou tribunal apreciar o pedido quanto à aplicação da norma ao caso concreto.

Alexandre de Moraes consigna que:

O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, 9.1.1 a. b. incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo pois objeto principal da ação. (MORAES, 2016, p. 1.134 e 1.135).

Ainda nas palavras de Alexandre de Moraes (2016, p. 1.136) "a cláusula de reserva de plenário não veda a possibilidade de o juiz monocrático declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público".

Ou seja, em que pese a previsão constitucional constante no art. 97 supramencionado, doutrinadores da Suprema Corte entende que a condição de reserva de plenário não obsta que magistrados singulares de primeiro grau exerçam o controle de exceção.

Na mesma corrente Luiz Roberto Barroso diz que:

O controle incidental de constitucionalidade é um controle exercido de modo difuso, cabendo a todos os órgãos judiciais indistintamente, tanto de

primeiro como de segundo grau, bem como aos tribunais superiores. Por tratar-se de atribuição inerente ao desempenho normal da função jurisdicional, qualquer juiz ou tribunal, no ato de realização do Direito nas situações concretas que lhes são submetidas, tem o poder-dever de deixar de aplicar o ato legislativo conflitante com a Constituição. Já não se discute mais, nem em doutrina nem na jurisprudência, acerca da plena legitimidade do reconhecimento da inconstitucionalidade por juiz de primeiro grau, seja estadual ou federal. (BARROSO, 2016, p. 84)

Desta forma, tem-se que magistrado primevos podem exercer sua função judicial, analisando o caso concreto e, se assim for o caso, devidamente provocado, declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de determinada norma.

No que concerne aos efeitos, encontra-se o brilhantismo nos ensinamentos de Alexandre de Moraes, o qual consigna que:

Declarada incidenter tantum a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal, desfaz-se, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as consequências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados. Porém, tais efeitos *ex tunc* (retroativos) somente tem aplicação para as partes e no processo em que houve a citada declaração. (MORAES, 2016, p. 1.139).

Isso corrobora com o que já fora dito que além do controle ser incidental, seus efeitos são *inter partes*, ou seja, aplicam-se apenas às partes integrantes do processo em que a norma fora devidamente declarada inconstitucional pela via eleita, com a devida retroação *ex tunc*.

Já na via principal, o seu efeito é *erga omnes*, ou seja, valerá para todos, bem como também será retroativo. Nesse toar, veja o que diz Alexandre de Moares:

Declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão terá efeito retroativo (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*), desfazendo, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as consequências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, inclusive os atos pretéritos com base nela praticados (efeitos *ex tunc*). (MORAES, 2016, p. 1.178)

Contudo, nos termos do que dispõe o art. 27 da Lei nº 9.868/99, a qual dispõe sobre o legal da ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, dentre outras

disposições, a Suprema Corte poderá limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade se para preservar segurança jurídica ou interesse social, *in verbis*:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Porém, ao se extrai do aludido dispositivo, é que se trata de uma imposição direcionada à via principal, e no caso do tema 1.177 do Supremo Tribunal Federal, se tratou de uma declaração de inconstitucionalidade na via incidental, conforme se extrai da ementa já citada acima.

No entanto, em que pese a omissão legislativa quanto à possibilidade ou não de limitação dos efeitos, Moraes (2016, p. 1.140), defende a possibilidade de aplicação de modulação dos efeitos, desde que tragam a devida segurança jurídica, o ato praticado carregue boa-fé, e seja de grande razão à ordem pública social.

No mesmo toar, Barroso (2016, p. 105), fundamenta que a Suprema Corte já deixou de aplicar efeitos retroativos quando em decisões que declararam, pela via de exceção, a inconstitucionalidade de norma, de modo que o grande aumento de precedentes desta citada Corte dá azo à modulação dos efeitos, ainda que não haja previsão legal para tanto.

Ainda, Barros diz que (2016, p. 105) “aliás, a rigor técnico, a possibilidade de ponderar valores e bens jurídicos constitucionais não depende de previsão legal”. Ou seja, infere-se que o Ilustre doutrinador, atualmente ocupante da Suprema Corte Brasileira, defende que, por analogia à limitação da via principal em razão do art. 27 da Lei Federal nº 9.868/99 e precedentes que deixaram de aplicar a retroatividade, deve-se admitir a modulação dos efeitos na via de exceção.

Na mesma corrente, veja o que diz Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019, p. 1.520) “lembre-se, ademais, que o STF tem admitido a modulação dos efeitos de suas decisões também em sede de controle difuso”.

Portanto, conclui-se que, ao menos em maioria, os precedentes da Suprema Corte vêm sendo no sentido de, apesar da omissão legislativa, modularem os efeitos em eventual declaração de inconstitucionalidade, na via difusa, de certo que não foi diferente ao apreciar os embargos de declaração opostos nos autos do Recurso Extraordinário – tema 1.177/STF.

Ainda, à data deste artigo, se encontram pendentes de julgamento aclaratórios que visam afastar a modulação dos efeitos, o que poderá fazer com que seja afastada a modulação, a depender da análise pela Suprema Corte Nacional.

4.DEMANDAS JUDICIAIS NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO TOCANTINENSE

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, a matéria cerne do presente artigo é assunto de grande relevância jurídica, pois trouxe três pontos à discussão, o mérito acerca da (in)competência da União em fixar os percentuais acerca da contribuição previdenciária dos militares da inativa, eventual modulação dos efeitos em razão de declaração de inconstitucionalidade pela via incidental e, por fim, uma questão acerca da competência jurisdicional para apreciar a matéria em Palmas – TO, seja dos Juizados Especiais da Fazenda Pública da comarca de Palmas – TO ou do Juízo da Vara de Execuções Fiscais e Saúde de Palmas.

Com o fito de melhor compreender a matéria, vamos analisar cada ponto acima alinhavado separadamente, submetendo à análise um feito judicial. De início, inova-se no presente artigo a questão de competência, a que, no caso em tela, por se tratar de questões envolvendo Fazenda Pública no polo passivo, aplica-se o art. 52, parágrafo único, do Código de Processo Civil, o qual determina que o autor da demanda poderá optar em que foro a ação tramitará em primeiro grau de jurisdição, seja em seu domicílio, no da ocorrência dos fatos que deram ensejo à demanda, ou também, na capital do respectivo Estado.

Ainda, considerando que a demanda discutida em tela envolve a Fazenda Pública, é de rigor ter como parâmetro, cumulativamente ao Código de Processo Civil, a fim de se escolher o rito adequado à demanda, a Lei Federal nº 12.153/2009, a qual em seu art. 2º, *caput* e §4º, impõe aos Juizados Especiais da Fazenda Pública sua competência absoluta para processar e julgar as causas em que a Administração Pública Direta for parte, quando o valor da causa for igual ou inferior a 60 (sessenta) salários mínimos, *in verbis*:

Art. 2º É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos. [...] § 4º No foro onde estiver instalado Juizado Especial da Fazenda Pública, a sua competência é absoluta. (BRASIL, 2009)

A questão trouxe discussão jurídica ao Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, porquanto quando policiais militares da inativa ingressaram na justiça para discutir a questão previdenciária de alíquota na comarca de Palmas - TO, elegeram o Juizado Especial da Fazenda Pública, de modo que magistrados atuantes do aludido órgão de justiça, pautando-se em uma resolução do Tribunal Tocantinense, qual seja: Resolução nº 89/2018, declaravam-se incompetentes para processar e julgar a ação, pois a referida resolução havia instituído o Juízo da Vara de Execuções Fiscais e Saúde de Palmas, dando-lhe competência plena em ações que tinham por objeto créditos tributários.

Contudo, a referida resolução não fez ressalva quanto aos Juizados Especiais da Fazenda Pública, de modo que é possível concluir que os magistrados que se declararam incompetentes em razão da resolução, a fizeram de maneira equivocada, haja vista a devida observância tanto ao texto contido na resolução, especificamente em seu art. 1º, inciso III, bem como à Lei Federal que instituiu os Juizados Especiais da Fazenda Pública, que ainda se encontra em vigor. A propósito, confirma o art. 1, III, da Resolução nº 89/2018 do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins:

Art. 1º Renomear e redistribuir as competências das varas cíveis, das fazendas e registros públicos, juizado especial criminal e turmas recursais na Comarca de Palmas, promovendo-se os necessários registros e retificações. [...] III – uma vara de execuções fiscais e ações de saúde, originada da transformação da 2ª vara dos feitos das fazendas e registros públicos, com competência jurisdicional plena e exclusiva, ressalvada a competência do juizado da infância e juventude, para os processos de execução fiscal e ações de saúde pública em que a fazenda pública estadual ou municipal, suas autarquias ou fundações seja parte ou interessada, seus incidentes e ações conexas e autônomas cujo objeto seja crédito tributário, até a extinção e arquivamento. (TOCANTINS, 2018)

Ainda, confira-se o seguinte conflito de competência julgado pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, sob relatoria do Desembargador Pedro Nelson de Miranda Coutinho, autuado sob o nº 0007228-81.2022.8.27.2700, em que, à vista da conclusão acima extraída, também concluiu pela competência absoluta dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, afastando a interpretação equivocada dos magistrados de 1º grau:

QUESTÃO DE ORDEM. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PROGRESSÃO FUNCIONAL. CARREIRA MILITAR. VALOR DA CAUSA INFERIOR A 60 SALÁRIOS-MÍNIMOS. COMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUIZADO ESPECIAL. CONFLITO IMPROCEDENTE. 1. Cuida-se de ação ordinária de obrigação de fazer c/c cobrança c/c tutela de urgência ajuizada com objetivo de garantir progressões funcionais da carreira da Polícia Militar do Estado do Tocantins. 2. Por ocasião do julgamento realizado no dia 01/09/22, foi reconhecida a competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública de Palmas para julgar o feito de origem. Conflito conhecido e julgado improcedente. 3. A presente Questão de Ordem se faz necessária tendo em vista que no voto condutor (Evento 25), bem como no próprio acórdão (Evento 31), restou consignado, de forma equivocada, tratar-se de questão afeta a descontos previdenciários quando, em verdade, discute-se no feito de origem, o direito de promoções funcionais na carreira de Praça na Polícia Militar/TO. 4. Assim sendo, embora deva ser mantida a declaração de competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública de Palmas para julgar o feito de origem, fundamentada no valor atribuído à causa (inferior a 60 salários-mínimos), há necessidade de retificação no acórdão para que se faça constar o verdadeiro objeto da ação, qual seja, busca da garantia de progressão funcional. 5. Questão de Ordem no presente conflito negativo de competência para manter a declaração da competência do 1o Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca de Palmas para processar e julgar o processo de origem, diante da sua competência absoluta, porém, com a retificação do acórdão, nos termos alinhavados. (Conflito de competência cível 0007228-81.2022.8.27.2700, Rel. PEDRO NELSON DE MIRANDA COUTINHO, GAB. DO DES. PEDRO NELSON DE MIRANDA COUTINHO, julgado em 26/10/2022, DJe 31/10/2022 15:44:10)

Portanto, em que pese a Resolução nº 89/2018 tivesse sido interpretada de maneira equivocada por magistrados do Juizado Especial da Fazenda Pública de Palmas – TO, o colegiado do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins que atua em segundo grau de jurisdição, pautado na segurança jurídica, fez valer a norma de cunho federal.

Na corrente do entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, passa-se à análise dos julgados concernentes ao mérito da questão, seguida de eventual modulação dos efeitos.

Inicialmente, há de se ressaltar que, segundo o Ministro Luiz Fux (2021, p. 6):

A necessidade de adoção de precedentes formalmente vinculantes e de observância obrigatória em todas as instâncias judiciais foi reforçada, assim como a da resignificação da sistemática da repercussão geral e dos recursos repetitivos no âmbito do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho. O rito dos precedentes qualificados tem o condão de conferir transparência, previsibilidade e razoável duração aos processos, ao mesmo tempo em que confere mais racionalidade e isonomia ao sistema processual, com a inibição de decisões múltiplas sobre a mesma temática.

Ou seja, quando um tema se repete perante o Poder Judiciário, existem mecanismos processuais capazes de qualificar a jurisprudência, trazendo um precedente qualificado, um modelo a ser seguido nos demais casos, em que determinado órgão colegiado aprecia tão somente um processo, dando maior efetividade aos demais e maior previsibilidade do direito, conferindo racionalidade ao sistema processual, como no caso de repercussão geral.

Foi com base nesse raciocínio que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 1.338.750/SC, alhures mencionado (tema 1.177). Com isso, tem-se que os tribunais pátrios, ao apreciar a matéria nos demais processos, podem seguir o precedente qualificado, aplicando-lhe ao caso, sabendo que a matéria não será alterada posteriormente quando de recursos à Suprema Corte, porquanto seguiram o acórdão paradigma.

Analisando o sistema de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, que é composto por duas câmaras cíveis, é possível observar que os Doutos Desembargadores já estão aplicando o tema 1.177.

Confira o seguinte aresto de nº 0009725-36.2021.8.27.2722, da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, de relatoria da Desembargadora Jacqueline Adorno, julgado em 11 de novembro de 2022, já pela aplicação parcial do acórdão paradigma (tema 1.177):

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - DESCONTO DE CONTRIBUIÇÃO PARA PENSÃO MILITAR - ALÍQUOTA DE CONTRIBUIÇÃO PARA INATIVIDADE E PENSÃO POLICIAIS E BOMBEIROS MILITARES

ESTADUAIS - COMPETÊNCIA PARA A DEFINIÇÃO DE NORMAS PREVIDENCIÁRIAS DOS MILITARES - LEI FEDERAL Nº 13.954/2019 - INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - INEXISTÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE INSTITUA A CONTRIBUIÇÃO PARA OS MILITARES INATIVOS E SEUS PENSIONISTAS NO ESTADO DO TOCANTINS - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1 - A questão posta à análise pode ser resumida na perquirição da possibilidade (ou não) dos descontos das contribuições do segurado militar inativo sobre os proventos e pensão se efetivarem independentemente de legislação estadual regendo a matéria. 2 - Nos termos do previsto no artigo 24, XII e §1º da CF, a União detém competência para o estabelecimento de normas gerais sobre previdência social (competência concorrente) e, com a Emenda Constitucional nº 103/2019, coube-lhe também a competência privativa para expedir normas gerais sobre a inatividade e pensão dos servidores militares dos Estados e do Distrito Federal (Art. 22, XXI, CF), permanecendo os servidores militares estaduais sob a responsabilidade financeira e administrativa dos Estados e, a rigor, inseridos na previdência própria estadual, única e indivisível (Art. 40, § 20, da CF). 3 - O STF ao decidir o Tema 1177 (Leading Case 1338750) fixou a seguinte tese: "A competência privativa da União para a edição de normas gerais sobre inatividades e pensões das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares (artigo 22, XXI, da Constituição, na redação da Emenda Constitucional 103/2019) não exclui a competência legislativa dos Estados para a fixação das alíquotas da contribuição previdenciária incidente sobre os proventos de seus próprios militares inativos e pensionistas, tendo a Lei Federal 13.954/2019, no ponto, incorrido em inconstitucionalidade." 4 - Em razão da declaração da inconstitucionalidade do dispositivo legal que alterou a alíquota da contribuição previdenciária aos militares inativos, de rigor o reconhecimento do direito da parte autora de continuar contribuindo com o percentual praticado antes da vigência da Lei 13.954/19. 5 - Sentença reformada. Recurso conhecido e provido. (Apelação Cível 0009725-36.2021.8.27.2722, Rel. JACQUELINE ADORNO DE LA CRUZ BARBOSA, GAB. DA DESA. JACQUELINE ADORNO, julgado em 09/11/2022, DJe 11/11/2022 08:50:06)

Um ponto a ser esclarecido, que será tema de detida análise no presente tópico, é que a referida câmara, ao aplicar o acórdão paradigma, deixou de aplicar a modulação dos efeitos.

Já a 2ª Câmara Cível, ao julgar os autos de nº 0002740-42.2021.8.27.2725, já em sede de embargos de declaração, decidiu por bem modular os efeitos quando do julgamento ocorrido em 04 de novembro de 2022, veja:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONTRA ACÓRDÃO PROFERIDO NA APELAÇÃO. OMISSÃO. SANADA. ALÍQUOTA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. MILITARES ATIVOS OU INATIVOS E PENSIONISTAS.

MATÉRIA ATINENTE AO TEMA 1177 DO STF. DECISÃO EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO MODULANDO OS EFETOS DA DECISÃO PROFERIDA NO RE Nº 1.338.750/SC CONCEDENDO EFEITOS PROSPECTIVOS À DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 24-C DO DECRETO-LEI 667/1969, INSERIDO PELA LEI 13.954/2019, A FIM DE QUE SEJAM CONSIDERADAS VÁLIDAS TODAS AS CONTRIBUIÇÕES REALIZADAS COM FUNDAMENTO NA REFERIDA LEI FEDERAL ATÉ 1º DE JANEIRO DE 2023. DESCONTOS REALIZADOS NOS PROVENTOS DO DEMANDANTE VÁLIDOS ATÉ 01/01/2023. EMBARGOS PROVIDO. ACÓRDÃO REFORMADO.

1- Não encerra, em princípio, pretensão modificativa, sendo possível a alteração substancial do julgado somente quando conseqüência lógica da correção dos vícios elencados nos incisos do art. 1.022, do CPC, o que não vislumbrei nos presentes aclaratórios. 2- Não foi observado por esta corte, que diante do julgamento dos embargos de declaração opostos no recurso extraordinário, representativo da controvérsia RE 1338750 - TEMA 1177, que diante do parcial provimento ao ED, houve a modulação os efeitos da decisão proferida pelo STF, a fim de preservar a higidez dos recolhimentos da contribuição de militares, ativos ou inativos, e de seus pensionistas, efetuados nos moldes inaugurados pela Lei 13.954/2019, até 1º de janeiro de 2023, devendo, portanto, ser sanada tal omissão.

3- No voto condutor do acórdão proferido nos embargos de declaração opostos no recurso extraordinário, representativo da controvérsia RE 1338750 - TEMA 1177, restou consignado "ser suficiente a concessão de efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade do artigo 24-C do Decreto-Lei 667/1969, inserido pela Lei 13.954/2019, a fim de que sejam consideradas válidas todas as contribuições realizadas com fundamento na referida lei federal até 1º de janeiro de 2023". 4- Percebe-se que os descontos até então promovidos sobre os proventos de aposentadoria dos polícias militares, conforme preceitua o art. 24-C da Lei n.º 13.954, de 16 de dezembro de 2019, que reestruturou a carreira militar dispondo sobre o Sistema de Proteção Social dos Militares, alterando o Decreto-Lei nº 667, de 1969, determinando incidência de contribuição previdenciária sobre a totalidade da remuneração dos militares estaduais, ativos ou inativos, e de seus pensionistas, com a mesma alíquota de contribuição estabelecida para as Forças Armadas, devem ser mantidos, todavia, até a data de 01/01/2023.

5- Embargos de declaração conhecido e provido. 6- Acórdão reformado. (Apelação Cível 0002740-42.2021.8.27.2725, Rel. EURÍPEDES LAMOUNIER, GAB. DO DES. EURÍPEDES LAMOUNIER, julgado em 26/10/2022, DJe 04/11/2022 16:08:01).

Contudo, já entrando no assunto da modulação dos efeitos perante o Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, aplicável por extensão a outros tribunais pátrios, tem-se que embora divergentes, bem como o primeiro parcialmente contrário ao acórdão paradigma, haja vista que

não modulou os efeitos, entende-se por todo o exposto que ele não viola normas de precedentes qualificados, tampouco foi julgado equivocadamente, uma vez que, como exposto acima, o tema 1.177 foi autuado em repercussão geral a partir de um recurso extraordinário, de modo que a sua declaração de inconstitucionalidade sobreveio na via incidental e não na via principal, o que impõe, portanto, sua aplicação *inter partes*, podendo qualquer magistrado, ao aplicar o aludido precedente qualificado, modular ou não os efeitos do *decisum* ao seu caso em apreço.

À vista disso, é possível concluir que em que pese o acórdão paradigma seja um precedente qualificado com observância obrigatória, tendo em vista o caráter dos efeitos da modulação dos efeitos na via incidental de inconstitucionalidade, alhures reforçado pela doutrina, magistrados de primeiro e segundo grau de jurisdição, poderão a fastar a modulação dos efeitos, porquanto o julgamento perante o Supremo Tribunal Federal sobreveio de modo incidental, *inter partes*, cabendo aos magistrados pacificar a matéria tão somente no que concerne à inconstitucionalidade da norma federal.

5. CONCLUSÃO

Ante o exposto, é possível concluir que embora a Emenda à Constituição nº 103/2019 tenha trazido para o texto constitucional a competência da União em legislar sobre as pensões das polícias militares, quando do art. 22, inciso XXI, da Constituição Federal, que deu ensejo na alteração na alíquota e sistema de base de cálculo dos policiais militares da inativa estaduais, tem-se que por não ter tido reforma quanto ao art. 42, *caput* e §1º, também da Carta Magna Brasileira, deverá ser mantido o texto normativo de lei estadual no tocante, devendo ser afastada a lei advinda da aludida reforma.

Tal questão fora pacificada em precedente qualificado, ainda que em sede de Recurso Extraordinário, com declaração de inconstitucionalidade pela via incidental, devendo os tribunais pátrios, sempre que tratarem da matéria, observar tal precedente, contudo, não se vinculando quanto à modulação dos efeitos, como alhures detalhado, porquanto poderá o magistrado, no caso concreto, fazer o *distinguishing* do caso, tendo em vista que muito embora o precedente qualificado o tenha modulado, entende-se que os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade é *inter partes*, devendo cada qual ingressar com ação judicial para ter afastada a norma federal, de modo que o magistrado irá aplicar a íntegra ou não o acórdão paradigma, com ou sem modulação, como nos autos julgados perante as câmaras do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, sobremaneira detalhados.

Por fim, à vista da matéria, foi possível observar pequena divergência acerca de competência nas comarcas de Palmas – TO envolvendo a matéria, haja vista que envolve crédito tributário, de modo que, nos termos da Resolução nº 89/2019, que instituiu nova Vara de feitos fazendários com competência plena em créditos tributários, magistrados dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, ainda que de maneira equivocada, se declaravam incompetentes, sem dar a efetiva observância ao valor da causa, violando norma federal, que atribui a si, Juizado Especial da Fazenda Pública, competência absoluta, conforme disposição do art. 2º, §4, da Lei Federal nº 12.153/2009.

À vista disso, tem-se como inconstitucional a contribuição com base em lei federal, bem como faculdade dos tribunais pátrios aplicar a modulação dos efeitos contidos no acórdão

paradigma e, em questão de competência no âmbito dos limites jurisdicionais para processar e julgar a matéria na comarca de Palmas – TO, entende-se que quando preenchidos os requisitos contido em lei federal, será de competência absoluta dos Juizados Especiais da Fazenda Pública apreciar o feito, não havendo que se falar na resolução nº 89/2019 do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins.

6.REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRANCO, P. G. G., MENDES, G. F. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

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

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em: 18/11/2022.

BRASIL. **Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12153.htm>. Acesso em:
18/11/2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**: Código de Processo Civil. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em:
18/11/2022.

BRASIL. **Lei nº 13.954, de 16 de dezembro de 2019**. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13954.htm>. Acesso em:
18/11/2022.

BRASIL. **Instrução Normativa nº 5, de 15 de janeiro de 2020**. Ministério da Economia. Disponível em: <<http://sa.previdencia.gov.br/site/2020/01/INSTRUCAO-NORMATIVA-SPREV-no-05-de-15jan2020-alterada-pela-IN-6-de-24jan2020.pdf>>. Acesso em: 18/11/2022

FUX, L. **Precedentes qualificados**: bibliografia, legislação e jurisprudência temática. Supremo Tribunal Federal. – Brasília : STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2021. eBook (102 p.).

MORAES, A. **Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NUNES, F. M. A. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SARLET, I. W., MARINONI, L. G., MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

STF, Plenário. **Ação Cível Originária** nº 3.396/DF. Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 05.10.2020.

STF, Plenário. **Recurso Extraordinário** nº 1.338.750/SC. Rel. Min. Luiz Fux, DJe 26.10.2021.

TJTO, 1ª Câmara Cível. **Apelação Cível** nº 0009725-36.2021.8.27.2722. Rel. Desa. Jacqueline Adorno, DJe 11.11.2022.

TJTO, 1ª Câmara Cível. **Conflito de Competência** nº 0007228-81.2022.8.27.2700. Rel. Des. Pedro Nelson de Miranda Coutinho, DJe 31.10.2022.

TJTO, 2ª Câmara Cível. **Apelação Cível** nº 0002740-42.2021.8.27.2725. Rel. Des. Eurípedes Lamounier, DJe 04.11.2022.

TOCANTINS. **Lei Estadual nº 1.614, de 04 de outubro de 2005**. Disponível em: <<https://central3.to.gov.br/arquivo/379235/>>. Acesso em: 18/11/2022.

TOCANTINS. **Resolução nº 89, de 17 de maio de 2018**. Palmas, TO, Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2018.

NOVOS CONTORNOS DA TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA: REFLEXÕES SOBRE AS RECENTES ALTERAÇÕES DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA BRASILEIRA

LUCELIA FERREIRA LOPES MAIA:

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins (UniCatólica); Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho pelo Universidade Federal do Tocantins (UFT),

SUZIDARLY RIBEIRO TEIXEIRA FERNANDES⁹⁰

(coautora) ²

RESUMO: O estudo tem por objeto os novos contornos da terceirização trabalhista, instituto que recebeu importantes modificações legislativas e que pressupõe o repasse de atividades de uma para outra empresa, sem que haja vínculo empregatício entre trabalhador e tomador dos serviços. Objetivando compreender o arcabouço normativo e jurisprudencial referente ao tema, realizou-se revisão bibliográfica, com pesquisa descritiva, abrangendo doutrina especializada, legislação e julgados, empregando-se abordagem qualitativa e o método dedutivo nas análises realizadas. A investigação evidenciou que o dever imposto à tomadora dos serviços de fiscalizar a correta prestação dos serviços pela empresa contratada, inclui a observância da legislação trabalhista. Sem prejuízo de novas reflexões, entende-se que é possível afirmar que as recentes alterações legais e jurisprudenciais aplicáveis à terceirização trabalhista acarretaram redução da proteção dos direitos dos empregados terceirizados, na medida em que os casos concretos mostram uma falta de fiscalização, pelo tomador dos serviços, do cumprimento dos direitos trabalhistas básicos dos obreiros.

Palavras-chaves: Trabalho. Terceirização. Fiscalização, Responsabilidade Subsidiária.

ABSTRACT: The study has as its object the new contours of labor outsourcing, an institute that has received important legislative changes and that presupposes the transfer of activities from one company to another, without there being an employment relationship between worker and service taker. Aiming to understand the normative and jurisprudential framework related to the subject, a bibliographic review was carried out, with descriptive research, covering specialized doctrine, legislation and judgments, using a qualitative approach and the deductive method in the analyzes carried out. The investigation showed that the duty imposed on the service taker to supervise the

⁹⁰ Professora do Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho; Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Máster em Direitos Sociais pela Universidad de Castilla-La Mancha (Espanha). Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Universidade do Tocantins (UNITINS). Professora da Escola Paulista de Direito; coautora deste artigo de conclusão de curso.

correct provision of services by the contracted company includes compliance with labor legislation. Without prejudice to further reflections, it is understood that it is possible to affirm that the recent legal and jurisprudential changes applicable to labor outsourcing have led to a reduction in the protection of the rights of outsourced employees, insofar as the concrete cases show a lack of supervision, by the policyholder of the services, compliance with workers' basic labor rights.

Keywords: Job. Outsourcing. Oversight.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Subcontratação no Ordenamento Jurídico 1.1 Generalidades e Contexto Histórico 1.2 Denominações e Insubsistência da Súmula 331 do TST 2. Terceirização em novas roupagens 2.1 Superação da dicotomia atividade-meio x atividade-fim 2.2 Alcance e limites do novo modelo 3. Responsabilidade do Tomador de Serviços 3.1 Responsabilidade contratual e extracontratual 3.2 Terceirização em juízo (julgados selecionados); Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa aborda os novos contornos da terceirização trabalhista brasileira, trazidos por recentes alterações legislativas. Com essa temática, pretende-se traçar reflexões sobre os avanços e os retrocessos das inovações normativas.

Na terceirização, há transferência de serviços de uma empresa (tomadora dos serviços ou contratante) para outra empresa (contratada, terceirizada ou prestadora de serviços), incumbindo a esta a responsabilidade de admitir e gerenciar a mão de obra, disponibilizando-a para a contratante.

Essa transferência visava diminuir a estrutura organizacional da tomadora de serviços para que esta pudesse se concentrar nos objetivos empresariais principais, sendo uma estratégia inicialmente trazida pelas ciências da economia e da administração. Com o passar dos anos, porém, a terceirização tornou-se uma forma de reduzir custos com empregados e de obter maior liberdade na alteração dos prestadores do serviço. Por isso, a terceirização tornou-se um fenômeno de interesse também do Direito do Trabalho.

O fenômeno social estudado neste artigo era regido por leis esparsas, referentes a serviços específicos passíveis de transferência para outra empresa, como ocorria com o trabalho de vigilância em instituições financeiras.

A discussão acerca dos limites da terceirização chegou aos Tribunais Trabalhistas, que tiveram que se debruçar sobre dúvidas acerca de quem e o que poderia ser terceirizado, por quanto tempo e a que título jurídico. O número crescente de demandas judiciais sobre terceirização e o dissenso entre os julgados sobre a matéria compeliram o Tribunal Superior do Trabalho a uniformizar a jurisprudência pátria, editando a Súmula 331 e estabelecendo limites para a transferência de serviços a partir dos conceitos de atividade-meio e atividade-fim.

Embora o mencionado entendimento jurisprudencial tenha pacificado a matéria por alguns anos, certo é que as empresas ansiavam por maior liberdade no repasse de serviços, reivindicado

uma legislação específica. Desse modo, o legislador brasileiro houve por bem editar a Lei nº 13.429/2017, alterando a quase totalidade da Lei nº 6.019/1974, também conhecida como Lei da Terceirização por ser o primeiro diploma normativo a tratar esse fenômeno de forma ampla. Com a nova lei, passou a ser permitida uma transferência ampla de serviços, ainda que se refiram à atividade-fim da tomadora dos serviços. Apesar de objetivar o fim das discussões sobre essa prática empresarial, a alteração legislativa trouxe inquietação e dúvidas.

Desse modo, o estudo mostra-se relevante cientificamente por se debruçar sobre um fenômeno jurídico social recente, que afeta uma elevada parcela da sociedade, e sobre o qual ainda pairam indagações não respondidas.

Nesse panorama, a pesquisa pretende responder a seguinte problemática: É possível afirmar que as recentes alterações legais e jurisprudenciais aplicáveis à terceirização trabalhista acarretaram redução da proteção dos direitos dos empregados? Para responder esse questionamento, o artigo tem como objetivo analisar o arcabouço normativo e jurisprudencial referente à terceirização trabalhista sob a perspectiva da proteção aos direitos dos empregados.

Como contextualização oferecida ao leitor, abordar-se-á a subcontratação no ordenamento jurídico brasileiro. Aspectos como conceituação, origem, evolução e regulamentação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro fazem parte dessa primeira parte do estudo. No capítulo seguinte, o olhar se volta para a terceirização em novas roupagens, para a distinção entre atividade-meio e atividade-fim e a análise do alcance e limites do novo modelo vigente.

Temática recorrente nos processos trabalhistas, a responsabilidade do tomador dos serviços merece especial destaque na medida em que se mostra de grande utilidade prática para os estudiosos e militantes do Direito do Trabalho. Responsabilidade solidária e subsidiária e julgados selecionados integram esse último capítulo. Com o propósito de oferecer um panorama jurisprudencial, serão examinados julgados de tribunais trabalhistas, com ênfase no Tribunal Regional do Trabalho da 10ª região, cuja jurisdição abriga o Distrito Federal e o Estado do Tocantins.

Para o desenvolvimento do estudo procedeu-se à revisão bibliográfica, com pesquisa descritiva, abrangendo doutrina especializada e legislação, empregando-se abordagem qualitativa e o método dedutivo nas análises realizadas. O trabalho procura trazer uma contribuição na área do direito do trabalho, especificamente sobre a terceirização e suas modificações decorrentes de recentes alterações legislativas.

1 SUBCONTRATAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 Generalidades e Contexto Histórico

A Terceirização, Subcontratação ou "*Outsourcing*", é definida como aquisição de produtos ou serviços externos à organização (LANKFORD, 1999 *apud* LEITE, 2008). É o modo de contratação

da força de trabalho em que o empregador não tem relação jurídica direta com o empregado, mas com outro empresário (MOLITOR, 2021).

Quando a empresa possui uma ou mais atividades principais e outras tarefas, consideradas secundárias ou acessórias, a organização busca focar na atribuição que agrega mais valor para a empresa, surgindo a terceirização, com transferência de serviços para uma outra empresa, especializada no mesmo ramo e que poderá executar as funções. Logo, a terceirização pode ser entendida como tudo que não é considerado essencial ao negócio e é confiado a terceiros, tendo como resultado pretendido a diminuição da mão de obra e aumento da produtividade (LEITE, 2008).

A terceirização é conhecida como a “nova” subcontratação, com a desverticalização das atividades dentro das empresas, com foco no produto principal, redução de custos fixos e maior eficiência. Evitam a manutenção de trabalhadores desnecessários na produção do produto principal (LIMA, 2010).

Essa forma de contratação de trabalhadores faz parte da alteração da gestão capitalista, conhecida como *toyotismo*, que surgiu no Japão em 1970, tendo como característica o sistema *just-in-time*, ou seja, produção de produto de acordo com a demanda. Esse sistema fortaleceu uma rede de subcontratação entre empresas, gerando desverticalização (redução de níveis hierárquicos) e terceirização, com intensificação da força de trabalho e utilização de processos de trabalho que atribui ao trabalhador uma diversificação de tarefas (PINTO, 2012; MOLITOR, 2021).

As origens da terceirização vêm do capitalismo industrial, em que se negavam as diferenças entre força de trabalho e o trabalho originado dela, buscando comprar a força de trabalho da mesma forma que compravam a matéria-prima. Nesse sistema de subcontratação, através do trabalho domiciliar no setor têxtil, de metal, de couros, o trabalhador era subcontratado por agentes em comissão ou empregado subcontratador. Esse processo permaneceu até o final do século XIX (DRUCK; OLIVEIRA, 2021). Logo, a subcontratação tem suas origens na própria indústria capitalista, principalmente nos setores têxtil e de vestuário, com realização de trabalhos no próprio domicílio dos trabalhadores, assim como o fornecimento de peças e componentes para as empresas automobilísticas, fábricas e montadoras que impuseram rede complementar de empresas (LIMA, 2010).

Em países como Inglaterra e França, no século XVI, existia disputa entre mercadores e empregadores que pressionavam artesões para se submeterem à subcontratação.

No Brasil, podem ser identificadas as raízes da terceirização no trabalho rural, com contratação de trabalhadores que vêm de diversas regiões do país, aliciados por “gato ou turmeiro” para trabalho sazonal (temporário) nos empreendimentos rurais, sistema no qual que permanece até os dias atuais (DRUCK; OLIVEIRA, 2021), com a contratação de trabalhadores braçais, os conhecidos “boias-frias”, para laborar em fazendas.

Até o final da década de 1980, a subcontratação no Brasil era legalmente restrita a algumas necessidades das empresas, como a substituição de trabalhadores no período de férias e atividade de segurança patrimonial. Segundo Costa (2017), a terceirização no Brasil constitui o principal

mecanismo na redução de custo do trabalho, permitindo a transferência para terceiros as responsabilidades legais da contratação.

A terceirização no setor público brasileiro teve seu primeiro avanço legislativo no período ditadura militar, através do Decreto-Lei nº 200/1967, sobre a organização administrativa da União e introdução da descentralização administrativa, com distanciamento entre o trabalhador e o Estado. A União passou a contratar empresas da iniciativa privada, institucionalizando a triangulação entre tomadora de serviços e trabalhador. Já na iniciativa privada, o início ocorreu no setor bancário, também no período de ditadura militar, através do Decreto-Lei nº 1.034/1969, possibilitando a contratação de vigilantes por meio de empresas especializadas (MAEDA, 2016). Com a Lei nº 7.102/1983, a terceirização de serviços de vigilância bancária foi autorizada de forma permanente (TAVARES; CIRINO; TAVARES, 2014).

Druck (1999) listou os tipos de terceirização: trabalho doméstico ou domiciliar, que é uma subcontratação de trabalhadores autônomos, sem contrato formal; empresas fornecedoras de componentes e peças; serviços de apoio e periféricos; subcontratação de empresas ou trabalhadores autônomos em áreas produtivas ou de manutenção; quarteirização, empresas que geram contratos com as terceiras (*apud* DRUCK; FRANCO, 2008). Contradizendo a um tipo de terceirização listado por Druck (fornecimento de componentes e peças), os autores Marcelino e Cavalcante (2012) argumentam que a terceirização não deve ser confundida com fornecimento de insumos e matérias-primas de uma empresa para outra, isso porque não existe contratação de trabalhadores, mas sim o processo de produção, com divisão capitalista do trabalho entre empresas.

Na subcontratação, segundo Ribas (2010), existe uma relação de dependência do contratado para com o contratante, o que faz o trabalho subcontratado um tipo ambíguo de ocupação, com características de assalariamento, com imposição de produção, mas se assemelhando ao trabalho autônomo em alguns aspectos, pela inexistência de vínculo empregatício com o tomador dos serviços. Assim, o trabalho autônomo é uma forma de subcontratação, mas não de terceirização (MARCELINO; CAVALCANTE, 2012).

A autonomia na prestação de serviços é comumente vista em atividades desenvolvidas por profissionais liberais, como serviços de corretagem, representação comercial, dentistas, médicos, engenheiros e outros. Na doutrina de Aragon (2018), nesses serviços não existe subordinação, ou seja, realização da atividade conforme as ordens do tomador do serviço.

Conforme Costa (2017), a subcontratação aumentou o número de pequenas e médias empresas com baixo poder econômico, tornando mais difícil a sindicalização. Para essa autora, a subcontratação é um “produto de um processo mais amplo de reprivatização ou despolitização das relações de trabalho” (p.121). Ela ainda afirma que a subcontratação é uma forma de o capital flexibilizar o trabalho, gerando precariedade, incerteza e instabilidade.

Na atualidade, como se observou dos autores citados, grande parte da doutrina especializada entende que a terceirização traz impactos significativos na precarização das

condições e relações de trabalho, na redução dos contratos por tempo indeterminado, prejudicando diretamente os trabalhadores e seus dependentes na organização e planejamento da vida pessoal e familiar. Sua adoção generalizada impacta no desemprego (com curta duração dos contratos) e na intensificação do trabalho, em que se trabalha mais com menos trabalhadores, gerando maior vulnerabilidade social (LIMA, 2010).

1.2 Denominações e Insubsistência da Súmula 331 do TST

A Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (BRASIL, 2011), realizando interpretação das normas então vigentes, trazia limitações às hipóteses de terceirização e regulava as responsabilidades da subcontratação (TAVARES; CIRINO; TAVARES, 2014). Ela cristalizou o entendimento dominante nos tribunais trabalhistas do país, e considerava permitida a terceirização de serviços de atividade-meio da tomadora, aquela atividade que não é preponderante para o empreendimento (MATSUMOTO; FONTENELLE, 2021). Segue na íntegra os termos da referida Súmula:

331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).
II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).
III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.
IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.
V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.
VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

(BRASIL, 2011).

De acordo essa Súmula, a terceirização somente seria lícita para as atividades-meio, para aquelas que não tinham relação com o objeto social da empresa, e, por consequência, a terceirização da atividade-fim era considerada ilícita.

A Súmula nº 331 do TST, antes de suas recentes alterações, autorizava a contratação de trabalhadores terceirizados por empresa interposta somente nos casos de trabalho temporário (I). No item II, indicava que a contratação irregular de trabalhadores terceirizados pelos órgãos da administração pública não era suficiente para gerar vínculo empregatício com o Poder Público. O terceiro item autorizava a contratação de trabalhadores terceirizados para serviços de conservação e limpeza, serviços de vigilância e ligados à atividade-meio da empresa tomadora de serviços. E, no item IV, a Súmula ressaltava a responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços, quando a empresa fornecedora de mão de obra não arcava com suas obrigações trabalhistas (FERREIRA, 2019).

A Lei nº 13.429/2017 alterou os dispositivos da Lei nº 6.019/1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas, e traçou regras para as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Ela foi editada em março/2017, um pouco antes da Lei nº 13.467, de julho/2017, que promoveu ampla modificação na legislação trabalhista e é conhecida como Lei da Reforma Trabalhista. Pela proximidade temporal das normas, ambas podem ser consideradas integrantes desse movimento reformista que se abateu sobre a CLT e leis esparsas.

Na Lei nº 13.429/2017, restou autorizada a terceirização da atividade-fim, ao contrário do que dispunha a Súmula 331 do TST. Nesse contexto, a legislação permitiu a contratação de trabalhadores terceirizados para serviços específicos, sem distinção entre atividade-meio e atividade-fim (MAGISTER, s.d.), como dispõe seu Art. 2º, que acrescentou o Art. 4-A à Lei nº 6.019/1974:

Art. 4º-A. Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços.

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante (BRASIL, 1974).

Havendo conflito entre o enunciado da Súmula e a nova Lei, a questão foi submetida ao Supremo Tribunal Federal (STF), que invalidou os trechos da Súmula 331 do TST referentes à vedação da terceirização da atividade-fim do tomador dos serviços. No julgado, fixou-se a seguinte tese: "é lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas

distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante” (MAGISTER, s.d.).

Cumpra notar que, conquanto tenha permitido uma terceirização ampliada, a nova norma também deixou expressa a existência da responsabilidade entre as empresas contratantes, significando que se a prestadora de serviços não conseguir pagar o que é devido, a tomadora será responsabilizada (RBA, 2022).

O item I da Súmula 331 do TST não mais subsiste após o STF declarar legal a contratação de empresa terceirizada por qualquer empresa, sem distinção do serviço contratado, se é uma atividade-fim ou outra atividade instrumental. O item II, aplicável à administração pública, refere-se a uma contratação “irregular” pelo ente público, ou seja, um trabalhador que, embora atenda a todos os requisitos para ter reconhecido o vínculo empregatício, não se submete a um concurso público, formalidade essencial para a admissão na Administração Pública direta, indireta ou fundacional, conforme exigência constitucional (art. 37, II, da CF/1988).

No tópico III da supramencionada Súmula, a disposição de que “não forma vínculo de emprego [...] desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta” foi atingida pela Lei da Terceirização, que afastou a existência do vínculo de emprego entre o trabalhador e o tomador dos serviços. Na disciplina anterior, se houvesse escolha de um trabalhador ao invés do outro, devido às características pessoais do primeiro, isso configuraria uma relação de pessoalidade com o tomador e, conseqüentemente, poderia haver reconhecimento da relação de emprego com aquele trabalhador (RIGOLIN, 2018).

Em seu item IV, a Súmula 331 do TST traz a possibilidade de se atribuir uma responsabilidade subsidiária do tomador de serviço, quando se aceita o pedido do terceirizado reclamado de denúncia à lide do tomador, que passa a ser réu da ação ou reclamado (RIGOLIN, 2018).

A análise supra permitiu verificar que, diante da Lei nº 13.429/2017, não mais subsistem os termos da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, sendo oportuno ressaltar que a nova lei entrou em vigor somente em 31/03/2017. É dizer, antes de sua vigência, nada impede a aplicação do entendimento jurisprudencial consolidado na citada Súmula.

2 TERCEIRIZAÇÃO EM NOVAS ROUPAGENS

2.1 Superação da dicotomia atividade-meio x atividade-fim

A terceirização de atividade-fim diz respeito aos serviços subcontratados que se inserem na atividade principal do tomador, como a substituição de pessoal regular e permanente. A transferência da atividade-meio ocorre quando a exteriorização de mão de obra incide em serviços de apoio à atividade principal, podendo ser citado o serviço de vigilância (FEIJÓ, 2011).

No ano de 1998, o presidente Fernando Henrique Cardoso apresentou ao Congresso Nacional o projeto de lei que autorizava a terceirização na atividade-fim. Em 2003, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva requereu a retirada do projeto e este perdeu a sua força. A partir de 2014,

o STF passou a ser fórum de discussão da questão e, em 2018, o Supremo desconstruiu a baliza hermenêutica contida na jurisprudência consolidada pelo TST, com tese aprovada de que é “lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada” (GRILLO; CARELLI, 2021). No entendimento do STF, a terceirização na atividade-fim estimula o aumento do número de postos de trabalho, reduzindo custos do produto ao consumidor final, o que ajudaria no crescimento da economia (REIS, 2019).

Os ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cármen Lúcia, que votaram positivamente a mencionada tese, tiveram seus argumentos orientados para o sentido de que não existe delimitação jurídica para a diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim, considerando também que a Constituição Federal atual não traz proibições para a subcontratação. Já o ministro Marco Aurélio Mello, que votou contra, argumentou que essa forma de contratação compromete direitos e garantias trabalhistas, existindo “tratamento inferior, a desigualdade, a rotatividade, a diminuição da capacidade de organização e reivindicação, as menores remunerações” (DUTRA, MATOS, 2019).

A partir da Lei nº 13.429/17, o ordenamento jurídico expressamente autorizou a terceirização de mão de obra para atividade-fim, com possibilidade de redução e exoneração de encargos trabalhistas. Abriu-se espaço para a demissão de trabalhadores contratados diretamente pelo tomador de serviços e readmissão posterior, com o intuito de descaracterizar o vínculo de emprego. Os legisladores tentaram implementar uma realidade social e legislativa diferente, mas não houve a consideração dos danos às pessoas menos favorecidas da sociedade. Algumas alterações vieram silenciosas, quase não notadas. Na Sumula 331 do TST, era permitida somente o repasse da atividade-meio, sendo considerada fraudulenta a transferência da atividade-fim (FRANZO; RIGOLDI; MACHADO, 2020). Vigorava o entendimento de que a CLT pregava uma relação direta entre o tomador e o prestador dos serviços, como prevê seu art. 3º ao trazer a regra de que é “empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário” (BRASIL, 1943).

No entendimento de Ferreira (2019), ao analisar art. 3º da CLT, a legislação traz a cumulação dos requisitos de pessoalidade (pessoa específica que deve realizar o trabalho), onerosidade (retribuição pecuniária), não eventualidade (contrato de duração), subordinação (poderes do empregador, de forma diretiva hierárquica e disciplinar sobre o empregado). A conjugação desses elementos conduziria ao reconhecimento da relação de emprego, existindo responsabilidades jurídicas e trabalhistas nessa relação.

A nova Lei foi aprovada, trazendo ao mundo jurídico brasileiro a permissão para um amplo e irrestrito o repasse da atividade-fim de uma empresa, com o deslocamento de um trabalhador protegido pelas leis trabalhista para um campo desconhecido, que é a mão de obra terceirizada. Na novel realidade, ocorre um distanciamento entre trabalhador e empresa tomadora de serviços, tornando mais difícil a responsabilização desta (FRANZO; RIGOLDI; MACHADO, 2020).

Como mencionado, disciplina anterior impunha limitações para o repasse da atividade-fim da empresa tomadora dos serviços. Como exemplo, pode ser pensado o trabalho do professor numa escola. Antes da alteração legislativa, a instituição de ensino não poderia terceirizar essa mão de obra, por ser sua atividade principal. Atualmente, com a superação da dicotomia entre atividade-meio e atividade-fim, nada obsta que se tenha uma escola com nenhum professor empregado.

2.2 Alcance e limites do novo modelo

A ordem constitucional e o arcabouço legal vigentes impõem limites à terceirização. Na análise desses limites, a doutrina trabalhista distingue a terceirização lícita da terceirização ilícita. A lícita obedece aos preceitos legais relacionados aos direitos dos trabalhadores, de forma que não ocorra fraude e não os distancie da relação de emprego. Já a terceirização ilícita está relacionada a locação permanente de mão de obra, o que pode gerar fraude e prejuízo aos trabalhadores (MARTINS, 2017 *apud* CORRÊA, 2018).

A falta de Lei que fixe os limites e alcance da terceirização traz insegurança jurídica, devido à inexistência de parâmetros objetivos e claros para delimitar os contornos da atividade-fim, dependendo sempre do modo de organização empresarial e, mesmo com a promulgação da nova Lei nº 13.429/17, não se alcançou os objetivos de segurança jurídica, por causa da omissão em alguns casos (SIMON; BRAGHINI, 2019).

A Lei nº 13.429/2017 e, posteriormente, a Lei nº 13.467/2017 alteraram as normas sobre trabalho temporário e regulamentaram as relações trabalhistas envolvendo os serviços terceirizados. A seguir, faz-se a análise dessa nova regulamentação, constante na Lei nº 6.019/1974, com as alterações trazidas pelas citadas Leis.

Segundo o Art. 2º da Lei 6.019/1974, chama-se trabalho temporário aquele realizado em substituição transitória de pessoal permanente ou de atividades complementar de serviços, sendo proibida a substituição de trabalhadores em greve (§1º). A empresa deve ser cadastrada no Ministério do Trabalho, com CNPJ registrado na Junta Comercial e capital igual ou superior a R\$100 mil (BRASIL, 1974).

A referida Lei estabelece critérios de distinção entre terceirização e trabalho temporário. A terceirização diz respeito à prestação de determinados serviços por empresas especializadas. Já no trabalho temporário, existe o fornecimento de mão de obra à tomadora de serviços por meio de empresa de trabalho temporário, nas hipóteses admitidas pelo sistema jurídico (SIMÕES; FIOR, 2020).

Na disciplina do Art. 9º da citada norma, o contrato entre empresa de trabalho temporário e tomadora de serviços deverá ser por escrito, contendo:

- I - Qualificação das partes;
- II - Motivo justificador da demanda de trabalho temporário;
- III - prazo da prestação de serviços;

IV - Valor da prestação de serviços;

V - Disposições sobre a segurança e a saúde do trabalhador, independentemente do local de realização do trabalho (BRASIL, 1974).

De acordo Art. 9º, § 1º e § 2º, da Lei nº 6.019/1974, a empresa contratante precisa garantir nas dependências ou no local de trabalho as mesmas condições de segurança, higiene e salubridade aos trabalhadores. A empresa de trabalho temporário deverá, ainda, assegurar aos trabalhadores contratados o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, quando o trabalho for executado nas dependências da tomadora. No §3º, estabelece-se que o contrato temporário pode versar sobre atividades-meio e atividades-fim em empresa tomadora de serviços (BRASIL, 1974).

Em relação à terceirização, e de acordo o Art. 4º-A, § 2º, da referida Lei, não há vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços e a empresa contratante, independentemente do ramo de atividade. A empresa de prestação de serviços a terceiros precisa cumprir alguns requisitos para funcionamento, como ter CNPJ inscrito na Junta Comercial e capital social compatível com o número de empregados, em que empresa com até dez funcionários precisa ter capital mínimo de R\$ 10.000,00; de dez a vinte funcionários, o capital de R\$ 25.000,00; de vinte até cinquenta, o capital mínimo de R\$ 45.000,00 e, mais de cem funcionários capital mínimo de R\$250.000,00 (BRASIL, 1974).

Antes da Lei de 2017, não existiam exigências de que a empresa tomadora de serviços comprovasse capital mínimo, o que determinará a responsabilidade dos sócios perante credores e terceiros (MAURÍCIO; SCHORRO, 2017).

Com o objetivo de evitar dúvidas a respeito do limite e alcance da terceirização no Brasil, a Lei nº 13.467/2017 trouxe novas alterações para a Lei nº 6.019/1974, dando nova redação ao seu Art. 4-A, que dispõe, *in verbis*.

Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução (BRASIL, 2017).

Percebe-se a intenção legislativa em autorizar a terceirização na atividade principal do contratante (tomador dos serviços) (CORRÊA, 2018).

A Lei nº 6.019/1974, Art. 4º-A, §1º, ao dispor que “a empresa prestadora de serviços contrata, [...], ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços”, abre espaço para uma ‘quarteirização’ de serviços, ou seja, a execução de serviços por uma segunda empresa terceirizada (BRASIL, 1974).

Entende-se que esse novo Art. 4-A deve ser analisado de forma restritiva, observando graus de restrições legais e constitucionais sobre a terceirização da atividade-fim das empresas tomadoras de serviços. A quarteirização poderá ser possível, sem violar o ordenamento pátrio jurídico, no caso da necessidade de um serviço mais especializado do que o terceirizado, sendo uma especialização incluída na outra (SILVA, 2017 *apud* CORRÊA, 2018).

O parágrafo 1º do citado Art. 4º-A define que a empresa prestadora de serviços a terceiros como pessoa jurídica de direito privado que “contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores [...]”, deixando claro que, na contratação dos empregados, a prestadora de serviços tem o comando da direção sobre os funcionários, estando estes submetidos ao seu poder de mando e gestão. Ela é a empregadora, mesmo que o local de trabalho seja nas dependências da tomadora de serviços ou em outro local determinado para execução de serviços (SILVA, 2017 *apud* CORRÊA, 2018).

Ainda para buscar segurança jurídica para os envolvidos, evitando que sejam dispensados e contratados por terceirizados, é vedada a recontração de ex-empregado pela mesma empresa prestadora de serviço pelo prazo de dezoito meses a partir da sua demissão, de acordo com o Art. 5º-D da mencionada Lei (BRASIL, 2017).

As oposições ao novo modelo decorrem da constatação de que os profissionais terceirizados recebem salários menores do que os empregados contratados diretamente pela instituição tomadora de serviços, visto que a prestadora de serviços não repassará aos terceirizados o valor integral firmado com o tomador, pois estão envolvidos lucros do prestador, impostos e outros (PINTO; FERREIRA, 2021). Aliás, o aumento da terceirização tem gerado preocupações em relação à proteção ao trabalhador, devido à precarização das condições de trabalho e uma possível elevação do trabalho análogo ao escravo (SAKAMOTO, 2022).

Percebe-se que houve mudanças significativas na terceirização, mas ainda será necessário avaliar as repercussões sociais dessa nova sistemática, de modo a assegurar a proteção aos trabalhadores e a segurança jurídica dos envolvidos nas negociações de trabalho terceirizado.

3 RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DE SERVIÇOS

3.1 Responsabilidade contratual e extracontratual

O tomador de serviços na terceirização é aquele que contrata empresa para intermediar a prestação de laboral e disponibilizar a mão de obra para o cliente. A relação de emprego é estabelecida com a empresa prestadora de serviço (PINTO, 2004).

A professora Maria Helena Diniz define a responsabilidade civil como “a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano causado a terceiros, seja de atos praticados por ela mesma, por quem ela responde ou a ela pertencente ou por imposição legal” (DINIZ, 2003, p. 34).

A responsabilidade civil contratual acontece no caso em que as obrigações presentes no contrato não foram cumpridas por uma das partes. Está prevista no Art. 389 do Código Civil (CC),

que determina que o devedor deve responder por danos e perdas, considerando acréscimos de juros e correção monetária, segundo os índices oficiais, juros e honorários advocatícios (BRASIL, 2002). Já na extracontratual, não existe vínculo contratual, no entanto, existe vínculo legal, com base em obrigações derivadas da lei ou do ordenamento jurídico, em que o descumprimento do dever legal, ocasiona dano a uma das partes envolvidas. Essas responsabilidades estão fundamentadas no Art. 186 do Código Civil, cujo texto segue abaixo.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (BRASIL, 2002).

Percebe-se que a responsabilidade contratual existe em razão de um contrato que vincula as partes, e a extracontratual, a partir de um descumprimento de dever legal. Nesse sentido, José Affonso Dallegre Neto ensina que a responsabilidade civil extracontratual é:

[...] conhecida como aquiliana, tem-se aquela decorrente de violação dever geral previsto em ou lei ou na ordem jurídica; é o ato ilícito que, por si só, dá origem à relação jurídica obrigacional, criando para o causador do dano, o dever de indenizar a vítima. Ao revés, a chamada responsabilidade civil contratual é aquela proveniente de um contrato mantido previamente entre as partes (ofensor e vítima), a qual pode se manifestar de forma objetiva (sem culpa) quando o dano do empregado decorrer da simples, regular e ordinária execução do contrato de trabalho (risco assumido) ou, como geralmente sucede, de forma culposa, em face da inexecução de obrigação principal ou secundária ou de um dever anexo de conduta [...] (DALLEGRAVE, 2005, p.78 e 79).

Nesse contexto, a responsabilidade do tomador de serviço se torna extracontratual, devido a não observância de um dever geral de cautela (ROSSATTI; LIMA, 2016). Vólia Bomfim Cassar leciona que:

[...] o empregador que sonega direitos trabalhistas de seu empregado comete ato ilícito, e o tomador dos serviços abusa do direito de terceirizar, pois deveria fiscalizar o cumprimento do contrato e escolher melhor as empresas intermediadoras de mão de obra (CASSAR, 2014, p. 508).

Assim, o tomador de serviço pode ser responsabilizado por não fiscalizar o contrato (*culpa in vigilando*) e por não saber escolher prestadora de serviço (*culpa in contrahendo*), de acordo Art.186, 187 e 927 do Código Civil (ROSSATTI; LIMA, 2016).

O contrato entre empresa tomadora de serviços e empresa prestadora de serviços deverá ser escrito, de acordo com o Art. 5º-B, inciso I a IV, Lei nº 6.019/1974, e com descrições das qualificações das partes, especificação do serviço a ser prestado, prazo para a realização dos serviços, caso for necessário, e valor (BRASIL, 1974).

Os empregados da prestadora de serviços, de acordo Art. 4º-C da citada Lei, devem ter as mesmas garantias, direitos e condições de trabalho dos empregados da contratante, como alimentação em refeitórios, serviços de transporte, atendimento médico ou ambulatorial, treinamento adequado fornecido pela contratada, proteção à saúde e segurança do trabalho e instalações adequadas para a prestação do serviço. Ainda, de acordo entendimento entre contratante e contratada, podem ser estabelecidos que os funcionários da contratada recebam salários e outros direitos equivalentes ao pago aos empregados da contratante. Na mobilização de empregados da contratada, com número igual ou superior a 20% dos empregados da contratante, esta poderá oferecer serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outro local, mantendo o mesmo padrão de atendimento (BRASIL, 1974).

A empresa tomadora de serviços será responsabilizada subsidiariamente pelos valores e direitos trabalhistas, caso a prestadora de serviços não cumpra com suas responsabilidades perante o empregado, de acordo com o Art. 5º-A, §5º, da Lei nº 6.019/1974 (BRASIL, 1974). Isso porque, a tomadora de serviços tem o dever de fiscalizar as obrigações trabalhistas da empresa terceirizada. Logo, o trabalhador que se sentir prejudicado poderá recorrer à Justiça do trabalho, caso a devedora principal (prestadora de serviços) não cumpra suas obrigações, devendo então a tomadora de serviço arcar os valores devidos de forma subsidiária. Por isso, é importante que a tomadora de serviços fiscalize a empresa prestadora de serviços, e ainda tenha um contrato bem estruturado da prestação de serviços, para que haja uma possibilidade de requerer os gastos com débitos trabalhistas que fora condenada a pagar.

Na responsabilidade solidária, tanto o tomador quanto a empresa prestadora dos serviços, ambos respondem conjuntamente. Como exemplo, tem-se eventos relacionados à falta de segurança no trabalho e conseqüentemente a ocorrência de acidentes laboral, em que as duas empresas devem ser responsabilizadas. (MAYER; SCHORR; LOCATELLI, 2019).

De acordo o Art. 264 do Código Civil, existe solidariedade “quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”. A solidariedade não pode ser presumida, mas “resulta da lei ou da vontade das partes” (BRASIL, 2002). Já na responsabilidade subsidiária, existe uma ordem a ser observada para cobrança de dívida, em que o devedor secundário só pode ser acionado após a dívida ser cobrada do devedor principal (LEITE, 2021).

3.2 Terceirização em juízo (julgados selecionados)

A aplicação da norma em casos práticos revela o alcance da norma e suas particularidades. Por isso, seguem alguns julgados que versam sobre a responsabilização do tomador dos serviços terceirizados, cuja análise contribuirá para o estudo.

Em julgado da Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho 10º Região (TRT10), foi reconhecida a responsabilidade subsidiária do tomador de serviço. Embora a segunda reclamada tenha afirmado que era apenas cliente da primeira reclamada, houve sua condenação, com base também na nova legislação, como se observa dos fundamentos abaixo transcritos:

A responsabilidade subsidiária do Tomador de Serviços, empresa de construção civil, está amparada não somente na jurisprudência sumulada do TST, fonte do Direito do Trabalho, a teor do art. 8º da CLT, mas também na legislação positiva (art. 455 da CLT e art. 5º-A da Lei nº 13.429/2017).

Incontroverso, por diversos outros Processos, já julgados, a exemplo do Processo 0000703-55.2018.5.10.0111 e 0000680-12.2018.5.10.0111 que a prestação dos serviços, especialmente aqueles que trabalharam em Uberlândia, se deu única e exclusivamente em prol da segunda reclamada, não podendo este Juízo adotar julgamento diverso para a mesma situação fática, à luz dos Princípios da Unidade de Juízo e Convicção. (...)

Declaro a responsabilidade subsidiária da 2ª reclamada, para responder subsidiariamente para responder pelas obrigações inadimplidas pela 1ª reclamada, a teor dos itens IV, V e VI da Súmula 331 do C. TST, art. 455 da CLT e art. 5º-A da Lei nº 13.429/2017, exceto quanto à obrigação de anotar a CTPS, assegurado o benefício de ordem em relação ao patrimônio da 1ª reclamada. Defere-se o item " 3 ", " caput ", no particular" (id. 24D7c93). (TRT 10º Região, Primeira Turma, RO nº 0000686-19.2018.5.10.0111, Rel. Desembargador Dorival Borges, acórdão publicado em 09/03/2019).

Em outro caso julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho 10º Região (TRT10), houve a condenação subsidiária da segunda reclamada (tomadora de serviços) ao pagamento de valores devidos ao trabalhador, sendo afastado, inclusive, o solicitado benefício de ordem, conforme ementa abaixo.

TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR. RESCISÃO INDIRETA. A jurisprudência pacificada no col. TST quanto à responsabilização subsidiária do tomador de serviços subsiste mesmo após o julgamento do RE nº 958252 pelo ex. Supremo Tribunal Federal. Assim, incontroverso o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empregadora, devida a condenação subsidiária do tomador por todas as parcelas objeto da condenação (Súmula nº 331, IV, do TST). (...) **RESPONSÁVEL SUBSIDIÁRIO. BENEFÍCIO DE ORDEM.** Nos termos do Verbete nº 37 do TRT10: "Frustradas as medidas constritivas contra a devedora principal, é lícito o redirecionamento da execução contra a devedora subsidiária, independentemente de tentativa expropriatória em relação aos sócios da empregadora". (TRT da 10ª Região, Terceira Turma, RO nº 0000025-39.2021.5.10.0821, Rel. Desembargador Ricardo Alencar Machado, acórdão publicado em 06/06/2022).

Em primeiro grau, a magistrada que prolatou a decisão, Juíza do Trabalho Regina Célia Oliveira Serrano, destacou o reconhecimento da culpa in vigilando da contratante, que não

fiscalizou o cumprimento dos direitos trabalhistas dos empregados terceirizados. Segue fragmento da decisão primária.

(...). E, ainda que assim não fosse, a condenação subsidiária decorre da culpa *in vigilando*, prevista nos artigos 186 e 927, parágrafo único, do Código Civil vigente, aplicado subsidiariamente por força da disposição contida no parágrafo único do artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, sendo claramente visualizada nos autos, pois sequer havia controle dos empregados que atuavam em seu benefício, não fazendo qualquer fiscalização relativa ao adimplemento das obrigações trabalhistas. (...)

Outrossim, no sentido de persistir a responsabilidade subsidiária quanto aos empregados terceirizados, a decisão do STF na ADPF 234 assim orienta, no item 4 da ementa: "Para evitar tal exercício abusivo, os princípios que amparam a constitucionalidade da terceirização devem ser compatibilizados com as normas constitucionais de tutela do trabalhador, cabendo à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias". Dessa forma, entendo cabível a declaração de responsabilidade subsidiária (...).

Como se nota no julgado acima, a parte questionou a constitucionalidade da norma que prevê a responsabilidade do tomador dos serviços. Ao enfrentar a matéria, o STF reconheceu que é constitucional essa responsabilização ao julgar o RE 958.252 e a ADPF 324, trazendo as teses de que é lícita a terceirização e que deve ser mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante, competindo a esta verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada.

Percebe-se que a tomadora de serviços teve reconhecida sua responsabilidade subsidiária, devendo arcar com o pagamento de verbas aos empregados da prestadora de serviços. No acima indicado caso concreto, os trabalhadores estavam desamparados, sem acesso ao seguro-desemprego e sem poder realizar o saque do FGTS. A tomadora de serviços, porém, ficou isenta das obrigações personalíssimas, como assinatura da Carteira de Trabalho e Previdência Social e entrega de guias, visto que estas só podem ser realizada pelo próprio empregador (prestadora). Pode-se evidenciar nessa análise que a tomadora de serviços não tinha um controle dos empregados que atuavam em seu benefício e não realizava a fiscalização das obrigações trabalhistas, motivo pelo qual foi reconhecida sua culpa *in vigilando*, prevista nos artigos 186 e 927, parágrafo único, do Código Civil vigente.

Corroborando com os demais julgados, vale mencionar a decisão pela Segunda Turma do TRT10 nos autos do Recurso Ordinário nº 0001773 21.2015.5.10.0012. A demanda envolvia o pagamento de verbas trabalhistas a uma Operadora de Caixa e fora movida em desfavor de Empresa Comercial de Cosméticos (prestadora de serviços), com pedido de reconhecimento da responsabilidade subsidiária de Instituição Bancária (tomadora de serviços) que fora beneficiada

com os serviços da reclamante. Insatisfeita com a sentença condenatória, a Instituição Bancária recorreu da decisão, alegando ilegitimidade passiva e, no mérito, afirmando não existir terceirização, argumentação não provida pelos Desembargadores, sob a seguinte fundamentação:

Inicialmente cumpre afirmar que o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador implica responsabilização subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que tenha participado da relação processual e conste do título executivo, nos termos da Súmula TST/331, item IV. Isso decorre da culpa do contratante quanto à vigilância e à fiscalização das obrigações da contratada em relação aos seus empregados.

No caso, restou incontroverso que a reclamante se ativava em favor do recorrente na prestação de serviços no BRB Conveniência, em razão de contrato de correspondência bancária firmado entre os reclamados (fls. 92 e seguintes). Logo, evidenciada a terceirização dos serviços.

Assim, correta a decisão de origem que responsabilizou o BRB de forma subsidiária pelo pagamento das parcelas deferidas à autora. Nego provimento. (TRT da 10ª Região, Segunda Turma, RO nº 001773 21.2015.5.10.0012, Rel. Desembargadora Elke Doris Just, acórdão publicado em 18/12/2018).

O caso *sub judice* também evidenciou que a tomadora de serviços não agiu com acuidade perante o encargo de realizar a fiscalização das atividades da prestadora de serviços, como faz previsão a Súmula 331, item IV do TST. Ficou evidente que não houve a devida observância aos direitos trabalhistas da empregada e, tendo em vista que se beneficiou da força de trabalho da obreira, a tomadora foi condenada subsidiariamente ao pagamento das verbas devidas à reclamante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A terceirização de serviços, mesmo com aprovação de leis e regulamentações, não deixa de ser um tema polêmico pois envolve não só a liberdade econômica e organizacional das empresas, mas, sobretudo, abrange as repercussões jurídicas e sociais daqueles que laboram em favor de outrem.

É possível dizer que os trabalhadores de empresas terceirizadas são a parte mais fraca na contratação entre empresas tomadoras de serviços e prestadoras de serviços, pois está sujeito a uma maior precarização de seu posto de trabalho. Avanços legislativos devem estar alinhados com os princípios basilares do Direito do Trabalho, dentre eles o princípio da proteção ao hipossuficiente.

Mesmo no vigente modelo de terceirização, amplo e irrestrito, é possível aplicá-lo de modo responsável socialmente, procurando conhecer a prestadora de serviços, quais as condições de trabalho oferecidas aos seus empregados, e a idoneidade financeira da contratada. Além disso, a empresa tomadora deve fiscalizar o cumprimento da legislação trabalhista.

Salários dignos, condições adequadas e salubres para a prestação de serviços, proteção contra atentados à vida e saúde dos trabalhadores, isso é o mínimo que se espera a todo trabalhador, incluídos os que prestam serviços por meio de empresa terceirizada.

Pelo grande número de demandas questionando a terceirização, verifica-se que ainda existem muitos trabalhadores desamparados pelas empresas, sendo necessário cumprir o que já está garantido em legislação, ainda que esta seja passível de críticas e, no futuro, possa receber aperfeiçoamento.

Reconhecendo a limitação do presente estudo, e sem prejuízo de novas pesquisas, entende-se que é possível afirmar que as recentes alterações legais e jurisprudenciais aplicáveis à terceirização trabalhista acarretaram redução da proteção dos direitos dos empregados terceirizados, na medida em que os casos concretos mostram uma falta de fiscalização, pelo tomador dos serviços, do cumprimento dos direitos trabalhistas básicos do obreiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 28 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.019**, de 03 de janeiro de 1974. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Acesso em: 02 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.429**, de 31 de março de 2017. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13429.htm. Acesso em: 18 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.467**, de 13 de julho de 2017. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 02 jun. 2022.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 09 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331**. Disponível em:
https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331. Acesso em: 18 maio 2022.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (Primeira Turma). Acórdão. **Processo nº 0000686-19.2018.5.10.0111**. Relator Desembargador Dorival Borges. DF, 24/02/2019. Jusbrasil, 2019. Disponível em: <https://trt-10.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1138341097/recurso-ordinario-ro-6861920185100111-df/inteiro-teor-1138341116>. Acesso em: 09 jun 2022.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (Segunda Turma). Acórdão. **Processo nº 0001773-21.2015.5.10.0012**. Relatora Desembargadora Elke Doris Just. DF, 18/12/2018. Disponível em: <https://pje.trt10.jus.br/jurisprudencia/jsf/index.jsf>

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (Terceira Turma). Acórdão. **Processo nº 0000025-39.2021.5.10.0821**. Relator Desembargador Ricardo Alencar Machado. DF, 01/06/2022. Disponível em: <https://pje.trt10.jus.br/jurisprudencia/jsf/index.jsf>. Acesso em: 09 jun 2022.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. Ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2014.

CORRÊA, R. R. **Atividades passíveis de terceirização na iniciativa privada à luz da Lei nº 13.429/2017 e Lei nº 13.467/2017**. 2018. 74 p. Monografia (Direito) - Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2018.

COSTA, Márcia da Silva. Terceirização no Brasil: velhos dilemas e a necessidade de uma ordem mais includente. **Cadernos Ebape. Br**, v. 15, nº 1, p. 115-131, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cebape/a/BCqMZr68NZ58zN8B7h8Kg5b/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 17 maio 2022.

DALLEGRAVE, Neto José Affonso. Responsabilidade civil no direito do trabalho: dano moral e material, acidente e doença do trabalho, dano pré e pós contratual, responsabilidade subjetiva e objetiva, dano causado pelo empregado, assédio moral e sexual. São Paulo: LTr, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7.

DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia. A Terceirização no Brasil: velho e novo fenômeno. **Laboreal**, v. 4, nº2, 2008. Disponível em: <https://journals.openedition.org/laboreal/11413>. Acesso em: 17 maio 2022.

DRUCK, Graça; OLIVEIRA, Isabela Fadul de. O debate conceitual sobre terceirização: uma abordagem interdisciplinar. **Caderno CRH**, v. 34, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.9771/ccrh.v34i0.45309>. Acesso em: 17 maio 2022.

DUTRA, Renata Queiroz; MATOS, Bianca Silva. A terceirização, o STF e o estado de exceção. **Teoria jurídica contemporânea**, p. 225-249, 2019.

FEIJÓ, Diego de Vargas. **Critérios de distinção entre atividade-fim e atividade-meio para fins de terceirização**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de direito. Departamento de direito econômico e do trabalho. Porto Alegre, 2011.

FERREIRA, Danilo Felício. Terceirização e suas implicações na administração pública. **Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros**, Ano X, v. X, nº 39, p. 67-91, 2019.

FRANZO, Lucas; RIGOLDI, Vivianne; MACHADO, Edinilson Donisete. A (in)constitucionalidade da terceirização de atividade-fim por meio de cooperativas e as implicações na relação de trabalho. **Revista Em Tempo**, [S.l.], v. 19, n. 1, aug. 2020. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3101>. Acesso em: 10 nov. 2022.

GRILLO, Sayonara; CARELLI, Rodrigo. Respostas judiciais à terceirização: debates e tendências recentes. **Caderno CRH**, v. 34, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.9771/ccrh.v34i0.45335>. Acesso em: 10 nov. 2022.

LEITE, Cesar Eduardo; DE AGOSTO, Faculdades XV. **A Terceirização de Serviços e suas Implicações**. 2008. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Cesar-Leite-2/publication/283852374_A_Terceirizacao_de_Servicos_e_suas_Implicacoes/links/56486baa08ae9f9c13eb545e/A-Terceirizacao-de-Servicos-e-suas-Implicacoes.pdf. Acesso em: 17 maio 2022.

LEITE, M. de P. TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL: o embate entre sindicatos e patronato. **Caderno CRH**, [S. l.], v. 34, p. e021036, 2021. DOI: 10.9771/ccrh.v34i0.44951. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/crh/article/view/44951>. Acesso em: 11 nov. 2022.

LIMA, Jacob Carlos. A terceirização e os trabalhadores: revisitando algumas questões. **Cadernos de Psicologia Social do Trabalho**, v. 13, nº 1, p. 17-26, 2010. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/cpst/article/view/25735/27468>. Acesso em: 17 maio 2022.

MAEDA, Patrícia. Terceirização no Brasil: histórico e perspectivas. **Terceirização no Brasil: histórico e perspectivas**, 2016. Disponível em: https://juslaboris-hml.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/103358/2016_maeda_patricia_terceirizacao_brasil.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 17 maio 2022.

MAGISTER, Lex. Licitude da terceirização da atividade-fim: impactos no âmbito previdenciário. Disponível em: <https://www.pinheironeto.com.br/imprensa/licitude-da-terceirizacao-da-atividade-fim-impactos-no-ambito-previdenciario>. Acesso em: 18 maio 2022.

MARCELINO, Paula; CAVALCANTE, Sávio. Por uma definição de terceirização. **Caderno crh**, v. 25, p. 331-346, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-49792012000200010>. Acesso em: 17 maio 2022.

MATSUMOTO, Jorge Gonzaga; FONTENELLE, Christiana. A evolução legal e jurisprudencial sobre a terceirização da mão de obra. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/sumula-331-do-tst-terceirizacao-19102021>. Acesso em: 18 maio 2022.

MAURÍCIO, M. S.; SCHORRO, H. S. E. **A Lei 13.429/2017 (terceirização) e seus reflexos no direito do trabalho**. Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. 2017. Disponível em: https://juslaboris-hml.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/145992/2017_mauricio_maysa_lei13429.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 01 jun. 2022.

MAYER, Eric Luís Silva; SCHORR, Janaína Soares; LOCATELLI, José Henrique Pires. A regulamentação da terceirização trabalhista e os limites da responsabilidade subsidiária: uma análise a partir da Lei nº 13.429/17. **JURIS-Revista da Faculdade de Direito**, v. 29, nº 2, p. 115-142, 2019.

MOLITOR, Thamiris Evaristo. Terceirização: O fenômeno da subcontratação através da crítica marxista da forma jurídica. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 8, nº 3, p. 283-304, 2021. Disponível em: <http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/478/293>. Acesso em: 17 maio 2022.

PINTO, Geraldo Augusto. O Toyotismo e a mercantilização do trabalho na indústria automotiva do Brasil. **Caderno CRH**, v. 25, nº 66, p. 535-552, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-49792012000300010>. Acesso em: 17 maio 2022.

PINTO, Catiane Janjob Souza; FERREIRA, Abrahan Lincoln. **Terceirização trabalhista: Cenário pós-reforma**. TCC-Direito, 2021 – UNIVAG: Centro Universitário, p. 1-10, 2021.

PINTO, Maria Cecília Alves. Terceirização de serviços - responsabilidade do tomador. **Rev. Trib. Reg. Trab.** 3ª Reg., Belo Horizonte, v.39, nº69, p.123-146, 2004.

REIS, Fabiane Nogueira. Terceirização e reforma trabalhista: possibilidade de cláusula de instrumento coletivo restringir a terceirização. **Rev. Trib. Reg. Trab.** 3ª Reg., Belo Horizonte, v. 65, nº 99, p. 191-226, jan./jun. 2019.

RIBAS, Clarilton Edzard Davoine Cardoso. Subcontratação: relações de trabalho rumo ao Século XIX. **Tempos Históricos**, v. 14, nº 1, p. 34-52, 2010. Disponível em: <https://saber.unioeste.br/index.php/temposhistoricos/article/view/5158/3839>. Acesso em: 17 maio 2022.

RBA – Rede Brasil Atual. **Depois de Supremo liberar terceirização irrestrita, TST tenta uniformizar decisões**. 2022. Disponível em: <https://www.cut.org.br/noticias/depois-de-supremo-liberar-terceirizacao-irrestrita-tst-tenta-uniformizar-decisoe-a6d2>. Acesso em: 18 maio 2022.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Terceirização. **O que restou da infeliz súmula TST N° 331?** 2018. Disponível em: <http://www.acopesp.org.br/admin/assets/arquivos/6f5a3f62239996f67735b351524cb36c.pdf>. Acesso em: 18 maio 2022.

ROSSATTI, Maria Aparecida Ferreira; LIMA, Kewri Rebeschine de. Responsabilidades por créditos trabalhistas na terceirização no tocante a entes integrantes da administração pública direta e indireta. **UNIVAG**, 2016. Disponível em: <http://repositoriodigital.univag.com.br/index.php/rep/article/view/298/340>. Acesso em: 07 jun. 2022.

SAKAMOTO, Leonardo. Brasil fecha 2021 com 1937 resgatados da escravidão, maior soma desde 2013. 2022. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2022/01/brasil-fecha-2021-com-1937-resgatados-da-escravidao-maior-soma-desde-2013/>. Acesso em: 09 jun. 2022.

SIMÕES, A. A.; FIOR, C. S. **Elas na advocacia**. Coordenadoras Cláudia Sobreiro de Oliveira, Fabiana Oliveira *et al.* Porto Alegre: OAB/RS, 2020.

SIMON, A. M.; BRAGHINI, M. **Regime constitucional do emprego socialmente protegido: terceirização ilícita no novo marco regulatório**. 2019. http://www.braghiniadvocacia.com.br/site/wp-content/uploads/2019/07/Compedi_Regime-Constitucional-do-Emprego-Socialmente-Protegido_Terceiriza%C3%A7%C3%A3o-II%C3%ADcita.pdf. Acesso em: 01 jun 2022.

TAVARES, Thiago Daniel Ribeiro; CIRINO, Renan Fagner; TAVARES, Carolina de Brito Ramalho Luz. **A terceirização de serviços e os aspectos relevantes trazidos pela súmula 331 do TST**. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34448/a-terceirizacao-de-servicos-e-os-aspectos-relevantes-trazidos-pela-sumula-331-do-tst>. Acesso em: 18 maio 2022.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL SEM O CONTATO FÍSICO

BEATRIZ RAQUEL PONTES DE LAVOR:

Graduando do Curso de Direito do Centro
Universitário Fametro.

RESUMO: O estupro e o atentado violento ao pudor já eram penalmente reprimidos desde as mais antigas legislações. Com base nessa afirmação o presente estudo tem como objetivo descrever acerca das às alterações promovidas pela Lei nº 12.015/09, especificamente a que diz respeito à nova descrição do crime de estupro de vulnerável, que passou a englobar duas condutas por parte do agente (conjunção carnal e ato libidinoso diverso), que antes estavam previstas em dois artigos do Código Penal. Desse modo, essa pesquisa fez uma abordagem sucinta sobre o histórico da violência sexual sofrida por homens e mulheres no decorrer dos tempos. A cerca da metodologia, esta foi apoiada considerando o critério de classificação de pesquisa proposto por Vergara (2019), quanto aos fins e quanto aos meios, onde se tem que: Quanto aos fins, trata-se de uma pesquisa descritiva, pois se pretende expor a respeito do crime de estupro antes e depois da Lei n.º 12015/09; Quanto aos meios, trata-se de uma pesquisa bibliográfica, pois foi realizada com base em material publicado em livros, jornais, revistas, sites na internet, e que sejam disponibilizados ao público em geral, ou seja, refere-se está a uma pesquisa jurídico-interpretativa-compreensiva. Por fim, se pode observar durante esse estudo que toda mudança traz consigo erros e acertos, e isso não seria diferente com o advento da lei 12.015 de 07 de agosto de 2019, o certo é que o homem é mediano e a lei é editada.

Palavras-chave: Estupro; Direito Penal; Lei nº. 12015/2019.

ABSTRACT: The rape and the assault to the pudor were already criminally repressed since the oldest legislations. Based on this statement the present study aims to describe about the changes promoted by the Law Nº 12.015/09, specifically about the new description of the crime of rape of vulnerable, which now includes two behaviors by the agent (carnal intercourse and libidinous act other), which were previously provided in two articles of the Penal Code. Thus, this research made a brief approach on the history of sexual violence suffered by men and women over time. About the methodology, this was supported considering the criteria for classification of research proposed by Vergara (2019), as to the ends and the means, where it has that: As for the purposes, it is a descriptive research, because it intends to expose about the crime of rape before and after the Law 12015/09; As for the means, it is a bibliographical research, because it was conducted based on material published in books, newspapers, magazines, websites, and that are available to the general public, in other words, it refers is a legal-interpretative-comprehensive research. Finally, it can be observed during this study that every change brings with it mistakes and successes, and this would be no different with the advent of law 12.015 of August 07, 2019.

KEYWORDS: Rape; Criminal Law; Law No. 12015/2019.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo irá tratar sobre as principais mudanças ocorridas no Código Penal após a regulamentação da 12.015/2019, com destaque aos novos termos acerca da descrição típica do crime de estupro, que absorveu os termos do atentado violento ao pudor, e também a criação da figura do vulnerável. Nota-se que o estupro de vulnerável ocorre com vítimas que não tem capacidade de se defender ou não possuem discernimento para a prática do ato sexual. As vítimas são crianças e adolescentes menores de quatorze anos, pessoas em vulnerabilidade ou que possuem enfermidade ou doença mental e não oferecem resistência.

O Código Penal Brasileiro deixa bem claro que para ponderação do crime é fundamental a conjunção carnal ou ato libidinoso. Há algumas colocações divergentes sobre o que se configura ato libidinoso e o prazer da lascívia e mesmo que o tema seja atual, não é colocado para discussão pelos juristas e doutrinadores. Embora as inovações da lei nº 12.015/2019 o Código Penal Brasileiro que domina o ordenamento jurídico brasileiro é de 1940, o que caracteriza muitas lacunas. Apesar de se encontrar limitado e não atender às inovações da sociedade, faz-se essencial algumas mudanças, principalmente no que se refere à segurança jurídica da sociedade.

Soares (2016) doutrina que com a nova Lei, houve a criação de um novo tipo penal de estupro de vulnerável, tipificado no artigo 217-A do Código Penal, ocasionando desta forma na revogação expressa do artigo 224 do mesmo código, que previa as hipóteses de presunção de violência. Ressalta-se que o novo tipo não traz previsão de necessidade de emprego de violência, não sendo por este motivo elemento necessário para a consumação do novo delito. Sendo assim esse estudo busca, responder o seguinte questionamento: Diante de algumas divergências e lacunas no Código Penal Brasileiro, indaga-se: no ordenamento jurídico brasileiro, existe a possibilidade de imputação ao crime de estupro de vulnerável sem contato físico?

Almejando a resposta do objetivo supracitado, tem-se como objetivo explorar a possibilidade da conclusão do delito de estupro de vulnerável em contato físico. Frente a esse contexto, pontua-se que na antiga sistemática do Código Penal, os delitos de estupro e atentado violento ao pudor eram reputados crimes distintos, previstos em tipos autônomos. Assim, havia dois crimes, sem a possibilidade de aplicação do benefício do crime continuado, dada a diversidade de espécies entre os dois delitos. Esse era o entendimento majoritário dos Tribunais Superiores (CAPEZ, 2020).

Para se almejar a este objetivo foi realizada uma pesquisa descritiva bibliográfica do assunto. A importância para o aprendizado acadêmico acerca da Lei n.º 12.015/2019 ensejará a oportunidade de se aplicar os conhecimentos teóricos adquirido no curso de direito. Para a academia o estudo proporciona a elevação do estado da arte relativa ao tema abordado, onde futuras pesquisas poderão utilizar os conhecimentos explicativos.

O Código Penal Brasileiro deixa bem claro que para ponderação do crime é fundamental a conjunção carnal ou ato libidinoso. Há algumas colocações divergentes sobre o que se configura ato libidinoso e o prazer da lascívia e mesmo que o tema seja atual, não é colocado para discussão pelos juristas e doutrinadores.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1. Estupro

Muitas pessoas confundem o termo e não sabem ao certo o que configura o estupro. Alguns pensam que o estupro acontece somente quando há agressão, porém, de acordo com as leis brasileiras, o crime também pode acontecer mediante qualquer tipo de ameaça, inclusive a verbal (SILVA, 2019).

A palavra estupro deriva do termo Romano *stuprum*, que significava, em sentido lato, qualquer ato impudico praticado com homem ou mulher, englobando até mesmo o adultério e a pederastia. Em sentido estrito alcançava apenas o coito com mulher virgem ou não casada, mas honesta. *Stuprum violentum* enquadrava-se na modalidade de *crimen vis*, delito reprimido pela *Lex Julia de vi publica*, com pena capital (OLIVEIRA, 2020).

Soares (2020) descreve algumas penas para esse tipo de delito conforme contexto histórico, como elencado a seguir:

I. Na legislação Hebraica, aplicava-se a pena de morte ao homem que violasse mulher desposada, isto é, prometida em casamento. E se tratando de mulher virgem, porém não desposada, devia ele pagar cinquenta ciclos de prata ao pai da vítima e casar com ela;

II. No Egito, a pena era a mutilação.

III. Na Grécia, primeiramente era imposta simples multa, mas a morte veio mais tarde a ser cominada.

IV. No velho direito germânico, o delito era também punido severamente.

V. No canônico, para haver estupro, era *mister* que a ofendida fosse virgem; em mulher deflorada não podia ocorrer esse crime. Exigia-se o emprego da violência.

VI. As velhas leis espanholas puniam com a morte o réu: a do *Fuero Viejo* castigava com a pena capital o crime, ou com a *declaración de enemistad*, que outorgava aos parentes da vítima o direito de dar morte ao ofensor; as do *Fuero Real* e das *Partidas* também cominavam a pena máxima.

VII. Nas antigas leis inglesas, o crime foi punido com a morte, depois substituída pela castração e pelo vazamento dos olhos.

VIII. No antigo direito francês, distinguiam-se o rapto violento e o estupro. O primeiro supunha a subtração violenta de donzelas, mulheres e viúvas de qualquer idade, contra sua vontade, com o fim de abusar delas. O segundo compreendia o emprego de força por parte do réu, contra virgem, mulher, ou viúva, tendo em mira a conjunção carnal. Entretanto o código de 1810 distinguiu inteiramente as duas figuras: o rapto é a subtração de menor, constituindo só esse fato crime: se houver estupro, este será punido como delito distinto. O código de 1882 não trouxe alteração ao disposto pelo de 1810.

De acordo com a lei 2.848 de 7 de Dezembro de 1940 o conceito de estupro consistia em

Art. 213: Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Parágrafo único: (revogado pela lei 9.281 de 1996).

Pena: - reclusão de seis a dez anos. (Redação dada pela lei 8.072 de 1990).

Azevedo (2020, p. 152) afirma que:

Os crimes sexuais violentos podem resultar em lesões graves e morte. Sabe-se, entretanto, que existem consequências de caráter psicológico para as vítimas que são tão, ou algumas vezes, mais importantes que as sequelas físicas. Muito se tem enfatizado sobre a gravidez pós-estupro, por exemplo.

A conjunção carnal, nos termos do artigo, é somente a cópula vagínica, ou seja, a introdução do pênis na cavidade vaginal da mulher. Não se compreendem nesse conceito outras formas de realização do ato sexual, considerados coitos anormais, por exemplo, a cópula oral, anal. Tais atos sexuais poderão constituir o crime de atentado violento ao pudor. Desse modo aquele que constrangia outrem, do mesmo sexo ou não a praticar com ele ato libidinoso diverso da conjunção carnal praticava o ato do antigo artigo 214 (OLIVEIRA, 2019).

2.1.1 Provas do crime do estupro

Os processos judiciais nos casos de crime de estupro possuem uma dinâmica peculiar, uma lógica específica de desenvolvimento. Conforme doutrina Coulouris (2020):

I. A dificuldade de comprovação de uma denúncia de estupro. Como em todo crime sexual, o estupro costuma ser praticado longe de testemunhas, em locais ermos, isolados ou em ambientes privados. Camadas para discorrer sobre o fato, as testemunhas de defesa ou de acusação só podem contribuir oferecendo sua opinião, baseada no que viram ou no que abem sobre fatos anteriores ou posteriores ao crime em si.

II. O exame de corpo de delito de conjunção carnal, próprio nesses casos, também não costuma funcionar como proa concreta de violência sexual principalmente se a vítima for adulta e não virgem no momento da agressão.

III. O estupro é classificado como crime hediondo, o que significa dizer, que uma vez comprovado o ato, não há circunstâncias atenuantes e a pena deve ser cumprida exclusivamente em regime fechado. Dessa forma, a estratégia de defesa consiste em sempre negar o ocorrido, procurando descaracterizar a denúncia da vítima.

Ainda de acordo com autora, com relação aos procedimentos policiais esses consistem em esmiuçar detalhes, forçar confissões, fazer determinadas perguntas e provocar determinadas respostas em sua busca pela verdade. O juiz reitera ou reformula os dados que constam nos autos do inquérito policial, formulando perguntas aos envolvidos e às testemunhas, demonstrando que

seu raciocínio segue em determinada direção e não em outra. ao encontrar a verdade isso significa fazer uma escolha do caminho trilhar, e toda escolha implica em um descarte premeditado (COULOURIS, 2020).

Oliveira (2019) em concordância com Coulouris (2020) preconiza que nem sempre o estupro deixa vestígios, porém a autora descreve alguns fatores que comprometem uma investigação acerca do estupro como tais: na hipótese de tentativa, em que não chega a haver conjunção carnal, dificilmente restam elementos a serem periciados junto à ofendida, e, mesmo havendo consumação, os resquícios, como na hipótese de mansa submissão após o emprego de grave ameaça, ou ainda quando não há ejaculação do agente. Oliveira (2019) elenca algumas modalidades de provas acerca do crime de estupro.

I. Prova da Conjunção Carnal: Trata-se de requisito do crime de estupro, ou seja, de que houve a introdução completa ou incompleta do membro viril no órgão genital da mulher. Tal comprovação pode ser realizada por meio dos vestígios, tais como: presença de esperma na vítima, pelos, ruptura do hímen, contágio de moléstia venérea, gravidez. Não basta, para a constatação de que houve o crime de estupro, a mera prova da conjunção carnal, pois ela não é capaz de demonstrar a resistência da vítima à prática do ato sexual⁹¹.

II. Prova da Violência Empregada: Trata-se aqui da prova real, ou seja, daquela em que houve o emprego efetivo da força física, produzindo mordidas, tentativa de esganadura, unhas, e afins, como forma de obrigá-la à prática do ato sexual, ou seja, como forma de vencer a resistência dela⁹².

III. Prova da Violência Moral: Nessa hipótese a prova do estupro é de difícil colheita. Será cabível no caso o exame de corpo de delito indireto, ou seja, a prova testemunhal, isto é, se houver, pois o crime de estupro é, via de regra, praticado às escondidas.

IV. Prova da Autoria: Trata-se de prova de materialidade do crime. Contudo, na atualidade, com o avanço da medicina, é possível colher o material genético do suposto estuprador e comparar com o material contido nos vestígios do crime, tais como esperma, pelos, presentes no corpo da vítima.

V. Palavra da Vítima: Via de regra, a palavra da vítima tem valor probatório relativo, devendo ser aceita com reservas. Contudo, nos crimes praticados às ocultas, sem a presença de testemunhas,

91 RESSALVA: É comum mulheres, para se vingar de seus parceiros, por inúmeros motivos, denunciarem-nos por crime de estupro. Daí por que tão só a prova da conjunção carnal é apta para comprovação do crime. Imprescindível a demonstração de que o ato sexual se deu mediante constrangimento físico ou moral.

92 RESSALVA: Ocorre, por vezes que, ante a abordagem do agente, pode quedar-se inerte, desmaiar, não manifestando assim nenhum ato de resistência ao ato sexual. Em tais casos, o juiz deverá levar em conta outras provas, dentre as quais a palavra da vítima e a prova testemunhal (exame de corpo de delito indireto).

como nos delitos contra os costumes, a palavra da vítima, desde que corroborada pelos demais elementos probatórios, deve ser aceita.

Quando as provas de um fato se apoiam todas entre si, isto é, quando os indícios do delito não se sustentam senão uns pelos outros, quando a força de várias provas depende da verdade de uma só, o número dessas provas nada acrescenta nem subtrai à probabilidade do fato: merecem pouca consideração, porque, destruindo a única prova que parece certa, derrubais todas as outras (BECCARI, 2021).

Caso houvesse desistência voluntária ou arrependimento eficaz durante a tentativa de estupro, o agente responderia pelo crime de atentado violento ao pudor, em razão dos atos libidinosos já praticados. A tentativa de estupro ocorria quando práticas alheias à vontade do agente o impediavam de prosseguir com o delito, desde que ficasse comprovado que o constrangimento do agente fosse para a prática de conjunção carnal, ou seja, só poderia haver tentativa quando o agente demonstrasse intenção clara de manter com a vítima a conjunção carnal (JESUS, 2002).

Dentro desse contexto cabe a pergunta: Qual a diferença entre o crime de estupro e o atentado violento ao pudor? Para esse questionamento Soares (2016, p. 09) responde que a principal distinção entre os dois tipos penais está na ação do sujeito, em que no primeiro se torna necessário para consumação do delito a conjunção carnal, com a introdução do órgão genital masculino no órgão genital feminino, já no segundo é necessário apenas a prática de atos libidinosos diversos deste. Silva (2020) acrescenta que no momento do estupro a abordagem da vítima no contexto do estupro pode não ser evidenciada de imediato pelo agressor. Inicialmente há um primeiro contato, muitas vezes discreto, para não assustar a vítima ou revelar a atitude do marginal diante de pessoas que possam surgir nas proximidades.

Mesmo sendo estudados há tempos, os crimes sexuais ainda são considerados fatos isolados da vida cotidiana das pessoas, portanto, pouco se sabe a respeito das inúmeras e, às vezes, incorrigíveis consequências que estes atos podem trazer à vítima de abuso sexual. A maior ênfase no estudo científico da violência sexual é dada aos aspectos físicos gerados pela agressão sofrida. Muito se tem falado e escrito sobre as consequências orgânicas e biológicas nas vítimas desse tipo de violência e sobre os mecanismos de repressão e controle da agressão (SILVA; OLIVEIRA, 2002).

Azevedo; Guerra; Vaiciunas (2020) elencam como consequências psicológicas da violência sexual em curto prazo as dificuldades de adaptação sexual, interpessoal e afetiva. Em longo prazo, as vítimas geralmente apresentam dificuldades de relacionamento com figuras masculinas, pelo fato de os agressores serem, em sua grande maioria, homens. A intimidade representa uma ameaça, pois é difícil para a vítima estabelecer vínculos de confiança. As ideias de morte e os suicídios também são consequências marcantes.

Ressalta-se ainda que, para que o delito seja consumado não se faz necessário o contato entre a vítima e o autor, basta que ele constranja a vítima a tocar seu corpo enquanto ele observa para satisfazer a sua lascívia, podendo ser a prática de masturbação ou a simples contemplação desnuda.

2.2 Direito Penal e a Lei 12015 de 07 de agosto de 2019

A Norma Jurídica é composta por duas partes: o Preceito e a Sanção. O preceito é a parte da norma que indica o que devemos ou não fazer, ou seja, constituem as regras de conduta. A Sanção é a pena imposta a alguém em razão da violabilidade da norma. Consiste na privação de determinados atos jurídicos da vida.

De acordo com Camargo (2016) há ainda três correntes doutrinárias, que nos explicam o fundamento de punir e os fins da pena:

I. Teoria absolutista: baseiam-se numa exigência de justiça, ou seja, ao mal do crime, deve-se aplicar o mal da pena, imperante entre eles a igualdade. A pena é, consequência justa e necessária do crime praticado entendida como uma necessidade ética.

II. Teoria relativa: ao fim da pena, atribui a prevenção. Esta seria a aplicação da pena para a intimidação de todos para que não cometam o crime. A pena é considerada um mal para o indivíduo, que a sofre, e para a coletividade, que lhe suporta o ônus. Justifica-se pela sua utilidade.

III. Teoria mista ou retributiva: estas sustentam o caráter retributivo da pena, atribuindo ao infrator a reeducação, recuperação, funcionando como intimidação geral.

Antes do advento da Lei 12.015/09, o título VI do Código Penal recebia a denominação de “Crimes contra os Costumes”, dado ao valor que as sociedades das décadas passadas davam aos costumes e à moral pública sexual. Vivia-se numa sociedade repleta de moralismos e dever-se-ia respeitar os costumes e valores impostos à época como um padrão ético-moral médio de toda uma sociedade (ESTEFAM, 2019)

2.2.1 Das Penas

No sistema penal, a prisão celular foi uma novidade, era considerada uma prisão moderna, porém apesar das mudanças sofridas no final do século XIX, a situação do sistema prisional já era tratada com descaso pelo poder público e já apresentava superlotação e precariedade nas condições, onde o peso das diferenças recai sobre as mulheres. Afinal, a prisão é um espaço masculino, afirmação que se repete em todas as entrevistas.

Reforçando a esta afirmação Colares (2020, p. 410) reforça que:

A prisão é masculina não simplesmente por ter a presença de um número pequeno de encarceradas diante de uma massa carcerária composta de homens, mas porque a medida de todas as coisas é o corpo masculino; um corpo que, mesmo em condições de confinamento em um presídio, possui mais poder: o poder de se deslocar, circular no ambiente prisional, fazer uso de suas capacidades, ainda que em condições precárias, através do exercício ou dos jogos; poder interagir mais, sentir-se menos aprisionado.

Todavia com o advento da Lei de Execuções Penais a sociedade passou a pensar em ressocialização do apenado, pois este era um projeto inovador que previa a efetivação da execução penal como forma de preservação dos bens jurídicos. Algumas penas são conhecidas na história da humanidade como as: corporais (Mutilação, Açoite), Privativas de Liberdade (também conhecida pena carcerária), Restritiva de liberdade (deixou praticamente de existir devido aos meios), Restritivas de Direitos, Infamante (no Brasil era publicada a sentença do condenado) e a Pena Patrimonial (aquela que aplicada, atinge o patrimônio da pessoa). As penas existentes no Direito penal brasileiro são: As Privativas de Liberdade, Restritivas de Direito e Pecuniária (CAMARGO, 2016).

MODALIDADE	DESCRIÇÃO
Regime Fechado	Constitui a fase mais gravosa da execução penal, e impõe que a pena seja cumprida em penitenciária, que é estabelecimentos penitenciários de segurança máxima ou media. Como o próprio nome pode indicar, penitenciária é o estabelecimento onde o condenado deve cumprir suas "penitencias" impostas pelo Estado, não se confundindo com presídio ou cadeia pública, que são destinados a presos provisórios e condenados por contravenções. No regime fechado, o condenado poderá trabalhar no período diurno, dentro do estabelecimento, ou fora dele quando se tratar de obra pública, devendo ser recolhido ao cárcere no período noturno.
Regime Aberto Semi-	Como prevê o art. 35 em seu parágrafo único, neste regime o condenado encontra-se submetido à fase intermediária da execução penal. A vida em comum com grupos e as atividades do processo de reeducação se desenvolvem na instituição, mas há contato com o mundo exterior, onde o condenado poderá frequentar cursos de instrução escolar e profissional e outras atividades de reinserção social. Iniciar a pena em regime semi-aberto significa que o delito cometido foi de gravidade mediana e o tratamento penitenciário, deve ser menos rigoroso. A progressão do regime fechado para o semi-aberto, significa também que o condenado, adquiriu hábitos satisfatório, e o mérito de sua conduta indica na oportunidade de um voto de confiança.
Regime Aberto	Constitui a fase mais branda da execução penal. No regime aberto propõe-se a realização intensiva da formação escolar e profissional e a reinserção social progressiva. Deve se realizar em casa de albergado ou instituição similar. A característica de maior liberdade fundamenta-se na autodisciplina e no senso de responsabilidade que se espera do condenado. Devera o condenado, fora do estabelecimento prisional e sem vigilância, trabalhar, frequentar cursos ou exercer qualquer atividade lícita previamente autorizada, recolhendo-se em período noturno e nos

dias de folga. Mesmo reconhecendo que o trabalho é um dos elementos principais do tratamento reeducativo, não se pode admitir a imposição do tratamento reeducativo, pois tal obrigatoriedade faria supor que o trabalho seria realizado por coação, o que ofende aos direitos humanos do condenado.
--

TABELA 01 – Modalidades de penas

Fonte: Camargo (2016).

As penas alternativas foram criadas durante o agravamento da crise com o do sistema penal antigo, principiando-se historicamente na Rússia. No Brasil a prática das penas alternativas teve a sua formalização pela sanção da Lei n. 9.099/95 que fundamenta a aplicabilidade das penas alternativas, tais como a prestação de serviços comunitários. As penas alternativas buscam a atenuação das consequências da falência do sistema prisional diretamente na sociedade (SILVA, 2017).

De acordo com o art. 213 do Código Penal Brasileiro, estupro, antes do advento da nova legislação, que trouxe uma visão modificada da realidade executória ao tipo penal em comento, era definido como constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça (OLIVEIRA; RODRIGUES, 2020).

Porem um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que ele se convenceu de ter violado as condições com as quais estivera de acordo. O direito da força só pode, pois, autorizar um juiz a infligir uma pena a um cidadão quando ainda se dúvida se ele é inocente ou culpado (BECCARI, 2021).

2.3 LEI Nº. 12015/2019

Atento aos comportamentos de sua época, o Projeto de Reforma do Novo Código Penal utiliza do critério adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para estabelecer o requisito etário de 12 anos. Ademais, em se tratando de enfermidade ou doença mental, é de suma importância registrar o entendimento de Nelson Hungria ¹³apud Rogério Sanches Cunhaque defende a necessidade em verificar a qualidade de vulnerabilidade da vítima, devendo esta ser ao menos aparente, permitindo o reconhecimento por qualquer leigo em psiquiatria.

A lei 12.015/2019 revogou o art. 224 do Código Penal, que tratava da presunção de violência e trouxe o art. 217-A, o estupro de vulnerável, o qual tem como objetivo punir toda relação sexual ou qual quer ato libidinoso praticado contra o menor de 14 anos ou qualquer pessoa que por enfermidade ou doença mental não possua o discernimento necessário para a prática do ato a criança ou adolescente ou e pessoas com deficiência (OLIVEIRA; RODRIGUES, 2019).

ANTES DA LEI	LEI 12.015/09
<p style="text-align: center;">Estupro</p> <p>Art. 213 – Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.</p> <p>Pena – reclusão de 6 (seis) a 10 (dez) anos.</p> <p>Atentado violento ao pudor</p> <p>Art. 214 – Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:</p> <p>Pena – reclusão de 6 (seis) a 10 (dez) anos.</p> <p>Presunção de violência</p> <p>Art. 224 – Presume-se a violência se a vítima:</p> <p>a) não e maior de catorze anos;</p> <p>b) e alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;</p> <p>c) não pode por qualquer outra causa oferecer resistência.</p> <p>Ação Penal</p>	<p style="text-align: center;">Estupro de vulnerável</p> <p>Art. 217- A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos.</p> <p>Pena – reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.</p> <p>1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a pratica do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.</p> <p>2º (VETADO).</p> <p>3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:</p> <p>Pena – reclusão de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.</p> <p>4º Se da conduta resulta morte:</p> <p>Pena – reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.</p> <p>Ação Penal</p> <p>Art. 225 – Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada a representação.</p> <p>Parágrafo único – Procede-se entretanto, mediante ação penal pública</p>

<p>Art. 255 – Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.</p> <p>1º Procede-se entretanto mediante ação pública.</p> <p>I. se a vítima ou seus pais não podem prover as despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis a manutenção própria ou da família.</p> <p>II. se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.</p> <p>2º No caso do n. 1 do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação.</p>	<p>incondicionada se a vítima e menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.</p>
--	--

TABELA 02 – Modificação na jurisdição.

Fonte: Oliveira; Rodrigues (2020).

Neste cenário exposto acima a jurisprudência majoritária em nosso País entendia que, caso o agente, em um mesmo contexto fático, constrangesse uma mulher, mediante violência ou grave ameaça, à prática de conjunção carnal e, em seguida, ao exercício de um ato libidinoso diversos (como o coito anal ou o sexo oral), estar-se-ia diante de um concurso material de crimes. Ou seja, nessa hipótese, somavam-se as penas abstratas previstas nos artigos 213 e 214 do Código Penal (ARAUJO, 2017).

Nucci (2013, p. 996) doutrina que:

Essa inovação trazida pela Lei 12.015/2019, titulando os crimes sexuais contra vulneráveis, pretendeu suprimir a questionada denominação a respeito da *presunção de violência*, assim como sua classificação diante de situações fáticas. Entendia o revogado artigo 224, do Código Penal, que as vítimas, enumeradas em suas respectivas alíneas, “não possuíam consentimento válido para ter qualquer tipo de relacionamento sexual” (grifo original do autor).

Continua o autor:

A partir dessa premissa, estabeleceu o legislador a chamada *presunção de violência*, ou seja, se tais pessoas, naquelas situações retratadas no art. 224, não tinham como aceitar a relação sexual, pois incapazes para tanto, naturalmente era de se presumir tivessem sido obrigadas ao ato. [...] Muita polêmica gerou essa expressão, pois em Direito Penal torna-se difícil aceitar qualquer tipo de *presunção contra* os interesses do réu, que é inocente até sentença condenatória definitiva. Por isso, a mudança na terminologia configura-se adequada. Emerge o estado de vulnerabilidade e desaparece qualquer tipo de *presunção* (grifo original do autor) (NUCCI, 2013, p. 966).

Faz-se necessário, também, saber que o bem jurídico tutelado é a dignidade sexual, seja a do menor de 14 anos, seja a do enfermo ou deficiente mental que apresente complicação em discernir a eventual relação sexual, existe na literatura autores que defendem a liberdade sexual como bem jurídico imediatamente tutelado, a exemplo dos já mencionados Guilherme de Souza Nucci e Rogério Greco, este registrando, ainda, a necessidade de preservação do desenvolvimento sexual do vulnerável (CUNHA, 2019).

POSITIVOS	NEGATIVOS
<p>Com o advento da lei 12.015 de 2019, não resta dúvidas que o marido da vítima possa ser agente ativo do crime de estupro, haja vista que não se admite mais a tese de que a conduta violenta praticada por este, constitui exercício regular do direito.</p> <p>Essa lei, ao unificar os crimes de estupro e atentado violento ao pudor em uma única redação, a atual definição do crime de estupro, fez desaparecer qualquer referência à honestidade ou recato sexual da vítima, pois o foco da referida lei não é mais a forma como as pessoas agem perante a sociedade, e sim a proteção da liberdade sexual do indivíduo.</p> <p>A nova lei alterou também o art. 1, V, da lei 8.072 de 90, ao incluir em seu rol o estupro na forma simples, acabando com a antiga discussão que existia sobre a hediondez</p>	<p>O fato de que as pessoas que cometeram crimes penais mais graves podem ter sua pena diminuída enquanto aqueles que cometeram crimes de menor potencial ofensivo tenham uma punição mais severa, havendo uma desproporção entre o delito praticado e sua respectiva sanção, contrariando o princípio da proporcionalidade aplicado no direito penal.</p> <p>A lei 12.015 de 2019, além de revogar o crime de atentado violento ao pudor, ampliou a antiga redação do delito de estupro, de modo que as figuras típicas do estupro e do atentado violento ao pudor foram fundidas em um único tipo penal, passando a integrar a nova redação do atual crime de estupro. Com isso, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, que eram crimes autônomos com penas somadas, devem resultar na aplicação de uma única pena não havendo mais a</p>

desse delito, passando desde então, todas as suas modalidades a ser crime hediondo.

Revogou o art.223 do CP, que apresentava uma redação defeituosa, acabando com uma série de debates doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, já que o caput do referido artigo trazia uma nítida diferença ao tratar do resultado qualificador decorrente de lesões corporais, resolvendo a polêmica na medida em que substituiu os termos violência e fato pela terminologia conduta, bastando a pratica desta (constrangimento exercido com violência ou grave ameaça) resultar em lesão corporal de natureza grave ou morte, para qualificar o resultado.

A nova lei revogou também o art. 224 do código penal, que tratava da presunção de violência e trouxe um artigo específico destinada a proteção do vulnerável (art.217-A), mostrando dessa forma, a preocupação do legislador com as condutas voltadas contra a criança ou adolescente e pessoas com deficiência. Acabando com a antiga discussão acerca da presunção de violência, quando a vítima era menor de 14 anos.

O fato de a tutela penal vir a ser aplicada com maior zelo, em relação às pessoas com vulnerabilidade, tendo em vista que estas são incapazes de externar seu consentimento de forma plena, podendo relacionar-se sexualmente sem qualquer coação física, diante do seu estado natural de impossibilidade de compreensão da seriedade desta pratica, motivo pelo qual não

possibilidade de concurso material entre estes.

A unificação dos tipos penais na figura típica do art. 213, não pôs fim ao problema da apuração e punição do referido delito, a formação de provas robustas necessárias para gerar o convencimento do juiz, haja vista que este crime na maioria das vezes é praticado sem a presença de testemunhas, dificultando a sua comprovação.

A nova lei, além transformar os antigos crimes de estupro e atentado violento ao pudor em um único delito, não corrigiu a amplitude do atentado violento ao pudor, o qual pode ser qualquer ato atrelado à libido, aplicando a mesma pena para ambos os crimes, causando uma verdadeira desproporção entre a conduta do agente e a sanção imposta, haja vista que o ato libidinoso não é tão grave ao ponto de aplicar a mesma pena imposta ao agente que praticou a conjunção carnal.

A nova legislação revogou o art. 224 do Código Penal, que tratava da presunção de violência e trouxe em seu art. 217-A, o estupro de vulnerável, o qual tem como objetivo punir toda relação sexual ou qualquer ato libidinoso praticado contra o menor de 14 anos ou qualquer pessoa que por enfermidade ou doença mental não possua discernimento necessário para a prática do ato.

<p>se aplica a tipificação no modelo comum de estupro.</p> <p>O art.217-A abrangeu tanto a conjunção carnal quanto o ato libidinoso, nos mesmos moldes do crime de estupro, recebendo pena autônoma e superior a deste. Resolvendo o problema da incidência do aumento de pena determinado pelo art.9 da lei dos crimes hediondos, quando era aplicado o art.224 do Código Penal, superando dessa forma, as discussões que existiam acerca do <i>bis in idem</i>.</p> <p>A nova legislação e atual definição do crime de estupro, a gravidez resultante de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, passaram a ser causa especial de exclusão de ilicitude do crime de aborto quando esta resultar de estupro, fato este que não podia ocorrer antes do advento da lei 12.015 de 2019, resolvendo dessa forma, mais um tema controvertido da legislação penal brasileira.</p>	<p>A nova lei trouxe que toda relação sexual praticada com pessoa deficiência são consideradas violência, atribuindo-lhes a condição de vulnerável, declarando-as impedidas para pratica do ato por não possuírem discernimento necessário, partindo de um pressuposto errôneo, haja vista que nos dias atuais muitos deficientes possuem uma vida normal, possuindo certa limitação, mas não ao ponto de impedir que se relacione com outras pessoas e constituam uma família.</p>
--	---

TABELA 03 – Aspectos positivos e negativos.

Fonte: Oliveira; Rodrigues (2020).

2.4 Crimes virtuais de pedofilia e o papel do Estado

Definir pornografia infantil é difícil, porque os conceitos de criança e pornografia diferem de país para país e referenciam convicções morais, culturais, sexuais, sociais e religiosas que nem sempre se traduzem nas respectivas legislações, onde a mesma autora expressa que atualmente, a pornografia infantil é definida como todo material audiovisual utilizando crianças num contexto sexual. Para os especialistas participantes do Encontro sobre Pornografia Infantil na Internet, realizado em maio de 1999, em Lyon/França, significa: “uma exposição sexual de imagens de crianças incluindo fotografias de sexo explícito, negativos, projeções, revistas, filmes, vídeos e discos de computadores” (LEAL, 2019).

A rede virtual de computadores é composta por uma gama de redes de comunicação que transcendem fronteiras. Logo, pesquisar como as crianças estão imersas nesse universo virtual, requer compreender como e que redes e conexões são estabelecidas em tais ambientes. Torna-se

um desafio, pois os caminhos são múltiplos, transitórios, exigindo assim a imersão no universo “*on line*” no qual estão inseridas as crianças (FELIPE; PRESTES, 2017).

De acordo com Almeida (2016, p. 12): Estima-se que 90% dos exames forenses realizados na área de informática são para investigações desse tipo de crime, onde o computador é apenas uma ferramenta de auxílio aos criminosos na prática de delitos conhecidos, como falsificação de documentos, violação de direito autoral, sonegação fiscal, tráfico de entorpecentes, etc. Nessa modalidade, o computador exerce o papel central para a realização do delito, ou seja, a infração não seria cometida se tal dispositivo não existisse. Alguns exemplos de crimes cibernéticos desse tipo são: roubo de informações sigilosas, ataques a sites, *phishing*, *malwares*, vírus de computador, cavalos de tróia, *worms*, etc.

Pelo fato da internet ser um paraíso de informações ela atrai o crime e pela lógica onde há riqueza, há crime. A internet é considerada um território sem fronteiras e sem lei e é por isso que muitos acham que estão imunes. Toda sociedade que é dependente da informação acaba sendo vítima. A era digital não afeta somente empresas ou correio eletrônico, mas também toda a infraestrutura nacional econômica. A maior parte destes crimes é cometida devido às facilidades oferecidas pela internet, sendo um lugar propenso ao desenvolvimento de fraudes. Os crimes digitais fogem completamente da realidade a qual estamos habituados onde a arma do crime é um computador e o criminoso que se esconde por trás dela nas quais crimes podem ser cometidos por frações de segundos (NETO, 2016).

A internet vem sendo cada vez mais utilizada por pedófilos como via privilegiada de comunicação. Existem, assim, comunidades virtuais pedófilas com *sites*, *blogs* e canais de *chat* específicos para troca de experiências, informações e imagens pornográficas, bem como para criar estratégias de abordagem de crianças no mundo real. Eles reconhecem uns aos outros por meio de expressões comuns (por exemplo: “*boy-lover*”, “*girl-lover*”, “*childlover*”) e símbolos que identificam sobre qual sexo e faixa etária de crianças que seus interesses incidem (SILVA, 2017).

Para a investigação Forense nos crimes de pedofilia virtual, A apuração de um delito, independente se há um computador envolvido, deve seguir as normas estabelecidas pela legislação brasileira, mais precisamente o decreto-lei N° 3.689, de 3 de outubro de 1941. Nesse texto, conhecido como Código de Processo Penal, está regulamentado a função do Estado de julgar as infrações penais e de aplicar punições a quem as pratica. Porém, antes de tudo, é necessário que haja uma investigação (iniciada após uma denúncia ou suspeita de crime) para esclarecer a materialidade (o que aconteceu), a dinâmica (como) e autoria (quem) dos atos ilícitos (ALMEIDA, 2016).

Todas as pessoas são vulneráveis. Essa afirmação é resultado da análise do próprio conceito de vulnerabilidade – do latim *vulnerabilis*, “que pode ser ferido”. O fato é que qualquer ser vivo “pode ser ‘vulnerado’ em condições contingenciais”. No entanto, alguns indivíduos têm essa vulnerabilidade potencializada, daí pode-se afirmar que esta apresenta graduações. Portanto toda criança e ao adolescente são, por excelência, seres vulneráveis, tendo em vista que estão “vivenciando um processo de formação e transformação física e psíquica”. Nesse aspecto, ressalte-

se que a fragilidade da vida psíquica é mais intensa na infância, período de formação da personalidade, quando é imprescindível o cuidado, o afeto, o amor, a compreensão e a empatia (grifo original dos autores) (CARDIN; MOCHI; BANNACH, 2016).

Vistas como inocentes, frágeis, imaturas, maleáveis, naturalmente boas, seres que constituem promessa de um futuro melhor para a humanidade, precisavam agora de proteção do mundo adulto. Deste modo, se instalou uma intensa produção discursiva sobre a infância possibilitando, de certa forma, a veiculação de uma imagem infantilizada e dessexualizada das crianças, de modo que elas deveriam ser protegidas de determinados conhecimentos, com destaque especial para as questões referentes ao sexo e à sexualidade (FELIPE; GUIZZO, 2013).

Um dos aspectos mais preocupantes, e que tem merecido a atenção do poder público e de várias entidades civis em defesa da criança e do adolescente, diz respeito à prática da pedofilia, especialmente aquela cometida através da Internet, uma vez que envolve a produção de material pornográfico utilizando imagens de crianças, muitas vezes submetidas a toda sorte de violência sexual. O Brasil ocupa o 4º lugar no ranking de material pornográfico, com pelo menos 1210 endereços na internet. Um dos nichos desse material refere-se à pornografia infantil, com o intuito de abastecer o mercado da pedofilia (FELIPE, 2016).

Essa rede se organiza internacionalmente, de modo que existem facções em todos os lugares onde há pessoas interessadas em obter acesso a esse tipo de material. Segundo alguns especialistas presentes na III Jornada, o Brasil precisa tratar a questão da pedofilia como uma rede internacional que envolve o crime organizado, utilizando-se do tráfico de crianças. Tal rede é composta por "angariadores", que são pessoas pagas para sequestrarem crianças com o intuito de utilizá-las em filmagens obscenas. Eles/as frequentam todos os lugares onde existam crianças – parques, praças, escolas. Depois de encontrar crianças com as características solicitadas pela rede de pedofilia, elas são sequestradas e logo em seguida as entregam aos chamados "monitores". Geralmente, a criança é levada a um cativeiro bem longe do local onde foi roubada, onde são realizadas as filmagens e onde ocorre todo o tipo de violência sexual. Logo após ela é assassinada e nunca mais se tem notícias dela. Os sites colocam simultaneamente no ar as imagens de violência/abuso sexual, ao vivo, para deleite dos pedófilos, que pagam elevadas taxas com o objetivo de ter acesso a tais cenas (LEAL, 2019).

O perfil do pedófilo virtual não é claro, e nem sempre há um perfil ou padrão bem definido. Na maioria dos casos apurados pela Polícia Federal, o perfil é de um homem entre 30 e 45 anos, solteiro, que more sozinho. Trata-se de pessoa reservada e insegura, com dificuldade em manter relações afetivas por muito tempo e que, em alguns casos, cansou de consumir pornografia adulta, migrando para a pedofilia¹. Porém a autora destaca que segundo a ONG SaferNet Brasil, o pedófilo virtual padrão é homem, tem entre 18 a 55 anos e faz parte das classes A, B e C, com maior presença nos dois extratos mais ricos.

Em geral, os procedimentos executados pela autoridade policial durante a inquirição são: dirigir-se ao local e preservar o estado e a conservação das coisas até a chegada dos peritos criminais; apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos; colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; proceder a

reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; e outras condutas que estão fora do escopo deste trabalho. Portanto, no caso de uma investigação envolvendo uma análise de dispositivos computacionais, é possível identificarmos quatro etapas:

- Coleta: Nesta etapa, o perito deve isolar a área, identificar equipamentos e coletar, embalar, etiquetar e garantir a integridade das evidências, garantindo assim a cadeia de custódia, Métodos praticados para a preservação de evidências.

Exame: Nesta fase, deve-se identificar, extrair, filtrar e documentar os dados relevantes à apuração.

- Análise: Nesta etapa os dados transformam-se em informações, ou seja, o perito computacional deve identificar e correlacionar pessoas, locais e eventos, reconstruir as cenas e documentar os fatos;

- Resultado: Neste momento deve-se redigir o laudo e anexar as evidências e demais Documentos (ALMEIDA, 2016, p. 13).

Partindo desse conceito percebe-se a existência de duas formas de crimes digitais: a praticada por meio do computador e os praticados contra os dados/sistemas informáticos. Sendo assim no primeiro o computador será instrumento e no segundo ele será o objeto material. Assim quando o computador for escolhido como instrumento para o cometimento do crime, será um crime de informática comum, porém quando a ação se dirigir contra os dados do sistema ser crime de informática autêntico, por que nesse é essencial a utilização do uso do computador (NETO, 2016).

Em nosso ordenamento jurídico não há nenhum tipo penal específico para a conduta dos pedófilos, assim como não há para o sadismo, masoquismo, fetichismo, voyeurismo, o exibicionismo e a zoofílias. Existem inúmeras classificações, dadas pela doutrina, à aplicação de Medidas de Segurança. Entretanto, existem duas categorias delas que se destacam: a do grupo do que dizem que elas possuem caráter terapêutico e o grupo que afirmam que elas possuem apenas caráter assecuratório. De acordo com o nosso ordenamento jurídico vigente, o tratamento ao pedófilo não possibilita Medida de Segurança, pois não há enquadramento jurídico específico para o crime de pedofilia, o que não resolve de maneira apropriada o problema dos seus portadores, por se tratar de um distúrbio de saúde mental fica muito difícil, fora do âmbito da psiquiatria, entender seus portadores uma vez que os atos por eles praticados são extremamente graves e, por esta razão considerados criminosos (FELIPE; PRESTES, 2017).

Neste mundo em rede, acompanhado pela alta tecnologia da informação, temos ainda a ampliação das redes sociais, através da criação de *blogs*, *sites*, etc. O ciberespaço se tornou um lugar de experimentação dos desejos e da produção de subjetividades, possibilitando uma integração e mistura entre corpo e máquina. Tal *ciborguização* tem se dado do corpo para com a máquina, da máquina para com os desejos e das subjetividades para com as máquinas. Estamos

todos *on line*, *on time*, *full time*, ou seja, se estamos conectados, somos capazes de produzir respostas às mensagens que nos chegam quase que instantaneamente, o tempo todo (LEAL, 2019).

Buscando alternativas e formas de proteção das crianças diante dos “perigos virtuais”, pais, mães, educadores/as, instituições educativas e diferentes segmentos sociais passaram a intensificar os debates por ações voltadas à proteção contra crimes tais como pedofilia. Entre tais formas de proteção, muitas famílias acabam aderindo para a instalação de sistemas operacionais (*softwares* com programas de bloqueio de acesso) destinados a restrição do acesso a somente *sites* cujos conteúdos são classificados como “seguros”. Ocorre que, no Brasil, não raras vezes, os adultos possuem um conhecimento bastante limitado com relação ao funcionamento de tais mecanismos assim como do uso dos artefatos midiáticos. As crianças, por sua vez, nascidas sob a égide da internet, dominam tais sistemas de funcionamento e demonstram maior facilidade em lidar com tais ferramentas, razão pela qual acabam desbloqueando tais sistemas (FELIPE; GUIZZO, 2013). Ao final deste capítulo podemos observar que o pressuposto que cerca os crimes virtuais estão centrados na produção, publicação, venda, aquisição e armazenamento pornográfico infantil pela rede mundial de computadores, por meio das páginas da *Web*, *e-mail*, *newsgroups*, salas de bate-papo (*chat*), ou qualquer outra forma.

Geralmente materializada contra pessoas que estão em desvantagem física, emocional e social, a violência é um fenômeno antigo, produto de relações construídas de forma desigual. Historicamente, a violência vem sendo denunciada no ambiente doméstico/familiar contra mulheres, crianças e adolescentes de ambos os sexos, sendo que as pesquisas têm confirmado que a incidência é maior entre as meninas e as mulheres – daí a questão de gênero ser compreendida como um conceito estratégico na análise desse fenômeno. Mas ela também tem sido denunciada em outros lugares socialmente construídos: na rua, no ambiente institucional e nas redes de prostituição (tanto nas mais economicamente poderosas quanto naquelas mais domésticas) (ZAGO, 2014).

É considerado também um crime contra os costumes de grande relevância a corrupção de menores, sobre o qual versa o artigo 218 do Código Penal: aquele que corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 anos e menor de 18 anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo, incorrerá na pena de reclusão de 01 a 04 anos. Apesar de considerar que a idade limite para se definir o menor, é uma questão teórica (entre os 16 e 18 anos), salienta a importância da percepção da experiência, a qual irá depender do desenvolvimento de cada sujeito, não se devendo desdenhar as experiências no domínio da sexualidade em que os adolescentes se envolvem. Importa sublinhar que um adolescente pode ser considerado abusador sexual, se a idade que o separa da vítima for de, pelo menos, cinco anos. De acordo com Capez (2005, p. 54):

Tutela-se a moral sexual dos maiores de 14 anos e menores de 18 anos de idade. Na lição de Nelson Hungria, “a lei penal, com a incriminação de que ora se trata, propõe-se à tutela dos adolescentes contra a depravação ou perda moral, sob o prisma sexual. Entre os mais relevantes interesses da sociedade está a disciplina ético-sexual, segundo as normas de cultura, e como a juventude, em razão mesma da sua fragilidade ou maleabilidade psíquica, está mais exposta à

influência maligna da libidinagem e do vício, é natural que a sua pudicícia ou dignidade sexual seja especial objeto da reforçada proteção penal.

A criação e a popularização da internet no Brasil e no mundo fizeram surgir novos crimes, como invasão de computadores, criação de comunidades virtuais para fazer apologia ao uso de drogas e envio de vírus de computador por e-mail. Com o surgimento de novos meios de propagação e realização de práticas criminosas também passam a ser necessárias novas técnicas de investigação policial para tratar especificamente dos chamados crimes cibernéticos ou crimes pela internet. A dificuldade é fazer com que esse tipo de crime passe a ser encarado como crime regular, pois quando se obtém a informação de que um material ilegal está sendo divulgado, o que se tenta fazer é extrair dessa página da internet informações que se possam levar a uma possível autoria daquele material (TAMADA, 2016).

Após o cumprimento de um mandado de busca e apreensão que tenha resultado na coleta de equipamentos computacionais, conforme descrito no capítulo anterior, deve-se encaminhar o material confiscado para um laboratório de informática capacitado a fim de realizar os exames forenses necessários. Ao receber um dispositivo de armazenamento computacional para análise, independente se for um disco rígido, DVD, pen drive, cartão de memória ou outra mídia, o perito deve seguir uma série de etapas que são descritas a seguir.

- **Preservação:** Diferentemente do que ocorre durante a busca e apreensão de equipamentos, onde há um foco maior na integridade física deles, esta fase tem o objetivo de garantir que as informações armazenadas no material questionado jamais sejam alteradas durante toda a investigação e processo.

- **Coleta de dados:** Esta etapa baseia-se na execução de um conjunto de procedimentos para recuperar e catalogar todos os dados contidos na mídia investigada, estando eles ocultos ou explícitos. A partir de sua conclusão, será possível realizar buscas rápidas por palavras-chaves no conteúdo dos dispositivos armazenados.

- **Análise:** A análise dos dados consiste no exame das informações extraídas do material questionado durante a fase anterior, a fim de identificar evidências digitais que tenham relação com o delito investigado.

- **Formalização:** É a etapa final dos exames forenses e é formada pela elaboração do laudo pelo perito, apontando o resultado e apresentando as evidências digitais encontradas nos materiais examinados (ALMEIDA, 2016, p. 17).

A Lei nº 11.829/08 altera os artigos 240 e 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na Internet. O que se percebe claramente é o aumento das penas já existentes e a inclusão de novos tipos, ampliando o rol das condutas. Em se tratando de legislação ao combate da pornografia infantil na Internet podemos dizer que é uma das leis mais avançadas do mundo. Mas o que

certamente deve preocupar a comunidade jurídica é efetividade da lei, onde será de suma importância a ajuda dos provedores de serviços de Internet. Pois tais provedores precisaram remover o acesso ao conteúdo pornográfico, decorrentes das denúncias, e também deverão preservar tal conteúdo a fim de que seja possível a identificação do autor do crime. Sem estas providências a efetividade da lei ficará seriamente comprometida (PAULINO, 2013).

3 CONCLUSÃO

Ao se finalizar esse estudo foi possível observar com o advento da Lei nº 12.015/09, a conjunção carnal e todos os demais atos libidinosos encontram-se previstos na mesma figura típica, como descritas no artigo 213 do Código Penal, onde se deveria partir o entendimento de que, bastasse que o agente pratique uma das ações ali previstas (na lei) para que reste caracterizado o delito, não havendo que se falar em multiplicidade de crimes.

É evidente que a Lei 12.015/2019 fez profundas transformações no ordenamento jurídico penal com relação aos crimes sexuais, porém como toda lei nova, está também recebeu várias críticas positivas e negativas, e diversas interpretações, o que originou inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto.

Portanto, ainda é recente para sabermos todos os impactos causados com o advento da Lei 12.015/2019 e, deste modo, teremos que aguardar o trabalho jurisprudencial para saber como ficarão assentados esses posicionamentos no Judiciário brasileiro, que, por sinal, aos poucos, já vem demonstrando inclinados a tomar uma posição em diversas situações.

Por fim, para reforçar a necessidade de recrudescimento da pena-base, destaque-se que é necessário, nesse contexto, afastar os maus hábitos da nossa jurisdição, que e o de cultivar a pena-base mínima, em total afronta ao princípio da individualização das penas.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luís Eduardo Pimentel Vieira. **O estupro após o advento da lei nº 12.015/2019: há crime único, continuidade Delitiva ou concurso material quando Se está diante da prática de conjunção Carnal e de ato libidinoso diverso em um Mesmo contexto fático?** 2017. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br>. Acessado em: 12.fev.2022.

AZEVEDO, M.A.; GUERRA, V.N.A.; VAICIUNAS, N. **Incesto ordinário: a vitimização sexual doméstica da mulher-criança e suas consequências psicológicas.** *Tr.* AZEVEDO, M.A. (org.). Infância e violência doméstica: fronteiras do conhecimento. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2020.

BECCARI, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** Ed. Ridendo Castigar Moraes. [E-book]. 2021.

CAMARGO, Virginia. **Realidade do Sistema Prisional no Brasil.** 2016. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br>. Acessado em: 18.fev.2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Comentários à Reforma Criminal de 2019 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.** Revista dos Tribunais, 2019.

ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais – Comentários à Lei 12.015/2019**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Especial**. Vol. 3. 15ª ed. São Paulo: Editora Saraiva

SILVA, José Carlos Moras da. **O Sistema Prisional Brasileiro**. 2017. Disponível em: <<http://www.googleacademico.com.br>>. Acessado em: 04.mar.2022.

SILVA, S.S. **A Mulher Vítima de Estupro: suas vivências e incertezas**. Monografia do Curso de Especialização em Saúde da Família. Ceará: UFCE, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. Revistas dos Tribunais. 13. Ed. 2013.

OLIVEIRA, Guizela de Jesus. **Lei 12.015/2019**. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br>>. Acessado em: 08.mar.2022.

OLIVEIRA, Gleick Meira; RODRIGUES, Thais Maia. **A nova lei de combate aos crimes contra a liberdade sexual: Uma análise acerca das modificações trazidas ao crime de estupro**. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acessado em: 20.mar.2022.

O “COMÉRCIO DA VIDA”: ANÁLISE DO TRÁFICO DE PESSOAS ATRAVÉS DA COMERCIALIZAÇÃO DE ÓRGÃOS

NATHÁLIA LUCAS ARRAES:
Acadêmica do curso de Direito na
Universidade de Gurupi – Unirg.

MAYDÊ BORGES BEANI CARDOSO⁹³.

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo tem como foco, analisar o crime de tráfico de pessoas, ressaltando singularmente o tráfico de órgãos humanos e toda a organização criminosa para a sua prática. A pesquisa será realizada de modo bibliográfico, com coleta de dados em livros e sítios eletrônicos. Desta maneira, o que se pretende com este artigo é prover um melhor parecer sobre o tráfico de pessoas para fins de venda de órgãos, atentando as causas que beneficiam a sua prática e discernindo sobre mecanismos que sejam eficazes no combate e prevenção ao dito crime.

Palavras-chave: Tráfico de Pessoas. Tráfico de Órgãos. Desaparecimento. Transplante. Comércio.

ABSTRACT: The present research focuses on the crime of human trafficking, highlighting uniquely the trafficking of human organs and the entire criminal organization for its practice. The research will be carried out in a bibliographic way, with data collection in books and electronic sites. In this way, the aim of this article is to prove a better opinion on human trafficking for the purpose of selling organs, considering the causes that benefit its practice and discerning the methods that are effective in combating and preventing crime.

Keywords: Human Trafficking. Organ Trafficking. Disappearance. Transplant. Business.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. TRÁFICO DE PESSOAS: A VULNERABILIDADE COMO VIA CRIME. PROTOCOLO DE PARLEMO. TRÁFICO DE ÓRGÃOS: A VIDA COMO OBJETO DE COMÉRCIO. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

A vida sempre foi a prioridade em diversos ordenamentos jurídicos. Sem ela, seria impossível o indivíduo gozasse com plenitude de todos os seus direitos. De fato, quando o indivíduo é limitado de seus direitos, principalmente é violado, adentra em uma discussão que busca alinhar a vida e a necessidade do ser humano.

⁹³ Professora na Universidade de Gurupi – Unirg.

Essa luta pela vida, traz à tona a discussão sobre o tráfico humano, no que tange sobre esse direito tão importante, a comercialização de órgãos. Desse modo, o presente artigo, analisa como tem sido a atuação do Brasil no combate ao tráfico de pessoas, principalmente o tráfico de órgãos, e destringe medidas aplicadas para combater esse delito.

Assim, surge o seguinte questionamento: como se dá a atuação do Brasil no combate ao tráfico de pessoas? Destaca-se que o tráfico consiste na comercialização de pessoas para fins diversos, causando muitas vítimas e danos. Dessa forma, o estudo destina-se a demonstrar a culpabilidade do autor de tais crimes, abrangendo no fator da confiança dada perante a relação, dessa forma, avaliando a extensão dos danos.

Assim, é importante evidenciar a gravidade dos problemas decorrentes do tráfico de pessoas, bem como as consequências desse ato, que trazem prejuízos não só para vítima, mas seus familiares, como também a própria sociedade. Dessa forma, o método de estudo escolhido para elaboração desse artigo foi o dedutivo, através do levantamento bibliográfico e documental.

Por isso, o estudo do tema é enfático em sua complexidade e importância. Levando em consideração tais achados e a necessidade de desvelar o contexto social da prática desse fenômeno, como motivações, determinantes sociais, condições individuais que afetam o desempenho de uma atividade por um indivíduo.

2. TRÁFICO DE PESSOAS: A VULNERABILIDADE COMO VIA CRIME.

O tráfico de pessoas não deve ser considerado tão somente uma categoria sociológica, e sim, uma categoria jurídica, que surge de discussões sobre a necessidade de regular as fronteiras transnacionais. (VERSON; PEDRO, 2013)

Conceitua o professor Damásio de Jesus (2003, p. 7):

O tráfico de seres humanos consiste em todos os atos ou tentativas no recrutamento, transporte, dentro ou através das fronteiras de um país, compra, venda, transferência, recebimento ou abrigo de uma pessoa envolvendo o uso do engano, coerção (incluindo o uso ou ameaça de uso de força ou abuso de autoridade) ou dívida, com o propósito de colocar ou reter tal pessoa, seja por pagamento ou não, em servidão involuntária, em trabalho forçado ou cativo, ou em condições similares à escravidão, em uma comunidade diferente daquela em que tal pessoa viveu na ocasião do engano, da coerção ou da dívida iniciais.

O tráfico de pessoas, portanto, se torna um crime invisível, silente, que se esconde sob no submundo que agrega o tráfico de drogas, órgãos e pele, armas e pessoas, trabalho ou serviços

forçados, escravidão, servidão, remoção de órgãos ou casamento servil para diversos fins e exploração sexual, as vítimas em peso são mulheres. (LADEIA, 2016)

De acordo com NOVO (2015):

O tráfico humano é o comércio de seres humanos, mais comumente para fins de escravidão sexual, trabalho forçado ou exploração sexual comercial, tráfico de drogas ou outros produtos; para a extração de órgãos ou tecidos, incluindo para uso de barriga de aluguel e remoção de óvulos; ou ainda para cônjuge no contexto de um casamento forçado.

Assim, observa-se que no contexto histórico, o tráfico de pessoas teve início com o tráfico de escravos e foi considerado crime contra a humanidade em 1808. Com o fim do tráfico negreiro e da escravidão, iniciou-se um novo século, marcado pela afluência de diferentes povos, em busca de novas perspectivas ao redor do mundo, recebendo um estopim durante as grandes guerras (1º e 2º).

Dessa forma, referencia-se o artigo 3 do Protocolo de Palermo, temos na alínea "a" para definir o "tráfico de pessoas" como:

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

O Brasil é um dos dez países que fazem mais vítimas do tráfico internacional de pessoas. Assim, essa modalidade criminosa pode ser considerada uma forma moderna de escravidão, sendo uma das mais lucrativas formas de crime organizado no mundo, perdendo apenas para o tráfico de drogas e armas. Estima-se que quase metade de todas as vítimas são exploradas sexualmente. (NOVO, 2015)

Argumenta ainda o saudoso professor Damásio de Jesus (2003, p. 19):

Mas por que ocorre o tráfico no mundo de hoje? As principais causas do tráfico internacional de seres humanos e de fluxo migratório são: a ausência de direitos ou a baixa aplicação das regras internacionais de direitos humanos; a discriminação de gênero, a violência contra a mulher, a pobreza e a desigualdade de oportunidades e de renda; a instabilidade econômica,

as guerras, os desastres naturais e a instabilidade política. O tráfico de seres humanos vitima preponderantemente mulheres e crianças, devido às condições diferenciais de vulnerabilidade social das mesmas. (JESUS,2003, P. 19)

O que causa uma certa surpresa, é que esse crime não se limita aos considerados marginalizados da sociedade. Por outro lado, podem também ser pessoas da classe média, que não são habitantes de áreas remotas, mas também de centros urbanos, são os tipos de sociedades em que o imaginário social está muito distante, principalmente do estereótipo de traficante.

Dessa forma, os aliciadores (traficantes) aproveitam-se das vulnerabilidades criadas pelo meio ambiente, principalmente devido à raça, gênero e ao fato de algumas brasileiras se encontrarem em situação de educação precária e extrema pobreza, procurando trabalho, que aceitam empregos em troca de moradia e alimentos, e muitas vezes são vítimas de maus-tratos e condições insalubres, mas não admitem ser vítimas de exploração do trabalho em condições análogas à escravidão. (TJRJ, 2022)

Ainda assim, o fator determinante do tráfico de pessoas são as razões econômicas, que levam as vítimas até mesmo a “consentimento” para serem traficadas. Eles também incentivam os traficantes e todos os envolvidos na indústria da prostituição.

Tal prática criminosa é um fenômeno abominável e cada vez mais preocupante que envolve não apenas a exploração sexual, mas também a exploração pelo trabalho em condições que beiram a escravidão e muito piores, como remoção de órgãos.

A globalização e a tecnologia moderna facilitaram a prevenção desta prática, todavia, a desigualdade social acaba por afetar o aumento do número de pessoas traficadas, principalmente as mulheres, que estão vulneráveis ao tráfico devido a vários fatores, como à pobreza, discriminação entre homens e mulheres, falta de educação e oportunidades de emprego

Conforme discorre CORRÊA et.al. (2016, p. 25):

Portanto, pode-se analisar alguns fatores prevaletentes no tráfico, tais como: miséria, índice de desemprego excessivo, educação precária e má condição de vida. Todos esses fatores ligados entre si geram brechas para que o inerente efetue-se. Logo, é perceptível que o tráfico de pessoas vai contra o Art. 5º da CF (limitando o direito à vida), como também bate de frente com os Direitos Humanos (soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana) e também postergam o Código Penal (reconhecimento do relatado crime).(CORRÊA et.al. , 2016, p. 25)

Por se tratar de uma prática de altos lucros e aos baixos riscos inerentes ao setor, o tráfico de pessoas, atinge com um foco maior mulheres e crianças. Ao contrário de outras mercadorias, o tráfico de seres humanos é mais lucrativo porque são usados recorrentemente, sem um descarte rápido. Não precisando de investimentos grandiosos, utilizando-se das “brechas” deixadas por muitos governos no que tange sobre a migração internacional, por um lado, e a exploração sexual comercial e outras questões, por outro.

Existe um grande esforço para combater tais crimes, mas é importante observar que o tráfico de pessoas continua sendo uma das atividades mais recorrentes nas mais diversas realidades geográficas ao redor do mundo, pois uma de suas características em comum, no que tange sobre as vítimas desse crime, é que independentemente de sua origem, como já elencado, são pessoas que se encontram claramente vulneráveis por motivos relacionados à raça, gênero, orientação sexual, educação, miséria, etc.

3.PROTOCOLO DE PARLEMO

O Protocolo de Palermo é um complemento da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional para Prevenir, Reprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, Especialmente Mulheres e Crianças, adotada em Nova York em 15 de novembro de 2000, aderido pelo Brasil através do Decreto n.º 5.017 de 12 de março de 2004 (CAIONI; TESSMANN, 2013).

De forma que, o debate sobre o tráfico de pessoas, tem se intensificado em todo o mundo, inclusive no Brasil, à medida que a mobilidade humana e os fluxos migratórios internacionais se expandem. Grande parte dessa intensificação tem a ver com o processo de desenvolvimento e implementação do Protocolo de Palermo. (DIAS; SPRANDEL, 2011)

Em seu preâmbulo o Protocolo de Palermo, traz como pontuações principais a prevenção, punição e proteção:

Uma ação eficaz para prevenir e combater o tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças, exige por parte dos países de origem, de trânsito e destino uma abordagem global e internacional, que inclua medidas destinadas a prevenir esse tráfico, punir os traficantes e proteger as vítimas desse tráfico, designadamente protegendo os seus direitos fundamentais, internacionalmente reconhecidos.

Pelo Protocolo de Palermo, são imprescindíveis os três elementos que constituem o crime de tráfico de pessoas, a saber, o ato, o meio e o objeto. Ações são aquelas produzidas pelo sujeito do tráfico - recrutar, transportar, transferir, colocar ou acolher; meios são a forma de contenção e motivação dos traficantes - ameaças, força, coação, sequestro, fraude, engano, abuso de poder, apropriação indébita condição ou corrupção de senso comum; o alvo é o propósito explorador da vítima - exploração sexual, trabalho forçado, escravidão e/ou afins, bem como escravidão e

remoção de órgãos. Sem qualquer um desses três elementos, o crime de tráfico de pessoas não existe (IBBCRIM, 2021)

Descreve dessa forma, GALLAGHER (2010) Apud CARDOSO (2014, p. 40):

A ação é o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento. Os meios são a ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, o rapto, a fraude, o engano, o abuso de autoridade ou valer-se da situação de vulnerabilidade ou da entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra. E o propósito é a exploração. Os três elementos devem estar presentes para que a conduta criminosa se caracterize, exceto nos casos envolvendo crianças, quando os meios, conforme disposto na alínea 'c' do artigo 3o do Protocolo, não são necessários.

Ensina Mandelli (2008) que o Protocolo inicia uma fase destinada a proteger crianças e mulheres, bem como a humanidade em geral. Visa proteger e garantir condições de vida dignas para todos, trabalha com os países buscando promover o desenvolvimento, prestando serviços de assistência àqueles que sofreram abusos graves e uma maneira fácil de denunciar, impedir que os aliciadores retornem com a praticar tal ato ilícito.

Com a promulgação do Protocolo de Palermo, o Brasil passou a considerar o tráfico como uma política nacional e implementou um plano nacional de combate ao tráfico de pessoas com três eixos estratégicos de atuação: prevenção, atenção às vítimas, repressão e questionamento do agente responsável. Entre as prioridades relacionadas a esses eixos estão a capacitação e capacitação de atores direta ou indiretamente envolvidos no combate ao tráfico de pessoas na perspectiva dos direitos humanos e a mobilização e promoção de grupos e comunidades específicos para reduzir a vulnerabilidade de potenciais vítimas. (ASMEGO, 2012)

Conforme descreve o artigo 2º, do supracitado Protocolo:

Os objetivos do presente Protocolo são os seguintes:

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

Destarte, o Protocolo de Palermo veio justamente como um auxílio para o legislador brasileiro, buscando trazer um maior entendimento no que tange sobre a definição do termo tráfico de pessoas, no que se diz a um entendimento de nível mundial.

4. TRÁFICO DE ÓRGÃOS: A VIDA COMO OBJETO DE COMÉRCIO

O tráfico de órgãos, seja qual for a sua forma, é sem dúvida uma das mais graves violações dos direitos humanos e pode ser considerada uma verdadeira “epidemia global” contra a dignidade e a liberdade humana. No século XXI, apesar de toda modernidade e crescimento da tecnologia, pessoas ainda, de diversas partes do mundo, estão sendo traficadas pelo mundo, comercializadas como objetos de consumo e lucro. (BIASIBETTI, 2021)

No ano de 2008, a Sociedade Internacional de Transplantes e Nefrologia elaborou uma declaração chamada Declaração de Istambul, que visa definir tráfico, turismo e comércio de transplantes órgãos, tecidos e partes para transplante no território do país por estrangeiros não residentes no país. O Brasil, se tornou signatário em 2012, através da portaria nº 201. (ROZA, 2012)

Dessa forma, existem quatro tipos diferentes de comércio de órgãos: turismo de transplante, tráfico ilegal de órgãos, tráfico ilegal de seres humanos para extração de órgãos e comércio legal de órgãos.

O tráfico de órgãos inclui a transferência de controle sobre um potencial doador por meio de ameaça ou uso da força ou qualquer outra forma de coação, sequestro, fraude, engano, abuso de poder ou vulnerabilidade, ou a oferta ou aceitação de pagamento ou benefício por terceiros, com a finalidade de ser transplantado pela remoção de um órgão.

O mercantilismo do transplante é uma política ou prática que trata os órgãos como mercadorias, ou seja, comprados, vendidos ou usados para ganho material.

Turismo para fins de transplante é o movimento de órgãos, doadores, receptores ou profissionais de transplante entre jurisdições para fins de transplante. Se a viagem para transplante envolve tráfico de órgãos e/ou comercialização de transplantes, ou se recursos (órgãos, profissionais e centros de transplante) dedicados à realização de transplantes para pacientes do exterior questionam a capacidade do país de prestar serviços de transplante à sua população. (ROZA, 2012, online)

Dessa feita, é inegável a existência do turismo de transplante de órgãos, em que pessoas necessitadas de órgãos viajam para países como o Irã, onde se sabe que a prática é comum, com o único objetivo de encontrar um doador, saudável e apto para a realização de transplantes,

ignorando atos ilegais e os danos que causam aos doadores, enriquecendo o mercado clandestino mundial. (ANDRADE, 2008)

O turismo de transplante é a modalidade que mais cresce. A vítima é paga para sair de seu país e tem seu órgão transplantado, em um segundo país, para o comprador. As pessoas que organizam todas as etapas, fraudam um documento atestando o parentesco entre vítima e comprador, assim como a transação financeira são os chamados “brokers”, e na maioria das vezes são integrantes de máfias secretas. A maior parte do valor cobrado pelo órgão fica com a máfia que organiza, ao doador é dado apenas uma pequena parte do preço total do órgão. (COPPETTI, et. Al. 2018, on-line)

O Código Penal Brasileiro tem a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, chamada Lei de Transplante de Órgãos, mas esta lei é “leve” levando-se em conta as penas aplicadas para casos criminais tão intrigantes. Assim, no que diz respeito ao campo penal, o artigo 15 da referida lei prevê as sanções para quem vender ou facilitar o comércio de órgãos:

Art. 15 - Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação. (BRASIL, 1997)

A este respeito, o artigo 15º da Lei de Transplantes de Órgãos estipula que quem comprar ou vender órgãos, tecidos ou partes humanas estará sujeito a sanções penais, pois, de acordo com o disposto no artigo 1º da referida Lei, se órgãos e tecidos são fornecidos gratuitamente, o para fins altruístas, bem como para transplante ou outros fins terapêuticos, deve depender de autorização do cônjuge ou parente, ser maior de idade, obedecer à linha sucessória, direta ou colateral. (BUONICORE, 2011).

Ainda na mesma linha de pensamento, de acordo com art. 15, da supracitada lei, denomina sujeito ativo e passivo do crime de comércio de órgãos:

[...] o sujeito ativo da ação poderia ser qualquer pessoa. Desde pessoas físicas a funcionários públicos, médicos, enfermeiros, familiares, enfim, qualquer pessoa. O sujeito passivo neste caso poderia ser dois. Se tratarmos do tráfico de órgãos intervivos será a própria pessoa que teve seu órgão retirado, porém se tratar do tráfico de órgão post mortem, será a família do morto (BUONICORE, 2011, p. 20).

Conforme as já citadas leis e acordos que o Brasil é signatário, tem também a Lei n.o 13.344/2016, que trouxe o artigo 149-A no Código Penal Brasileiro, analisando o crime de tráfico:

Art. 149-A - Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de: I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; [...]. Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. § 1o A pena é aumentada de um terço até a metade se: I - o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las; II - o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência; III - o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou IV - a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional. § 2o A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa.

Portanto, a Lei n.º 13.344/2016 é resultado da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) sobre o tráfico de pessoas ocorrida no Senado Federal em 2011 e 2012, e tendo em vista que o Brasil assinou a lei do referido protocolo de Palermo comprometido com o combate ao tráfico de pessoas em pessoas, levando ao tráfico de órgãos.

O tráfico de órgãos no mercado humano geralmente tem como alvo indivíduos ricos que não querem que nenhum membro da família seja submetido a transplantes e obtenha órgãos por meio do comércio ilícito. Caso contrário, os doadores são os indivíduos mais vulneráveis da sociedade e venderão partes de seus corpos em troca de sobrevivência, aceitando salários escassos, mas confiantes de que estão sendo bem pagos. Esses doadores raramente recorrem à polícia após a cirurgia porque são ameaçados por corretores de órgãos e a falta de informação os mantém em silêncio. (ALENCAR, 2007).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a globalização, o pensamento capitalista moderno geralmente sustenta que o uso do mercado como mecanismo de equilíbrio nas relações sociais é a solução para os problemas sociais. A chamada solução para o desequilíbrio entre oferta e demanda de órgãos para transplantes, ou seja, a legalização do comércio de órgãos no Brasil, é apenas mais uma tentativa de estender o mercantilismo a todas as esferas da sociedade.

Diante disso, a utilização do corpo como objeto é uma afronta à dignidade humana, pois o indivíduo torna-se o meio para satisfazer as necessidades da sociedade, vendendo-se como objeto.

Além de leis ineficazes (no que tange, brandas penalidades), há também falta de fiscalização nos hospitais e nas autópsias. A mídia, por sua vez, não informa a população sobre os casos de tráfico, argumentando que a prática prejudicaria a doação de órgãos. É importante observar que

a publicidade na mídia para doação de órgãos e tráfico humano, deve ocorrer antes que o indivíduo morra, não somente em uma situação que vire um caso emblemático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Emanuela C. O. de. Tráfico de seres humanos no Brasil: aspectos sociojurídicos - caso do Ceará. 2007. Domínio Público. Disponível em:

<<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/texto/cp037035.PDF>>. Acesso em: 22

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 25 de julho de 2022

BRASIL. Decreto no 2.268, de 30 de junho de 1997.85 Regulamenta a Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fim de transplante e tratamento. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/d2268.htm>. Acesso em: 07 .

BRASIL. Decreto no 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: <

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

BRASIL. Lei n.o 9.434, de 04 de fevereiro de 1997. BRASIL. Lei n.o 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 de agosto de 2022

DECRETO Nº 5.017, DE 12 DE MARÇO DE 2004. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm. Acesso em: 20 de agosto de 2021”2.

ASMEGO. Tráfico de pessoas, melhor prevenir. 2012. Disponível em:

<https://www.asmeago.org.br/artigos/?noticia=tráfico-de-pessoas-melhor-prevenir>. Acesso em: 10 de agosto de 2022.

BUONICORE, Giovana P. Tráfico de órgãos e bem jurídico-penal: análise do artigo 15 da Lei 9434/97. 2011. Monografia (Graduação) – Curso de Direito, PUCRS. Disponível em:

<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/giovana_buonicore.pdf>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2022

CAIONI, Rafaela Pelachim; TESSMANN. TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS NO BRASIL, APÓS O PROTOCOLO DE PALERMO. 2013. Disponível em:

http://www.ienomat.com.br/revistas/judicare_arquivos/journals/1/articles/79/public/79-490-1-PB.pdf. Acesso em: 17 de agosto de 2022.

Biasibetti, Marinês O tráfico de pessoas, órgãos e partes do corpo humano em Moçambique: um olhar a partir de 3 estudos realizados pela CEMIRDE. REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana [online]. 2021, v. 29, n. 62 [Acessado 5 Outubro 2022], pp. 227-234. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1980-85852503880006214>>. Epub 10 Set 2021. ISSN 2237-9843. <https://doi.org/10.1590/1980-85852503880006214>.

CARDOSO, Arisa Ribas. UMA LEITURA DO PROTOCOLO DE PALERMO SOBRE TRÁFICO DE PESSOAS À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS. 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/128916/328559.pdf>. Acesso em: 15 de agosto de 2022

Coppetti, Diandra Raíssa Martins. TRÁFICO DE ÓRGÃOS. 2018. Disponível em: <https://www.publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/moeducitec/article/download/9879/8576>. Acesso: 5 de outubro de 2022.

DIAS, Guilherme Mansur; SPRANDEL, Márcia Anita, REFLEXÕES SOBRE

POLÍTICAS PARA MIGRAÇÕES E TRÁFICO DE PESSOAS NO BRASIL. 2011. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/4070/407042014005.pdf>. Acesso: 20 de julho de 2022.

IBBCRIM. Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual e vulnerabilidade: entre o Protocolo de Palermo, o revogado art. 231 do Código Penal e a Lei 13.344/2016. 2021. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/86>. Acesso em: 10 de agosto de 2022.

JESUS, Damásio de. Tráfico Internacional de Mulheres e Crianças: Brasil, Aspectos Regionais e Nacionais. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 41

LADEIA, Ansyse Cynara Teixeira. TRÁFICO INTERNACIONAL DE MULHERES E SEU ENFRENTAMENTO NO ÂMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/pesquisa/trafico-internacional-de-mulheres-e-seu-enfrentamento-no-ambito-nacional-e-internacional>. Acesso em: 10 de agosto de 2022.

MATTE, Nicole Lenhardt. 2017. (Monografia) disponível em: <https://www.univates.br/bduserver/api/core/bitstreams/8531ad22-0285-4b15-8ddc-123ce11809cd/content>. Acesso:

MANDELLI, Renata M. de S. Tráfico de Pessoas. Brasília. 2008.

NOVO, Benigno Núñez. TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS. Disponível em:
<https://m.meuartigo.brasilecola.uol.com.br/amp/historia/trafico-internacional-pessoas.htm>.
Acesso: 20 de julho de 2022

Roza, Bartira de Aguiar Turismo e tráfico de órgãos para transplante: aspectos conceituais e implicações na prática. Acta Paulista de Enfermagem [online]. 2012, v. 25, n. 6 [Acessado 1 Outubro 2022], pp. I-II. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0103-21002012000600001>>. Epub 04 Jan 2013. ISSN 1982-0194. <https://doi.org/10.1590/S0103-21002012000600001>.

TJRJ. DIA MUNDIAL E NACIONAL DE ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS. 2022. Disponível em: <https://www.tjrj.jus.br/web/portal-conhecimento/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5736540/102788977>. Acesso em: 25 de agosto de 2022.

VENSON, Anamaria Marcon e PEDRO, Joana Maria Tráfico de pessoas: uma história do conceito. Revista Brasileira de História [online]. 2013, v. 33, n. 65 [Acessado 15 de setembro 2022], pp. 61-83. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-01882013000100003>>. Epub 16 Jul 2013. ISSN 1806-9347. <https://doi.org/10.1590/S0102-01882013000100003>.

RIGA, M.P. "Tráfico de pessoas e trabalho escravo desde a trincheira: novas pinturas para antigas molduras". In: Tráfico de Pessoas: uma visão plural do tema / organização: Augusto Grieco Sant'Anna Meirinho...[et al]. Ministério Público do Trabalho. Brasília, 2021.

CRIMINALIDADE CIBERNÉTICA EM TEMPOS DE PANDEMIA NO BRASIL E O PAPEL DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO CENÁRIO ATUAL

BRUNA GABRIELLY TEIXEIRA BARBOSA:
Graduanda do Curso de Direito do Centro
Universitário Santo Agostinho (UNIFSA).

MARIA EDUARDA FONSECA CHAVES⁹⁴

(coautora)

FRANCISCA JULIANA CASTELO BRANCO EVARISTO DE PAIVA⁹⁵

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade discutir a motivação do aumento célere dos casos de crimes *cibernéticos*, ou seja, crimes praticados no âmbito virtual, em enfoque no cenário atual de pandemia ocasionada pela COVID-19 no Brasil. Para tal fim, faz-se inquirição do delito tido como crime *cibernético*, manifestando suas principais características, legislações vigentes e a decadência em punir. Ainda que seja um crime de pleno conhecimento, neste cenário atual, se teve um impulso significativamente relevante aos autores de tal conduta infracional, que foi a consequência do alastre desse vírus motivada pelo isolamento social, onde os afazeres se deram em formato home Office, tendo principal aliada à internet.

Palavras-chave: aumento dos casos, covid-19, internet, isolamento social.

1 INTRODUÇÃO

No passado, a internet era um meio utilizado para fins científicos e militares, e em constante evolução, no final década de 80 a internet chega ao Brasil, facilitando meios de pesquisas. A ferramenta acarretou um avanço tecnológico trazendo consigo incontáveis benefícios para o meio, facilitando a vida e a interação entre pessoas, locomoção, trabalhos, entre outros.

O mundo enfrentou a severa pandemia da Covid-19, onde a mesma chegou em março de 2019 ao Brasil, alterando o dia a dia no povo brasileiro, que seguindo as recomendações da OMS (Organização Mundial de Saúde), o mais adequado seria o isolamento social visando evitar maior contágio entre a população.

Em meio ao cenário pandêmico, a população teve de se adequar ao novo normal e teve a internet como sua principal aliada, seja para os afazeres diários ou até mesmo como forma de lazer. O novo normal possibilitou que professores e alunos voltassem às aulas de forma virtual, que

⁹⁴Estudante do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho (UNIFSA).

⁹⁵ Professora orientadora, mestre. Docente do curso de Direito UNIFSA.

empresas de pequeno e grande porte pudessem retornar com seus afazeres por meio do *Home Office*, entre outros, que a vida continuasse de forma normal apesar de respeitar o isolamento.

Com a população respeitando as recomendações da OMS, o número da criminalidade nas ruas passou a decair em relação aos dias normais, contudo, os criminosos estudando a presente situação perceberam que o local de maior vulnerabilidade seria no âmbito virtual, tendo em vista o crescimento de usuários na rede, da inexperiência e necessidade de outros, não esquecendo dos desafios em localizar o criminoso e punir.

Os crimes virtuais, mais conhecidos como *crimes cibernéticos*, ganharam uma grande força em meio a pandemia da Covid-19, pela necessidade de acesso entre os indivíduos e a vulnerabilidade dos mesmos diante de ferramentas da internet com inúmeras possibilidades. Possibilidades essas, que com pouco ou quase nada de monitoramento e observação se tornaram um lado obscuro do novo normal.

Crianças e idosos passaram acessar a internet com mais frequência por se tratar da única forma de lazer e entretenimento, se tornando alvo de criminosos que dotados de má fé desvendam um lado obscuro do âmbito virtual, onde se camuflam para obter sucesso em suas metas. Apesar de não ser uma problemática nova, teve um grande impacto no cenário atual.

Buscando melhor amparo para o indivíduo, a responsabilidade civil enfrenta obstáculos para que sejam encontrados os cibercriminosos e que os mesmos sejam penalizados por seus atos. E a banalização em punir, o pensamento negativo do indivíduo a respeito de ir atrás de seus direitos ou não, são amarras que prejudicam a funcionalidade da lei.

Diante do aumento dos crimes cibernéticos no período da Covid-19 Brasil, qual a ação da responsabilidade civil com a expansão da prática criminal cibernética no período de 2020 a 2022?

O presente estudo busca relatar a expansão massiva de crimes cibernéticos no Brasil durante o período pandêmico. Tendo por objetivos específicos, revisar a bibliografia sobre o Direito Civil, discutir a respeito da responsabilidade Civil, debater os perigos de cibercrimes e estabelecer a relação entre responsabilidade civil e tais crimes.

Esta pesquisa, de caráter qualitativo, busca mostrar e entender o crescimento absurdo na criminalidade cibernética durante o período da pandemia do Covid-19 no Brasil, evidenciando os meios de adequação da criminalidade no dia a dia.

Para obtenção de tudo isso, foram realizadas buscas em artigos disponíveis e acessíveis na internet, fontes de doutrinas, rodas de debates. Com o intuito de evidenciar o aumento da criminalidade virtual em meio a um período pandêmico.

O estudo realizado no período de fevereiro de 2022 a dezembro de 2022, através do levantamento de livros, artigos científicos, legislação, teses, dissertações, doutrinas e jurisprudências, nas seguintes bases de dados: Scielo, Google acadêmico, Periódico Capes, utilizando termos de pesquisa: Direito Civil e Responsabilidade Civil.

O interesse pela temática deu-se devido ao aumento de cibercriminosos e a necessidade de usuários se manterem conectados, ou seja, para trabalhos, estudos ou entretenimento. Os noticiários e relatos de vítima de crimes virtuais ficaram cada vez mais frequentes. A presente pesquisa tem o intuito de mostrar os perigos e armadilhas por trás da internet, assegurando os direitos do indivíduo que sofre violação das mais variadas formas.

O espaço virtual está cada dia mais perigoso, principalmente aos que não têm muita habilidade com as ferramentas. Em primeiro momento, é necessário a discussão em torno dos meios de segurança no âmbito virtual, visando as melhores e mais eficazes formas de fugir do lugar de vítima. Salienta, divulgar das mais variadas formas a respeito dos perigos e armadilhas, para o benefício maior entre os usuários do home office, os acadêmicos, e os demais.

2 A INTERNET E AS AMARRAS DE FÁCIL ACESSIBILIDADE

2.1 Conceito e características

Em meados da década de 70, a internet era usada para fins militares e científico. E com sua reviravolta, tomou novos rumos, devido ao desenvolvimento de tecnologias de banda larga e internet sem fio, bem como a ampliação dos dispositivos portáteis e multifuncionais e levando como consequência a expansão e a diversificação dos recursos da internet, como também a participação cada vez maior dos usuários na criação de conteúdo online e o exponencial crescimento de informações circulantes em meio virtual (MIRANDA; MIRANDA, 2020).

No final da década de 80 a internet chega ao Brasil, e rapidamente atingiu a população, por oferecer informações na área de ensino e pesquisa. Em 2018 por meio de dados de estatística, chegaram à conclusão que 79,1% dos domicílios particulares. Seu crescimento vem provocando uma alteração até na forma como as pessoas se comunicam, captam informações e repassam (SZWARCOWALD; PINA, 2021).

Atualmente a internet e as novas mídias têm um papel fundamental na evolução da sociedade, elas se dessemelhaça dos outros meios devidos suas novas formas de participação e interação, e não por recebimento de informações (PONTIERI, 2022). Nos últimos anos, o uso da internet vem aumentando e sendo cada vez mais comum, e quando é utilizada de forma moderada não representa tanto risco para população, mas seu uso excessivo pode gerar problemas (FERNANDES; MAIA; PONTES, 2019).

Por sua vez A internet tem se mostrado cada vez mais ser ferramenta essencial e sua evolução tem se aproximando da realidade como um cotidiano estabelecido, como por exemplo:

nas obrigações tributárias, nas inovações de lazer, nas relações de trabalho, e outras plataformas. Mas apesar da sua facilidade, possui seu lado ruim que é a disseminação de informações inserida em sistemas, cadastros, aplicativos, pedidos, compras, que serve para identificar mais rápido seus usuários (FIGUEREDO, 2022).

No entanto, evolução da tecnologia na sociedade moderna é visível em várias áreas, dentre elas: desenvolvimento científico-tecnológico, o desenvolvimento econômico, comércio eletrônico, a educação à distância, a telemedicina, as redes sociais e outros. O uso da internet em massa também leva pessoas mal-intencionadas criar plataformas, cujo benefício é roubar informações de usuários inocentes para alcançar seus objetivos, seja eles no âmbito financeiro ou pessoal. Nesse ponto, convém considerar o aspecto negativo desse crescimento tecnológico, uma vez que a privacidade e proteção de dados é frágil (SILVA; VIEIRA, 2021).

Essas atitudes mal-intencionadas são atos criminosos conhecidos como crimes cibernéticos, que são ataques realizados por meio de ferramentas em computadores, ou seja, são ações ilícitas e consideradas de difícil detecção (SILVA; GOMES, 2022). Esses atos criminosos são realizados por pessoas conhecidas como *hackers* ou *cibercriminosos*, que conseguem atingir várias pessoas, dispositivos em diversos lugares, com intuito de ganhar dinheiro na maioria das vezes, e por isso é importante que a população fique atenta a esses vírus de programas, solicitação de códigos, senha e informações pessoais (DEBORA, 2020).

Considerando o aumento desses crimes, foram criadas as Leis nº 12.735 e nº 12.737, ambas de 30 de novembro de 2012, também conhecida informalmente ou apelidada de Carolina Dieckmann, cujo o objetivo foi conter os crimes virtuais no Brasil. A lei como marco civil da internet “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” (BRASIL, 2021).

Em 23 de abril de 2014 surge o marco civil da Internet, a Lei 12.965, que instrui o uso correto e estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, a mesma também determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria, em seu artigo 1º, 3º diz sobre princípios e garantias: (BRASIL, 2014).

Em 2019, teve um aumento da incidência da Lei nº 12.735, devido a pandemia da Covid-19. No dia 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou que a nova corona vírus (Sars-cov-2), causador da doença Covid-19 que gerou uma pandemia, onde países adotaram o isolamento social como medidas para conter a expansão. Durante a pandemia a Internet foi mais demandada em razão da migração de atividades essenciais para o ambiente digital (DESLANDES; COUTINHO, 2020).

O isolamento social fez as pessoas utilizarem mais ainda as ferramentas tecnológicas, visto que, as mesmas realizavam trabalhos em home office sem programas de segurança, que acabam sendo vítimas de fraudes e golpes, e muito dos usuários não estão preparados a lidar com crimes cibernéticos (SÁ; SILVA, 2021).

É evidente que o acesso à internet fez uma revolução na forma de viver e conviver em sociedade, pois ela trata-se de um elemento fundamental para desenvolvimento cultural, intelectual, profissional, educacional e econômico das pessoas. E também transpõem barreiras físicas e temporais, horizontalizou a comunicação e democratizou o acesso e a produção de informações (GONÇALVES, 2021).

2.2 Fonte de fácil acessibilidade

Nos últimos anos o acesso a internet entre crianças e idosos aumentou consideravelmente, fazendo deles o público alvo, sendo levada em consideração a inexperiência e a vulnerabilidade de ambos no meio virtual.

Em meio ao isolamento social, houve a adequação de estudantes e professores em salas virtuais, tornando necessário o acesso de crianças e adolescentes a internet para a manutenção de conteúdos e redução de prejuízos de conhecimentos.

Os dados são do Levantamento Tecnologia da Informação e Comunicação com base em informações da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PnadTIC), onde o estudo mostra que no ano de 2019, "46,7% das crianças tinham acesso a celulares para uso pessoal no Brasil. Em 2021, esse número subiu para 51,4%".

Diante da era da tecnologia da informação, percebe-se a importância que a informática possui no momento, ressaltando que a maioria das pessoas, físicas ou jurídicas, "depende do seu dispositivo informatizado, que variam de um simples pendrive ou celular, até um computador com banco de dados sigilosos de uma empresa" (BRITO, 2013, p. 7).

As redes sociais se tornaram o meio de lazer e entretenimento entre as crianças e adolescentes no atual cenário, e por fim, as mesmas ganhando mais visibilidade e sem contar, que muitas vezes, sem o monitoramento de algum responsável para saber quais as ferramentas e de que forma está sendo utilizada.

Pesquisa realizada pela Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas (CNDL) e pelo Serviço de Proteção ao Crédito (SPC Brasil) em parceria com a Offer Wise Pesquisas, apontam que "Nos últimos anos, houve forte avanço do número de idosos com acesso à internet: o percentual de pessoas com mais de 60 anos no Brasil navegando na rede mundial de computadores cresceu de 68%, em 2018, para 97%, em 2021."

Em decorrência da pandemia e do isolamento social, os idosos tiveram que seguir rigorosamente as recomendações da Organização Mundial de Saúde, por serem a parte mais afetada e mais vulnerável ao vírus da Covid-19. Em meio a tais mudanças eles passaram a utilizar mais as redes como forma de comunicação e atualização de notícias, para que pudessem se manterem antenados em noticiários e se comunicando com familiares e amigos.

Segundo pesquisa “Entre os idosos conectados, a principal motivação é se informar sobre economia, política, esportes e outros assuntos (64%), também utilizam a web para manter o contato com outras pessoas (61%) e buscar informações sobre produtos e serviços (54%). O principal meio de acesso é o smartphone, citado por 84% dos idosos que usam a internet, um crescimento de 8 pontos percentuais em relação à 2018, enquanto 37% usam notebook e 36% computador desktop.”

A busca pela segurança e não contágio do vírus, trouxe consigo o uso massivo de meios de comunicações virtuais, desencadeando uma série de outros perigos. Os cibercriminosos viram o cenário pandêmico como uma forma de acompanhar pessoas e desempenharem ações dotadas de má fé, visando benefício próprio.

José Cesar da Costa, presidente da Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas afirma que “A pandemia acelerou ainda mais o processo de transformação digital, e com os idosos não foi diferente. Muitos passaram a utilizar redes sociais e videoconferências para manter contato com familiares e se informar. Sem contar a necessidade de fazer as compras de forma mais segura”,

Durante seu acesso, a pesquisa aponta que os aplicativos mais utilizados pela terceira idade são as redes sociais (72%); transporte urbano(47%); e bancários (45%), facilitando que os indivíduos dotados de má fé realizem *crimes cibernéticos*, através de *Fake News*, buscando enganar e extorquir pela falta de conhecimento.

Para o coordenador do Centro de Tecnologia e Sociedade da FGV Direito Rio, Luca Belli, a necessidade de isolamento social durante a pandemia corroborou de tal forma para o aumento do uso do dispositivo móvel e do acesso à internet tanto pelos idosos quanto pelas crianças.

“Muitos serviços públicos e privados foram digitalizados, então se tornou uma grande necessidade. No caso das crianças, há a educação à distância nos anos de 2020 e 2021. Mas antes de festejar essa grande, é preciso autocrítica. É altamente improvável que as pessoas estejam sendo instruídas sobre como utilizar da maneira segura possível e não ser vítima de aplicativos de fraudes e comportamentos abusivos durante o acesso à rede.”

3 CRIMES CIBERNÉTICOS

3.1 Conceito e características

No início do século XIX, além de produzir entretenimento e considerada uma ferramenta de trabalho, sua expansão acompanha a crescente mundial, mudando a forma de comunicação e interação das pessoas. Ela está presente em cada fase do desenvolvimento, na infância se inicia em jogos e atividades voltadas para crianças, nos adolescentes, adultos e idosos em redes sociais e ferramentas de trabalho (LARANEIRAS *et al.*, 2021).

No entanto as leis que são utilizadas como referenciais normativos e observação para proteção dos usuários são, a Constituição Federal de 1988, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD – Lei nº 13.709/2018), promulgada para proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e a livre formação da personalidade de cada indivíduo, e o Marco Civil da Internet representada pela (Lei nº 12.965/2014), que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil (FILHO; GUIMARÃES, 2020).

Contudo a realização de negócios na internet e entretenimento foi direcionado através da criação do Marco Civil, porém ele não estabelece sanções penais e sim, orientações acerca das condutas praticadas no âmbito digital. Portanto a ausência de regulamentação propicia condutas abusivas de alguns usuários, dada a sensação de liberdade irrestrita e impunidade (MARRA, 2019).

Seu avanço de forma descompassada não acarretou apenas pontos positivos, mas também possibilitou uma terra fértil para as práticas criminosas pela rede mundial de computadores. Infrações praticadas no ambiente da web avocam inúmeras nomenclaturas, tem-se como exemplo o crime digital, crime informático, crime informático-digital, cibercrime, crimes eletrônicos, e outros (SILVA, 2020).

Diante a esse crescimento e desconhecimento das pessoas, o índice de crimes virtuais se expandiu. Pois a população possui um baixo conhecimento sobre esses atos criminoso que acontecem na internet e circula pelo mundo, porque muitos deles acreditam que um crime digital é apenas um compartilhamento de fotos íntimas na internet, se baseando no que acontece com alguns famosos (PEREIRA; OLIVEIRA, 2019).

Segundo Marra, 2019, os crimes virtuais são conhecidos como:

É a conduta típica, ilícita e culpável que preenche os pressupostos de crime ou de contravenção penal, ocorrida com dolo ou culpa, perpetrada por pessoa física ou jurídica por meio da informática, seja na Rede Mundial de Computadores ou não, e que vai de encontro à segurança do sistema informático, o qual deve observar a integridade, desimpedimento e a privacidade de indivíduos e entidades.

Esses crimes cibernéticos originados por pessoas internas à organização representam um grande risco para as empresas, pois possui uma amplitude global, de complexa identificação e

rastreamento, com impactos variados, cujos riscos e recompensas diferem do crime convencional, o mesmo e separado em dois grupos: 1) atos criminosos já conhecidos no mundo real, exemplo disso são os fraudes, roubos de informação, difamação, chantagem, pornografia, lavagem de dinheiro, violação da propriedade intelectual e terrorismo; 2) crimes cibernéticos puros, que compreendem atos desonestos ou mal-intencionados que não existiriam fora do ambiente virtual (GARCIAS *et al.*, 2019).

No Brasil em 2012 foi sancionada Lei trata dos crimes cibernéticos no Brasil, conhecida como “Lei Carolina Dieckmann”, que assim ficou conhecida a Lei Federal nº 12.737/2012, cujo artigo:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. § 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput. § 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico. § 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave. § 4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidas. § 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra: I - Presidente da República, governadores e prefeitos; II - Presidente do Supremo Tribunal Federal; III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.

Segundo Egewarth (2019), um dos principais crimes cibernéticos é falsidade ideológica, estelionato, calúnia e difamação no meio virtual são mais conhecidos como cyberbullying, os crimes de espionagem virtual ou cyber espionagem, pedofilia que ganhou um espaço dos delitos mais cometidos na internet e ainda, têm-se em grande parte da web os atos contra o patrimônio, sendo

este, preocupante à grande parte de internet, dado que atinge o patrimônio individual do indivíduo e as ameaças de morte.

De acordo com **Código Penal - Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940** o conceito de falsidade ideológica (art.299), estelionato (art. 170) se dar no:

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

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.

Portanto os cibercrimes são um conjunto de crimes concretizados pela utilização de meios informático-tecnológicos, uma das principais características dos cibercrimes é que por serem feitos em um ambiente não físico, e por esse motivo podem ser facilmente alterados e apagados, mas existe situações que as informações são resgatadas, porém as investigações são encerradas pelo simples fato de que não conseguem encontrar informações hábeis ou cruciais para encontrar a materialidade e sua autoria (REIS; VIANA ,2021).

3.2 Criminalidade em exponencial em rede

No Brasil o isolamento social foi um fator que corroborou para o aumento da criminalidade no âmbito virtual tendo em vista o crescimento de forma exorbitante de número de usuários na rede.

Segundo pesquisa da Fortinet Threat Intelligence Insider Latin America, o Brasil foi alvo de mais de 3,4 bilhões de tentativas de ataques na internet, durante a pandemia, foram registradas 156.692 denúncias anônimas. Tendo como crime excessivo a pornografia infantil com 98.244 casos registradas, dados estes que levam em conta as notificações recebidas pela Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos, uma parceria, da ONG Safernet Brasil com o Ministério Público Federal (MPF).

Quanto aos crimes cibernéticos de natureza financeira, que apesar de não se tratar de uma novidade, causam uma maior vulnerabilidade nas pessoas, como invasão de computadores, roubo de senhas e dados bancários, além de golpes gerais de extorsão também aumentaram, conforme dados disponibilizados pela Federação Brasileira de Bancos (Febraban) houve um aumento de 80% nas tentativas de ataques virtuais na modalidade Phishing, bem como, cerca de 70% em de golpes de falso funcionário e de falsas centrais telefônicas e de 60% em tentativas de fraudes contra idosos.

O uso massivo e constante da internet abre cada vez mais portas para a expansão dos criminosos, no entanto, por este ser um crime realizado pelo meio virtual é difícil assimilar quando se refere a um golpe, ou apenas um vírus de computador sem muitos riscos, em se tratando de todas as idades, qualquer um pode ser vítima e de difícil distinguir (WALTRICK, 2016).

Os crimes cibernéticos trazem consigo danos nem sempre reparáveis, podendo causar sequelas irreversíveis, e ninguém está isento. Segundo a Norton, em pesquisa realizada em vários países do mundo, o prejuízo causado pelos ataques a internautas brasileiros chega a US\$ 10,3 bilhões somente no ano de 2016 (WALTRICK, 2016).

Compras indevidas no cartão de crédito e em aplicativos para celulares, operações financeiras irregulares e até pagamento de resgate por ransomware (quando o hacker toma controle do dispositivo e só o libera em troca de dinheiro) são exemplos de cibercrimes, na função de extorquir dinheiro de alguma forma, seja com seus dados ou fotos (WALTRICK, 2016).

Os obstáculos enfrentados pelo indivíduo passivo de engano, estão cada vez mais elaborados, dificultando a justiça e abrindo portas para a extorsão de informações, de dinheiro, entre outros, “está ficando cada vez mais difícil para o usuário distinguir os sites e aplicativos falsos dos verdadeiros” (WALTRICK, 2016).

Tabela – Porcentagem de casos envolvendo cibercrime, com cada pessoa relatando mais de um caso:

TIPO DE CRIME	PORCENTAGEM
Phishing (roubo de dados)	27%
Golpe de falsos vendedores varejo online	21%
Fraude envolvendo caridade de arrecadação de fundos	19%
Golpe em desempregados	18%
Vacina de COVID-19, curas e testes	15%

Fraude em seguros	15%
Fraude de envio de produtos	14%
Roubo de identidade	14%
Cartão de crédito roubado ou cobrança fraudulenta	13%
Golpe do "benefício do governo"	12%

Fonte: Sakate (2020, p. 1).

Na liderança aparece *Phishing*, ou seja, roubo de dados, o que implica em dizer que no cenário pandêmico da Covid-19, esse tipo de golpe se mantém de forma crescente na população, podendo ressaltar também alguns golpes específicos ao período, como golpes envolvendo a vacina do COVID-19 e os golpes do "benefício do governo", ou levando em consideração o *Home Office* (SAKATE, 2020).

Devido à quantidade de notícias falsas, as famosas Fake News, são espelhadas nas redes sociais e aplicativos, ataques de hackers a órgãos públicos e vazamentos de dados pessoais de milhões de brasileiros, estima-se que mais de 11 milhões de acessos e compartilhamentos foram realizados sobre golpes informáticos, observando a gravidade deste problema no país, que também se intensifica com o compartilhamento de notícias falsas (Fake News) (BOTTINI, 2020).

Apesar dos inúmeros avanços no ambiente virtual, como a Lei Geral de Proteção de Dados e a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), é ainda questionado sobre o que pode ser feito para proteger melhor os cidadãos contra esse tipo de crime, pela dificuldade enfrentada para que seja feita a justiça (Sen. Carlos VianaMG,2021).

4 RELAÇÃO ENTRE A PANDEMIA E O CRESCIMENTO DE CRIMES CIBERNÉTICOS

4.1 Isolamento social como propulsor da vulnerabilidade virtual

Com a chegada da pandemia do Covid-19 em março de 2020 no Brasil, houve uma mudança extrema na vida de todos, acarretando vários prejuízos em diversas áreas. Seguindo as recomendações da Organização Mundial de Saúde (OMS), surgiu então, o novo normal, diante do cenário de isolamento social, como as medidas mais seguras a serem adotadas para que as pessoas

encontrassem formas de continuar com seus afazeres diários normalmente, sem ter que sair de suas casas, tendo a internet como sua principal aliada.

Com o isolamento social, a acessibilidade no ambiente virtual cresceu de forma assustadora por suprir quase todas as necessidades do indivíduo, seja para estudos, trabalhos ou entretenimento. Apesar dos incontáveis benefícios, a internet traz consigo diversas armadilhas e perigos, quando manuseadas de má fé, com o intuito de aproveitar-se de situações para obter ganhos de formas ilegais, apesar de não se tratar de um novo conceito de criminalidade, os crimes cibernéticos ganharam mais força durante a pandemia, como entendido e dito por Martins (2020, p. 02):

Criminosos percebendo o uso massivo da rede mundial de computadores por grande parte da população mundial procuraram, rapidamente, adaptar-se à nova realidade para cometer fraudes eletrônicas, aproveitando-se do estado de medo e ansiedade que a pandemia e a necessidade de isolamento causam as pessoas.

Empresas e Instituições optaram pelo *Home Office* (o trabalho virtual em casa), para que não parassem seus serviços e não tivessem mais prejuízos, estudantes e professores voltaram às salas de aulas, dessa vez, virtuais, crianças e idosos tiveram mais acesso ao ambiente virtual, abrindo inevitavelmente portas para criminosos com intuítos diferentes. As *fake News*, sites fraudulentos, ofensa a honra e injúria, tornaram-se mais frequentes no decorrer dos últimos dois anos, fazendo do indivíduo um ser cada dia mais vulnerável. Segundo Tonny Martins, gerente geral do IMB, "e-mails maliciosos subiram 600% em março, após alta do *home Office*", explica também que tentativas de fraude [em quantidade] foram quase dez vezes maiores de um mês para outro.

Com a saúde mental abalada e com uma dificuldade maior em encontrar ajuda, a pandemia conseguiu aflorar a fragilidade e carência dos usuários, sendo percebida na necessidade de interação e aceitação a todo o momento em redes sociais e os criminosos, por fim, avaliando cada atitude para que pudesse entender e agir contra as fragilidades alheias.

As ferramentas de lazer e entretenimento, como o *Tiktok*, o *Instagram* e *Facebook* ganharam mais força entre todas as idades, e com o público cada vez mais vulnerável pela inexperiência diante das ferramentas, tornou-se mais fácil realizar crimes *cibernéticos*. As crianças sendo postas em evidência com danças em vídeos curtos para o mundo todo, consequentemente abrindo portas para o *ciberpedofilia*, idosos e trabalhadores pelo pouco saber das ferramentas no âmbito virtual viraram o público alvo no cenário atual, na clonagem de dados, auxílios benefícios, não deixando de mencionar, os jovens com dificuldade de aceitação que foram severamente expostos a opiniões e ofensas sem o mínimo pudor. A tão sonhada era do futuro foi aos poucos tornando a vida de alguns em pesadelo, segundo os dados da *Kaspersky*, os ataques a dispositivos móveis crescem 124% em março, inegavelmente por conta do isolamento. Com as pessoas o tempo todo em suas casas, a prática de roubos e furtos nas cidades brasileiras, foi reduzida, no entanto, os criminosos adequaram-se a nova realidade, atingindo os indivíduos de várias formas, em grupo de pessoas ou somente uma pessoa.

Com consequências irreversíveis, os dois últimos anos foram palco de tragédias no ambiente virtual, que infelizmente ultrapassaram as telas. A liberdade de expressão acaba no momento que fere os direitos de outrem, e passa a ofender, deixar traumas e as vezes, ter consequências inesperadas e irreparáveis. O *cyberbullying*, um entre tantos crimes cibernéticos, pode ser fatal e acontecer com qualquer um, principalmente em um cenário triste e solitário como o atual. As redes sociais deram eco às opiniões e declarações odiosas e intolerantes, inevitavelmente, os criminosos foram ganhando mais espaço.

As consequências, muitas vezes vêm acompanhada de vergonha e do sentimento de inutilidade e inocência, a vítima, como em alguns casos, por terem suas fotos e vídeos vazados, suas informações e dados clonados, não sabem como agir por se tratar de um âmbito virtual, uma terra considerada muitas vezes sem lei, onde tudo é possível.

5 A RESPONSABILIDADE CIVIL E A BANALIZAÇÃO EM PUNIR

5.1 Necessidade da criação do Estado

O anarquismo vivido pelos nossos ancestrais, a luta pela sobrevivência e por bens gerou a necessidade da criação de leis, para que fosse postas condutas com o intuito de amparar o indivíduo em situações de perigo à vida. Olho por olho, lei de Talião, são exemplos fies da evolução constante que a justiça vem sofrendo desde a antiguidade, a vingança, por sua vez, deixou de fazer parte de um conceito justo.

Antigamente a população primitiva agia por instinto com intuito de obter vingança quando algo lhe ocasionava um dano. A vingança é a primeira noção de responsabilidade civil que surgiu no mundo, ela é baseada na Lei de Talião, ou seja, a conduta humana visava castigar com dano semelhante o causador do dano assim como sua conduta atingiu a um inocente, considerando apenas a óptica da vítima. Por volta de 286 a.C., surgiu a Lei Aquília que, para muitos autores, é um marco da responsabilidade civil (FREITAS, 2019).

Com o passar dos anos, nasceram novos conceitos, visões, direitos e deveres a serem resguardados e cumpridos, para o bom funcionamento de uma vida em sociedade. Surgiram várias responsabilidades em relação a ofensa ao direito alheio, em caráter punitivo, que tinham como finalidade disciplinar a conduta de quem a cometeu.

No entanto toda atividade prejudicial que prejudica outro, acarretando em um determinado desequilíbrio que leva a prejuízos morais e materiais, na qual o ator responsável deve assumir suas responsabilidades reparando o mal causado. O dever moral ou jurídico de conserta o dano causado, nos transmite o conceito de responsabilidade, e ao infringir o direito do outro através de um ato ilícito, surgir a Responsabilidade Civil (NETO, 2017).

Segundo Mansur, 2017, Responsabilidade Civil é:

A responsabilidade civil está atrelada a ideia de que toda pessoa que violar um dever jurídico de outrem através de um ato lícito ou ilícito, tem

por dever a reparação. Uma vez que todos fazem uso do dever jurídico originário de não provocar danos a outrem, quando este dever jurídico originário é violado, passamos a ter o dever de reparar o dano causado, ou seja, um dever jurídico sucessivo.

O artigo 187º do Código Civil dispõe que, “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”

Em síntese, a responsabilidade civil é classificada pela doutrina tanto em função da culpa sendo ela objetiva (fundamentada no risco) ou subjetiva (fundamentada na culpa) ou como também em função da natureza contratual ou extracontratual. A subjetiva é elaborada mediante culpa do agente causador do dano, já objetiva ela decorre de atividades perigosas, e não pela apuração do agente (LOPES; NONO, 2020).

De acordo com a doutrina especializada a ilicitude subjetiva é composta pela conduta humana (que é ação em sentido amplo, ou seja, ação propriamente dita), dano (que pode ser material, moral ou estético), Nexo-causal (que é a ligação entre a conduta praticada e a resposta danosa) e culpa (inclui tanto o dolo como a culpa em sentido estrito, que é a quebra do dever de cuidado), já ilicitude objetiva tem os mesmos pressupostos, exceto a culpabilidade (PEREIRA, 2022).

A Responsabilidade Civil em função da natureza o tipo contratual pode ser definido no Art. 389 do CC “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

A Responsabilidade Civil também pode ser extracontratual ou aquilina, que ocorre quando não acontecem intermediação jurídica entre a vítima e autor, ou seja, nenhum tipo de vínculo, pois o dever obrigacional de indenização surge a partir de fatos jurídicos que afrontam normas positivas (SILVA, 2019).

5.2 Decadência da punição

A lei da sobrevivência dos nossos antepassados, tinha como peças fundamentais, o anarquismo, a vingança e a necessidade de se sobressair ao seu inimigo. É interessante pensar que pessoas a frente de seu tempo pensaram além e com a constante evolução dos seres humanos dia após dia, aos poucos foram surgindo condutas, responsabilidades, leis que regiam aqueles povos, leis estas, que deram voz e força às que temos hoje, depois de anos e anos de adaptações ao meio, a cada sociedade e cultura.

Usaram de suas crenças, de seus ideais e vários outros fatores para a realização de formas de disciplinar o indivíduo que errasse perante as leis de condutas que eram regidas a cada

tempo, até que chegassem nas leis atuais, onde buscam se adequar a toda e qualquer realidade social e a cada desafio, principalmente em se tratando de uma era virtual.

Assim como a criação da roda, a criação da internet foi e é inovadora, a cada dia que se passa, é o presente e o futuro tão sonhado. O ambiente virtual não só deslumbra, ele motiva a cada segundo uma nova descoberta, realizando o mais profundo desejo do ser humano de estar em constante comunicação, contato, diminuição de espaços, troca de informações e o de estar vivendo experiências de uma forma como nunca fora imaginada um dia. Apesar da diversidade de benefícios, tal evolução acarretou perigos e armadilhas no ambiente virtual, tendo em vista que, a criminalidade sempre esteve ao lado do indivíduo, e de forma que a sociedade evolui, a mesma busca se adaptar dia após dia.

O novo cenário de criminalidade ambiente virtual, leva o homem ao estado de natureza, pela dificuldade em punir os criminosos, devido aos avanços tecnológicos que permitem a ação de forma anônima e silenciosa. Por fim, dificultando o trabalho de investigadores nos casos e a própria vítima de imaginar quem seja a pessoa dotada de má fé. A responsabilidade civil surgiu para buscar resguardar e amparar os direitos do ser humano, mesmo antes do nascimento, sob a luz da teoria do nascituro, busca cessar esses conflitos, mesmo se tratando de crimes em um novo contexto, punir e fazer parte de uma vida mais segura. Com utilização em massa dos celulares e computadores, não tem como fugir da realidade criminal, todos se tornaram alvo.

O Estado busca medidas na criação de leis específicas, numa melhor capacitação dos agentes responsáveis por investigar, para que seja cessado o anarquismo e impor limites aos usuários de má fé na internet. A criação das Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, e a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, insistem numa constante adaptação ao meio. A Lei Geral da Proteção de Dados (LGPD), nº 13.709 de 14 de agosto de 2018, alterou a Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014, visando a análise do atual cenário, pensando nos perigos e nas melhores formas de combatê-los, apesar das dificuldades, garantindo a preservação dos direitos fundamentais, o artigo 2º da Lei Geral da Proteção de Dados vem ressaltar:

Art.2º A disciplina da proteção de danos pessoais tem como fundamentos:

- I- O respeito à privacidade
- II- A autodeterminação informativa;
- III- A liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;
- IV- A inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;
- V- O desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;
- VI- A livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VII- Os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais;

Sendo aplicada a qualquer pessoa natural ou jurídica, garantindo o poder de lutar por seus direitos violados enquanto usuário, lutando contra a dificuldade de punir e as amarras de uma terra sem lei.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lei da sobrevivência dos nossos antepassados, tinha como peças fundamentais, o anarquismo, a vingança e a necessidade de se sobressair ao seu inimigo. É interessante pensar que pessoas a frente de seu tempo pensaram além e com a constante evolução dos seres humanos dia após dia, aos poucos foram surgindo condutas, responsabilidades, leis que regiam aqueles povos, leis estas, que deram voz e força às que temos hoje, depois de anos e anos de adaptações ao meio, a cada sociedade e cultura.

Usaram de suas crenças, de seus ideais e vários outros fatores para a realização de formas de disciplinar o indivíduo que errasse perante as leis de condutas que eram regidas a cada tempo, até que chegassem nas leis atuais, onde buscam se adequar a toda e qualquer realidade social e a cada desafio, principalmente em se tratando de uma era virtual.

Assim como a criação da roda, a criação da internet foi e é inovadora, a cada dia que se passa, é o presente e o futuro tão sonhado. O ambiente virtual não só deslumbra, ele motiva a cada segundo uma nova descoberta, realizando o mais profundo desejo do ser humano de estar em constante comunicação, contato, diminuição de espaços, troca de informações e o de estar vivendo experiências de uma forma como nunca fora imaginada um dia.

A facilidade em diminuir espaços, mantendo conversas em tempo real não importando a distância entre as partes, a fácil acessibilidade de informações de todo e qualquer assunto, sempre na forma mais atualizada possível, tais benefícios da atualidade, deve-se a internet e seus meios de comunicação, interligando o mundo todo. Apesar de ser maravilhoso o ambiente virtual, existem uma diversidade de perigos e armadilhas entrelaçados em seu meio, perigos que podem conter consequências irreparáveis e danos irreversíveis.

A tão sonhada era do futuro, o mundo virtual e cheio de facilidade veio evoluindo de forma rápida e prática, tendo por maior objetivo facilitar cada vez mais a vida do ser humano em seu meio. Com a chegada da pandemia do Covid-19 em março do ano de 2020, e com isolamento sendo a medida recomendada pela Organização Mundial de Saúde, fazendo com que toda a sociedade permanecesse em suas casas, para o não contágio, houve incontáveis prejuízo, seja de bens, de saúde física e mental, entre outros, então, foram tomadas medidas para cessar os males do isolamento quanto a tais prejuízos.

O teletrabalho foi a forma de trabalho salvadora da pátria, as instituições de ensino voltaram a dar aulas, os alunos voltaram às salas de aulas, empresas voltaram a trabalhar e inovar seus serviços, adotando medidas, surgiu assim, o novo normal, todos já poderiam continuar com seus afazeres, com seus trabalhos e estudos em qualquer lugar, pois o problema maior havia sido cessado. Crianças e idosos tiveram maior facilidade e curiosidade de acessos no novo cenário.

O novo normal, em um cenário de isolamento conseguiu diminuir a criminalidade nas ruas, no entanto, os criminais tiveram que se adequar a situação atual, fazendo parte do ambiente virtual, inovando suas formas delitos, buscando vítimas, ora agora mais vulneráveis, com a saúde mental abalada, a falta de habilidade nas ferramentas da internet, possuindo menos que o básico de informações, crescendo então, os crimes cibernéticos, aterrorizando a vida de muitos, por tratar-se de várias vítimas e das mais variadas formas de delito.

A responsabilidade civil, a mesma que luta e resguarda os direitos do ser humano, mesmo antes do nascimento, sob a luz da teoria do nascituro, busca cessar esses conflitos, mesmo se tratando de crimes em um novo contexto, punir e fazer parte de uma vida mais segura. Com utilização em massa dos celulares e computadores, não tem como fugir da realidade criminal, todos se tornaram alvo.

As redes sócias foram revestidas de discurso de ódio, intolerância, ameaças, *fake News*, quanto a exposição de criança, a *ciberpedofila*, a prostituição virtual de jovens e adolescentes, golpes, clonagem de dados, entre outros. Medidas foram todas para cessar o aumento dos mesmos, leis foram criadas o objetivo maior de proteger o bem mais precioso, a vida.

Casos e mais casos de vítimas foram surgindo no decorrer, e essas, pouco sabem de seus direitos, sofrem as consequências, agem por impulso diante a situação e nascem traumas que atingem a sua saúde mental, pela falta de conhecimento, pela dificuldade em encontrar o criminoso, de reverter o dano causado, às vezes levando a óbito do indivíduo, que por ter sua honra ferida, infelizmente, recorre a essa medida.

A criminalidade sempre esteve presente em nossas vidas, se adaptando a cada atualização do dia a dia. É necessário que seja barrado o crescimento da mesma diante do cenário de isolamento do indivíduo, aquela que permanece pondo em risco a vida do indivíduo física e mental

Rodas de debate, leis, punibilidade nos casos de infringir, experimentos sociais são uma realidade em busca de melhorias e satisfação do indivíduo no mundo moderno, buscando combater o aumento de crimes virtuais e seguridade quando usarem os meios de telecomunicação, seja pra qual função deseja realizar, quando de boa-fé.

7 REFERÊNCIAS

BENETTI, Débora Aparecida Miranda. A internet como instrumento utilizado pela perícia para resolução de crimes. Disponível em: <https://profdebora.jusbrasil.com.br/artigos/1109384866/a-internet-como-instrumento-utilizado-pela-pericia-para-resolucao-de-crimes>. Acesso em: 26.abr.2022. BRASIL.

BRASIL, Código Penal do. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 25 abr.2022. v. 24, 1940.

BRASIL. Lei Federal nº 12.737/2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei n. 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: 03/05/2022.

DE ALMEIDA, Rosana Santos et al. A liberdade de expressão e seus limites: uma análise crítica do marco civil da internet. *Research, Society and Development*, v. 11, n. 2, p. e39111225445-e39111225445, 2022.

DE MELLO BRANDÃO FILHO, Murillo Cesar; GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. Reflexões jurídicas sobre sustentabilidade e ecologia integral diante do impacto da universalização das tecnologias da informação e comunicação (TICS) na privacidade e intimidade. *Revista de Direito e Sustentabilidade*, v. 6, n. 2, p. 01-25, 2020.

DESLANDES, Suely Ferreira; COUTINHO, Tiago. O uso intensivo da internet por crianças e adolescentes no contexto da COVID-19 e os riscos para violências autoinflingidas. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 25, p. 2479-2486, 2020.

EGEWARTH, Arthur Bernardo. Os crimes cibernéticos e a ineficácia da lei "Carolina Dieckmann". 2019.

FERREIRA, Gustavo Lana et al. A INTERNET COMO DIREITO FUNDAMENTAL. *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas*, v. 1, n. 2, 2014.

FERNANDES, Beatriz; MAIA, Berta Rodrigues; PONTES, Halley M. Adição à internet ou uso problemático da internet? Qual dos termos usar?. *Psicologia USP*, v. 30, 2019.

FERNANDES, Débora Nogueira. Crimes cibernéticos. Disponível em: <https://debsnf.jusbrasil.com.br/artigos/914743878/crimes-ciberneticos>. Acesso em: 28 abr. 2022. BRASIL.

GARCIA, Plínio Silva de; MACADAR, Marie Anne; LUCIANO, Edimara Mezzomo. A influência da injustiça organizacional na motivação para a prática de crimes cibernéticos. *JISTEM-Journal of Information Systems and Technology Management*, v. 15, 2018.

LOPES, Diego Guerreiro; NONO, Gabriel. O que é Responsabilidade Civil?. Disponível em: <https://lopesenonoadv.jusbrasil.com.br/artigos/743286240/o-que-e-responsabilidade-civil>.

Acesso em: 25abr.2022. BRASIL.

MARRA, Fabiane Barbosa. Desafios do direito na era da internet: uma breve análise sobre os crimes cibernéticos. CAMPO JURÍDICO, v. 7, n. 2, p. 145-167, 2019.

NETO, Paulo Byron Oliveira Soares. Responsabilidade Civil: introdução conceitual. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61088/responsabilidade-civil-introducao-conceitual>. Acesso em: 28 abr. 2022. BRASIL.

PEREIRA, Marcus Vinicius Mariot. Responsabilidade Civil: Resumo Doutrinário e principais apontamentos. Disponível em: <https://marcusmariot.jusbrasil.com.br/artigos/405788006/responsabilidade-civil-resumo-doutrinario-e-principais-apontamentos>. Acesso em: 28abr.2022. BRASIL.

REIS, Ariovaldo Nascimento Ribeiro; VIANA, Geraldo Denison. Crimesvirtuais: legislações insuficientes ou ineficiência das autoridades competentes? Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação, v. 7, n 10, p. 1607-1626, 2021.

SILVA, Hugo Hayran Bezerra, Crimes Cibernéticos: uma análise sobre a eficácia a lei brasileira em face das políticas públicas e política criminal. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/55020/crimes-ciberneticos-uma-analise-sobre-a-eficacia-da-lei-brasileira-em-face-das-politicas-publicas-de-seguranca-publica-e-politica-criminal>. Acesso em: 02 de maio 2022.

SILVA, Pâmela Peron et al. Da ineficácia da lei carolina dieckmann na ocorrência de crimes virtuais. 2021.

SILVA, Ricardo Leopoldo da. VIEIRA, Anderson. Segurança cibernética: o cenário dos crimes virtuais no Brasil. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 06, Ed. 04, v. 07, p. 134-149, 2021.

SZWARCWALD, Celia Landmann et al. ConVid-Pesquisa de Comportamentos pela Internet durante a pandemia de COVID-19 no Brasil: concepção e metodologia de aplicação. Cadernos de Saúde Pública, v. 37, p. e00268320, 2021.

A CONTRATAÇÃO DA FUNDAÇÃO DE APOIO CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO DO TOCANTINS (FAPTO), COMO INTERVENIENTE ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO EM CONVÊNIO FIRMADO COM A UNIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS (UFT)

LÉO ARAÚJO DA SILVA:

Graduado em Administração com MBA em Controladoria e Planejamento Tributário pela Universidade Federal do Tocantins. Acadêmico de Direito da Faculdade Serra do Carmo-FASEC

EDY CÉSAR DOS PASSOS JÚNIOR⁹⁶

(orientador)

RESUMO: Este artigo tem como escopo, de forma sucinta, tratar acerca da temática de contratação da fundação de apoio científico e tecnológico do Tocantins, como interveniente administrativo e financeiro em convênio firmado com a Universidade Federal do Tocantins. Dessa forma, pretende-se identificar a lei aplicável, destacando os conceitos relacionados às fundações de apoio, e apontar o fortalecimento dos projetos desenvolvidos, tendo em vista que as fundações de apoio têm grande relevância para o desenvolvimento científico e tecnológico do país. Sendo assim, será versado com base em literatura especializada e sob a luz da legislação vigente.

Palavras-chave: Convênios; Fapto; Universidade Federal do Tocantins.

ABSTRACT: This article has the scope, succinctly, to deal with the issue of hiring the scientific and technological support foundation of Tocantins, as an administrative and financial actor in an agreement signed with the Federal University of Tocantins. In this way, it is intended to identify the applicable law, highlighting the concepts related to support foundations and, to point out the strengthening of the developed projects, considering that the support foundations have great relevance for scientific and technological development. Therefore, it will be based on specialized literature and in the light of current legislation.

Keywords: Agreements; Fapto; Federal University of Tocantins.

INTRODUÇÃO

As fundações de apoio possuem um papel fundamental no desenvolvimento científico e tecnológico do país. De acordo com o Conselho Nacional das Fundações de Apoio às Instituições de Ensino Superior (IFES) e de Pesquisa Científica e Tecnológica (Confies) as fundações captaram,

⁹⁶ Graduado na Universidade Federal do Tocantins. Mestre em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade Federal do Tocantins. Docente do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo. E-mail: edycesar@gmail.com

em 2021, uma receita superior a R\$ 8 bilhões de reais, recursos que foram destinados para a execução de projetos nas áreas do ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional e estímulo à inovação, junto às universidades federais e instituições de ciência e tecnologia no Brasil.

A Fundação de Apoio Científico e Tecnológico do Tocantins (FAPTO) é a única fundação de apoio existente no Estado do Tocantins. A instituição foi criada em junho de 2004 por um grupo de servidores, docentes e técnico-administrativos da Universidade Federal do Tocantins (UFT), com a missão de ser o principal elo entre a universidade e as instituições e/ou empresas interessadas em firmar parcerias com a UFT.

A UFT com toda a *expertise* de seus docentes, técnico-administrativos e alunos, contando ainda com uma estrutura de laboratórios, permite que projetos nas áreas do ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional e inovação sejam desenvolvidos em parceria com instituições públicas e privadas.

O Governo do Estado do Tocantins, valendo-se das normas vigentes, também pode firmar convênios com a universidade com o objetivo de desenvolver projetos e pesquisas no cumprimento de suas políticas públicas.

Conforme previsto no art. 1º da Lei 8.958/9497, as Instituições Federais de Ensino Superior poderão celebrar convênios e contratos com as fundações instituídas com a finalidade de apoiar projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos.

Como fundação de apoio credenciada para apoiar os projetos da UFT, a Fapto pode figurar como interveniente nos instrumentos jurídicos em que a universidade é parte na condição de conveniente, cabendo à fundação assumir a gestão administrativa e financeira dos projetos celebrados, e a UFT executar a parte técnica, utilizando-se do conhecimento de seus pesquisadores e de sua infraestrutura.

Dessa forma, os estudos desenvolvidos neste artigo adotarão os seguintes objetivos específicos: Identificar a legislação aplicável à celebração de convênio entre as instituições; Apresentar revisão bibliográfica destacando conceitos de fundação de apoio, instituições apoiadas e convênios; Sinalizar a importância do fortalecimento da UFT junto à Fapto.

A metodologia de pesquisa utilizada neste estudo será de caráter descritivo, com base em literatura especializada. Dessa forma, será feita uma revisão bibliográfica no sentido de ampliar o conhecimento acerca do tema apresentado, tendo como embasamento a legislação específica, *google* acadêmico e periódicos CAPES.

O artigo estrutura-se em: Introdução; Fundação de apoio; Fundação de Apoio Científico e Tecnológico do Tocantins (Fapto); Universidade Federal do Tocantins (UFT); Convênios. Legislações

97 **Lei nº 8.958, de 20 de Dezembro de 1994** - Dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio e dá outras providências.

aplicadas pelos órgãos estaduais aos convênios assinados com a UFT que possuem a interveniência da Fapto e, por fim, o Fortalecimento da UFT com projetos gerenciados pela FAPTO.

1: CONCEITOS DE INSTITUIÇÃO APOIADA, FUNDAÇÃO DE APOIO, ATUAÇÃO DA FAPTO NO TOCANTINS E CONVÊNIOS

1.1 Instituição Apoiada

O termo instituição apoiada é utilizado para definir a instituição (universidade) que recebe o apoio de uma fundação privada sem fins lucrativos, transformando esse apoio em condições propícias para estabelecer relações com o ambiente externo através de convênios, contratos, acordos, etc.

A Lei 8.958/94 permite que as universidades federais tenham fundações de apoio, para que estas instituições atuem como um elo entre a universidade e instituições (financiadores) externas, públicas ou privadas, que desejam fazer parcerias com o objetivo de fomentar projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional e estímulo à inovação, dentro da academia.

A Lei 8.958/94 traz em seu art. 1º:

As Instituições Federais de Ensino Superior - IFES e as demais Instituições Científicas e Tecnológicas - ICTs, de que trata a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, poderão celebrar convênios e contratos, nos termos do inciso XIII do caput do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, por prazo determinado, com fundações instituídas com a finalidade de apoiar projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos. (Redação dada pela Lei nº 12.863, de 2013)

Portanto, a legislação deixa clara a possibilidade das universidades federais serem apoiadas por uma fundação privada com o objetivo de estabelecerem parcerias com instituições públicas ou privadas.

1.2 Fundações de Apoio

As Fundações são instituições privadas, sem fins lucrativos, criadas com base no art. 62 da Lei 10.406/2002 - Código Civil, podendo essas instituições receberem o *status* de fundação de apoio a partir do momento em que o Ministério da Educação (MEC) e o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações (MCTI), através do seu Grupo de Apoio Técnico (GAT), publica, com base na Lei 8.958/94 e no Decreto 7.423/201098, portaria autorizando-a a apoiar uma universidade

98 Decreto nº 7.423/2010, de 31 de dezembro de 2010 - Regulamenta a Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, que dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio, e revoga o Decreto nº 5.205, de 14 de setembro de 2004.

federal, pois são criadas com a finalidade em desenvolver projetos nas áreas do ensino, da pesquisa, da extensão, do desenvolvimento e do estímulo à inovação, de interesse da instituição a ela credenciada.

Quando são firmados contratos, convênios ou acordos com Instituições Federais de Ensino Superior (IFES), são expostos vários dispositivos jurídicos, como a Lei Complementar nº. 12.527/2011 (Lei da transparência) e Lei nº. 14.133/2021 (Lei de Licitações), o art. 184 trata de convênios, assim como a 8.666/93 que ainda está em vigor. Nesse caso, estabelece normas para licitações e contratos da Administração Pública, ao Decreto Federal nº. 6.170, de 2007, que trata das normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, às normas da Portaria Interministerial nº. 507, de 2011 e, também, aos demais princípios da Administração Pública.

De acordo com Paes (2018, p. 216):

A designação de fundação de apoio reflete a posição das fundações de direito privado que foram instituídas por pessoas físicas (entre as quais professores universitários) ou pessoas jurídicas (entre as quais as próprias universidades ou as próprias instituições de ensino superior), visando auxiliar e fomentar os projetos de pesquisa, ensino e extensão das universidades federais [...]

Mancebo (2004, p. 854), discorre que as fundações de apoio geralmente dispõem de mais agilidade e flexibilidade para coletar recursos, realizar desembolsos e ainda permitem aumentar a captação de recursos, gerenciar com mais eficiência e previsibilidade os recursos que conseguirem captar.

Dentre as características das fundações, Plonski (2000, p. 17) destaca que as fundações de apoio científico e pesquisa atuam na diversidade necessária para uma cooperação benéfica entre universidade e sociedade, e que sua missão institucional é colaborar com a universidade ou com parte dela.

O Parágrafo único, art. 1º, do Decreto 7.423/2010, diz que:

A fundação registrada e credenciada como fundação de apoio visa dar suporte a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse das instituições apoiadas e, primordialmente, ao desenvolvimento da inovação e da pesquisa científica e tecnológica, criando condições mais propícias a que as instituições apoiadas estabeleçam relações com o ambiente externo.

O papel exercido pelas fundações de apoio é de suma importância para o desenvolvimento do ensino, da pesquisa, da extensão e do estímulo à inovação em nosso país, prova disso é o que a própria legislação trouxe em um papel de destaque, conforme previsto no parágrafo único, art. 1º, do Decreto 7.423/2010.

Segundo Gonçalves e Quintana (2011, p. 10), em *A importância da transparência na gestão de recursos públicos, em fundações de apoio a pesquisa e extensão*, a forma de divulgar com transparência as informações é relevante, pois deve ficar disponível em meios que a sociedade tenha acesso. Existem fundações que não apresentam com clareza as informações envolvendo os recursos públicos, dessa forma, os autores advogam que deve ser um fator de conhecimento essencial, para reafirmar a necessidade da fiscalização.

Nesse sentido, o portal da transparência da Fapto e UFT, apresentam com precisão todos os dados concernentes a execução administrativa e financeira dos projetos financiados com recursos públicos recebidos e gastos na modalidade convênio. É louvável os repasses que são destinados ao investimento do desenvolvimento da educação no país, uma vez que é uma área que necessita cada vez mais de investimentos.

1.3 Atuação da Fapto no Tocantins

A Fundação de Apoio Científico e Tecnológico do Tocantins é uma instituição de direito privado, sem fins lucrativos, criada em junho de 2004, por um grupo de 57 servidores da Universidade Federal do Tocantins, se dedica a apoiar a UFT e outras instituições parceiras no desenvolvimento de projetos nas áreas do ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional e estímulo à inovação.

De acordo com o *site* da instituição, a Fapto trabalha por meio de parceria com instituições públicas nas esferas federal, estadual e municipal, empresas privadas, instituições não-governamentais, nacionais e estrangeiras.

Conforme previsto no art. 5º do Estatuto da Fapto:

São finalidades básicas da Fapto estimular, apoiar e incentivar as atividades inerentes ao ensino, à pesquisa, à extensão, à cultura, ao desenvolvimento institucional, científico, tecnológico e artístico de interesse da Universidade Federal do Tocantins (UFT), de outras instituições governamentais, não-governamentais e privadas, de interesse da sociedade, bem como interagir e cooperar com outras entidades congêneres, observando os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência.

Atualmente a Fapto apoia a Universidade Federal do Tocantins (UFT), a Universidade Estadual do Tocantins (Unitins), o Instituto Federal do Tocantins (IFTO) e mais recentemente passou a apoiar a Universidade Federal do Norte do Tocantins (UFNT).

De acordo com informações fornecidas pela Fapto, a instituição já atuou, desde sua criação em 2004, na gestão de aproximadamente 957 projetos, o que totaliza aproximadamente 323 milhões de reais captados, sendo sua maioria desenvolvidos com a UFT.

1.4 Convênios

O convênio é a forma de repasse de recurso de uma instituição pública para outra instituição pública ou privada, apoiado no princípio de interesse mútuo entre as partes.

Nas palavras de Di Pietro (2014, p. 495)

Em primeiro lugar, o convênio é um contrato associativo, de cunho organizacional. Isso significa que a prestação realizada por uma das partes não se destina a ser incorporada ao patrimônio da outra. As partes do convênio assumem direitos e obrigações visando a realização de um fim comum. Diversamente se passa com a maioria dos contratos administrativos, que apresentam cunho comutativo: as partes se valem da contratação para produzir a transferência entre si da titularidade de bens e interesses.

De acordo com o §1º, I, do art. 1º do Decreto Federal nº 6.170/2007, considera-se convênio:

[...] acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação;

Para que as universidades federais possam desenvolver projetos em parceria com órgãos públicos estaduais e municipais com repasse de recursos financeiros, é necessária a celebração de convênio, contendo: objeto de forma clara, regras relacionadas a execução, normas aplicáveis, procedimentos a serem observados, critérios para prestação de contas, dentre outros.

Dessa forma, se pautando na lei, para que haja o repasse financeiro, é necessário que exista um concedente, que pode ser um órgão ou entidade da administração pública federal direta ou indireta, sendo ele responsável pela transferência dos recursos financeiros para o conveniente que, em questão, poderá ser órgão ou entidade da administração pública direta e indireta ou, ainda, entidade privada sem fins lucrativos, afim de executar atividades que visam um interesse recíproco.

2. RELAÇÃO ENTRE UFT E FAPTO

Para que a Fapto atue no apoio à UFT é necessário o prévio credenciamento no Ministério da Educação e no Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações, nos termos do art. 2º, III, da Lei 8.958/94. Em 04 de janeiro de 2021, por meio da Portaria Conjunta nº 192, a fundação teve seu credenciamento renovado até 04 de janeiro de 2026.

Para apoiar a UFT, a fundação atua como interveniente na celebração de convênios, acordos, ajustes, contratos e outros instrumentos jurídicos, com pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, nacional ou estrangeiro (Estatuto Fapto, 2022).

O art. 3º do Estatuto da Universidade Federal do Tocantins, diz:

Para o desenvolvimento de suas atividades de ensino, pesquisa e extensão, a Fundação Universidade Federal do Tocantins estruturar-se-á em Câmpus universitários, unidades perfeitamente definidas, com funções próprias e organização semelhante, instituídos como órgãos abertos a toda a entidade.

Dado o artigo 3º, em seu parágrafo único diz que a Fundação Universidade Federal do Tocantins poderá criar, por ato do Reitor, uma Fundação de apoio científico e tecnológico para contribuir com o desenvolvimento de suas finalidades, o que se concretizou em junho de 2004.

A Lei 8.958/94 permite que as universidades federais tenham fundações de apoio, para que estas instituições atuem como um elo entre a universidade e instituições externas, públicas ou privadas, que desejam fazer parcerias com o objetivo de fomentar projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional e estímulo à inovação dentro da academia, cabendo a universidade apoiada regulamentar a relação com sua fundação de apoio.

Com base na Lei nº. 10.973, de 2004, art. 1º, estabelece a existência das Fundações de Apoio como medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação e ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento industrial do País, enfatizando ainda mais a importância de nutrir o desenvolvimento do estudo e pesquisa.

Atualmente, na UFT, está vigente a Resolução nº 03/2019, que dispõe sobre as normas gerais para celebração de contratos ou convênios da Universidade Federal com a Fapto, sua principal instituição de apoio.

O art. 1º da Resolução nº 03/2019, discorre:

Art. 1º A Universidade Federal do Tocantins (UFT) poderá celebrar com fundação de apoio credenciada, nos termos da Lei n.º 8.958, de 20 de dezembro de 1994, alterada pela Lei n.º 12.349, de 15 de dezembro de 2010 e regulamentada pelo Decreto n.º 7.423, de 31 de dezembro de 2010, contrato, convênio, acordos ou ajustes individualizados, por prazo determinado, para dar apoio a projetos de ensino, pesquisa e extensão e de desenvolvimento institucional, inclusive aqueles previstos no Plano de Desenvolvimento Institucional (PDI) da UFT, científico e tecnológico e estímulo à inovação, na gestão

administrativa e financeira estritamente necessária à execução desses projetos.

Com a publicação da Resolução, a UFT disciplina sua relação com a Fapto devendo os recursos captados e a execução observarem o estabelecido na norma administrativa aprovada pelo Conselho Superior da Universidade (CONSUNI).

Para que a relação entre UFT e Fapto tenha respaldo jurídico é necessário que seja publicada uma Portaria expedida pelo Ministério da Educação e pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações, como apoio do Grupo de Apoio Técnico (GAT).

A Portaria Conjunta nº 192, de 4 de janeiro de 2021, traz:

O SECRETÁRIO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO SUBSTITUTO e o SECRETÁRIO DE PESQUISA E FORMAÇÃO CIENTÍFICA DO MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÕES SUBSTITUTO no uso de suas atribuições e considerando as disposições da Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994; do Decreto nº 7.423, de 31 de dezembro de 2010; e da Portaria Interministerial nº 191, de 13 de março de 2012, resolvem: Art. 1º Fica reconhecida, pelo período de 05 (cinco) anos, a Fundação de Apoio Científico e Tecnológico do Tocantins - FAPTO, CNPJ nº 06.343.763/0001-11, para atuar como fundação de apoio à Universidade Federal do Tocantins - UFT, conforme o Processo nº 23000.030667/2020-94.

A Portaria credencia a Fapto como fundação de apoio à UFT, permitindo que a instituição atue na prospecção de recursos financeiros para o desenvolvimento de projetos, inclusive na condição de interveniente administrativo e financeiro em convênios assinados entre órgãos públicos e a universidade.

2.1 Legislações aplicadas pelos órgãos estaduais aos convênios assinados com a UFT que possuem a interveniência da Fapto

Para o cumprimento de suas finalidades e o atendimento às políticas públicas, órgãos do Governo do Tocantins podem celebrar convênios, valendo-se das possibilidades previstas nas legislações e regulamentações vigentes. A interveniência da fundação de apoio só é possível devido ao seu credenciamento junto à universidade, nos termos da Lei Federal nº 8.958/94 e da Portaria Conjunta nº 192/2021.

Para firmar convênios com a UFT, o governo do Estado do Tocantins se vale da Instrução Normativa do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins (TCE/TO) nº 04, de 14 de abril de 2004 e/ou do Decreto Estadual nº 5.816, de 10 de maio de 2018, normas estaduais aplicáveis à transferência de recursos.

Como não há na Instrução Normativa – TCE/TO nº 04 ou no Decreto nº 5.816 uma definição clara do que seja concedente, conveniente e interveniente, buscou-se no Decreto Federal 6.170/200799, tais definições:

concedente - órgão ou entidade da administração pública federal direta ou indireta, responsável pela transferência dos recursos financeiros destinados à execução do objeto do convênio;

conveniente - órgão ou entidade da administração pública direta e indireta, de qualquer esfera de governo, bem como entidade privada sem fins lucrativos, com o qual a administração federal pactua a execução de programa, projeto/atividade ou evento mediante a celebração de convênio;

interveniente - órgão da administração pública direta e indireta de qualquer esfera de governo, ou entidade privada que participa do convênio para manifestar consentimento ou assumir obrigações em nome próprio;

A Instrução Normativa – TCE/TO nº 04/2004 - Estabelece normas a serem observadas na formalização e fiscalização dos convênios, acordos e instrumentos congêneres e das respectivas prestações de contas e dá outras providências (TCE/TO, 2004). Enquanto que o Decreto Estadual nº 5.816/2018 - Regulamenta a Lei Federal 13.019, de 31 de julho de 2014, para dispor sobre regras e procedimentos do regime jurídico das parcerias celebradas entre a Administração Pública do Estado Tocantins e as Organizações da Sociedade Civil, em regime de mútua cooperação, e adota outras providências (Tocantins, 2018).

3. FORTALECIMENTO DA UFT COM PROJETOS GERENCIADOS PELA FAPTO

Com credibilidade e gestão transparente, a Fapto, em consonância com a UFT, já desenvolveram ao longo desses anos de parceria projetos que enriqueceram e continuam enriquecendo o crescimento da pesquisa e extensão. Nesse sentido, contribui de forma significativa para o ensino de qualidade, projetando no desenvolvimento da sociedade tocantinese.

São trabalhos empenhados positivamente, pois estabelecem projetos que fomentam a pesquisa científica, tecnológica e inovadora, afim de expandir o conhecimento e agregar no desenvolvimento do país, uma vez que o desenvolvimento desses projetos solidificam mais ainda a parceria da Fapto com a universidade, que em 18 anos de atuação se realiza no trabalho de eficiência desempenhado no Estado do Tocantins.

Dentre tantos projetos já executados, existe um em execução que está na UFT desde 2006, a Universidade da Maturidade (UMA). Esse é um projeto de incursão do idoso na universidade. Segundo o *site* da UFT, o programa de extensão é uma proposta pedagógica que se relaciona com

99 Dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências.

a melhoria da qualidade de vida de pessoas adultas e idosas, visando que se integrem junto aos alunos da graduação. É um projeto latente na universidade, pois prioriza a educação, saúde, lazer, cultura e o esporte.

Dessa maneira, vê-se o quão relevante é o apoio da Fapto para o desenvolvimento de projetos na UFT, pois além de exercer um trabalho bem estruturado, a fundação ainda desempenha com exelência o seu papel, no sentido de promover da melhor forma e com qualidade.

CONCLUSÃO

Em face à temática abordada ao longo deste artigo, sobretudo acerca da lei 8.958/94, no que tange a permissão das universidades federais terem fundações de apoio e, ainda, as disposições do decreto federal 6.160/2007 concernentes aos tratados das normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos, vê-se que têm sido aplicados com coerência e transparência entre a Universidade Federal do Tocantins e a Fundação de Apoio Científico e Tecnológico do Tocantins.

Por conseguinte, entende-se que a participação de uma fundação de apoio nos projetos desenvolvidos na universidade é de suma importância no desenvolvimento educacional em inovações de pesquisas científicas, tecnológicas e projetos de extensão. Desse forma, os estudos amplificam o aprendizado e destarte depositam no país o conhecimento que foi investido, em forma de benefícios à sociedade.

Por fim, o objetivo pretendido durante o desenvolvimento desta escrita, pautou-se em identificar a legislação aplicável destacando os conceitos relacionados às fundações de apoio. Sendo assim, conforme foi possível descrever no decurso deste estudo, o convênio administrativo firmado entre a Fapto e UFT está sendo avançado de forma ativa, seguindo o que a lei estabelece, e a importância do fortalecimento das duas é de grande valia para o contínuo desenvolvimento da pesquisa.

REFERÊNCIAS

<http://confies.org.br/institucional/fundacoes-de-apoio-captam-mais-de-r-8-bi-e-batem-novo-recorde-na-receita-para-ciencia-nacional/>. Acesso em: 1 jun, 2022.

http://www.fapto.org.br/administracao/files/files/MEC_Credeciamto_Fapto.pdf. Acesso em: 09 jun, 2022.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8958compilado.htm. Acesso em: 12 jun, 2022.

<http://servicos.casacivil.to.gov.br/decretos/decreto/5816>. Acesso em: 13 jun, 2022.

<https://central3.to.gov.br/arquivo/276294/>. Acesso em: 13 jun, 2022.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2007/decreto/D6170compilado.htm. Acesso em: 13 jun, 2022.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7423.htm. Acesso em: 16 jun, 2022

[https://docs.uft.edu.br/share/proxy/alfresco-noauth/api/internal/shared/node/JkF1hA3HTEuqLu-BdjQM3Q/content/ESTATUTO%20DA%20UFT%20\(2003\)%20-%20Alterado%20pelas%20Resolu%C3%A7%C3%B5es%20n%C2%BA%2016-2015%20e%2037-2021%20do%20Consuni.pdf](https://docs.uft.edu.br/share/proxy/alfresco-noauth/api/internal/shared/node/JkF1hA3HTEuqLu-BdjQM3Q/content/ESTATUTO%20DA%20UFT%20(2003)%20-%20Alterado%20pelas%20Resolu%C3%A7%C3%B5es%20n%C2%BA%2016-2015%20e%2037-2021%20do%20Consuni.pdf). Acesso em: 21 jun, 2022.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6170.htm . Acesso em: 09 nov, 2022.

<http://www.fapto.org.br/pagina-portal-da-transparencia>. Acesso em: 09 nov, 2022.

<http://sites.uft.edu.br/uma/nossa-historia/>. Acesso em: 10 nov, 2022.

JUNIOR, Jessé Torres Pereira; DOTTI, Marinês Restelatto. **Responsabilidade do parecerista técnico que opina nos processos de contratação administrativa**. Revista TCU, n. 123, p. 78-91, 2012.

LEMÕNS GONÇALVES, T.; COSTA QUINTANA, A. **A importância da transparência na gestão de recursos públicos, em Fundações de Apoio a pesquisa e extensão**. Revista Gestão Universitária na América Latina-GUAL, v. 4, n. 2, 2011.

MANCEBO, Deise. **Artigo: Reforma universitária: reflexões sobre a privatização e a mercantilização do conhecimento**. Educação & Sociedade. Volume 25 número 88. Especial Campinas, 2004.

PLONSKI, Guilherme Ary. **Fundações de apoio e financiamento público na USP**. Revista ADUSP. Dezembro, 2000.

PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários**. 9. Ed. rev. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos/ Jacintho Arruda câmara, Irene Patrícia Nohara. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. - (Tratado de direito administrativo; v. 6 / coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro)

ABANDONO AFETIVO PARENTAL: RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO PARENTAL

PEDRO VITOR GONÇALVES DA SILVA:

Graduando em Direito pela Universidade de Gurupi -Unirg.

FLAVIA GONÇALVES BARROS

(orientadora)

RESUMO: O Brasil em seu ordenamento jurídico adotou o princípio da proteção integral, assim estabelecendo como dever familiar da família, da sociedade e do Estado, em garantir a criança e ao adolescente vários direitos fundamentais, dentre esses os que insere a convivência familiar. Embora tenha vários meios para que esse princípio seja cumprido como legislações, doutrinar e jurisprudências de nível nacional para efetivar essa rede protetora, ainda é comum o descumprimento de deveres essenciais por parte dos genitores em relação aos seus filhos. E é nesse caso que aparece o abandono afetivo. Diante dessa situação venho com objetivo de abordar a possibilidade da responsabilização civil dos genitores por falta de afeto aos seus filhos, tendo embasamento nos princípios e normas que são aplicados ao tema, analisando os danos causados pelo abandono parental a crianças e adolescentes.

Palavras-chave: Poder familiar; Dano moral; Abandono Parental; Direito de Família; Afetividade.

ABSTRACT: Brazil in its legal system adopted the principle of integral protection, thus establishing as a family duty of the family, society and the State, to guarantee the child and adolescent several fundamental rights, among these those that insert the family life. Although there are several ways for this principle to be fulfilled, such as legislation, doctrine and jurisprudence at the national level to implement this protective network, it is still common for parents to fail to fulfill essential duties in relation to their children, and it is in this case that the affective abandonment. Faced with this situation, I come with the objective of addressing the possibility of civil liability of parents for lack of affection for their children, I have a foundation in the principles and norms that are applied to the subject, analyzing the damage caused by parental abandonment to children and adolescents.

Keywords: Family power; Moral damage; Parental Abandonment; Family right; Affectivity.

1.ABANDONO AFETIVO

A partir da indagação sobre a obrigatoriedade do afeto aos familiares, o estudo traz uma análise aprofundada das relações que envolvem a expressão de afeto do pai ou da mãe ao filho. Analisar as consequências e adversidades que a falta de apoio emocional pode ter nas crianças, tendo em conta os aspectos psicológicos, educativos, sociais e emocionais.

Haverá uma investigação sobre a possibilidade de responsabilidade civil contra o desertor. Sabe-se que a lei estabelece as responsabilidades e obrigações dos pais para com os

filhos, mas não ficou claro se proporcionar sentimentos de amor estava incluído no dever inerente de um pai ou mãe, que não pode estar presente no contato diário com os filhos.

A Absentismo dos pais no dia-a-dia da criança pode, por vezes, ser afetada por alguns aspetos, por exemplo, situações em que os pais são obrigados a compartilhar a guarda de uma criança concebida de uma relação passageira ou de um casamento que culminou em divórcio, Da decorrência de uma gravidez indesejada pela falta de vínculo dos genitores ou seja, em situações em que os dois se vejam obrigados a compartilhar a guarda da criança.

É indiscutível que o fato de a criança se encontrar numa situação de escolher compartilhar momentos do dia a dia com o pai ou com a mãe sem enxergar as opções ao mesmo tempo levou a um transtorno que já foi demonstrado e estudado na psicologia.

Daí já podemos imaginar o uma possível relação em que a atitude do pai ou da mãe é extremamente omissiva no que diz respeito à prestação não apenas de alimentos ao indivíduo, mas sobretudo a demonstração do sentimento inerente à relação pai, mãe e filho. A legislação brasileira se preocupa em discrepantes momentos com o vínculo entre pais e filhos.

A Constituição Federal Brasileira, declarou em 1988, por exemplo, abrange dois artigos que mencionam sobre a assistência paterna e materna. O art. 227 destaca que é dever da família, entre tantos outros, assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem a convivência familiar.

O art. 229 também da Carta Magna prega que os pais têm o dever de assistir e educar os filhos. Não obstante, o Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406/02, em um capítulo destinado ao tratamento do poder familiar, no art. 1.632, enuncia que a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos, abrindo margem, então, ao entendimento da extensão do relacionamento entre genitor e prole, ainda que a união conjugal, seja ela de qualquer tipo, tenha se extinguido.

2. AS CONSEQUENCIAS PSICOLOGICAS DECORRENTES DO ABANDONO AFETIVO.

A legislação brasileira em diferentes momentos tratou da relação entre pais e filhos. O artigo 186.º do Código Civil dispõe: "Constitui ato ilícito quem, por atos ou omissões voluntárias, negligência ou imprudência, violar a lei e causar dano a outrem, ainda que o dano seja puramente moral". Além disso, o artigo 927.º, que trata da responsabilidade civil, dispõe: "Quem causar dano a outrem por ato ilícito (artigos 186.º e 187.º) é obrigado a reparar esse dano". Por sua vez, Sérgio Cavalieri Filho (2002, p. 85) ensina que

"nos termos da atual Constituição Federal, o dano moral nada mais é do que a violação do direito à dignidade".

Ou seja, como entende Bernardo Castelo Branco, observando que o dano moral é cabível no direito de família, não há vedação no ordenamento jurídico:

Havendo violação dos direitos de personalidade, mesmo no âmbito da família, não se pode negar ao ofendido a possibilidade de reparação do dano moral, não atuando esta como fator desagregador daquela instituição, mas de proteção da dignidade de seus membros. A reparação, embora expressa em pecúnia, não busca, neste caso, qualquer vantagem patrimonial em benefício da vítima, revelando-se na verdade como forma de compensação diante da ofensa recebida, que em sua essencial é de fato irreparável, atuando ao mesmo tempo em seu sentido educativo, na medida em que representa uma sanção aplicada ao ofensor, irradiando daí seu efeito preventivo. (BRANCO, 2006, p. 116)

A própria família sofre uma grande mudança conceitual em termos de lidar com os parâmetros do abandono emocional temático genuíno. O mesmo tema pode ser considerado como resultado das mudanças na sociedade, incluindo assim os relacionamentos, com destaque para os amantes.

Em algumas relações deste século, o conceito de permanência ou não dissolução não existe porque a obrigação do casamento durar indefinidamente desapareceu. Além do divórcio, outro ponto importante é a imagem do relacionamento relâmpago, que envolve um curto período de tempo, mas não cria um sentimento profundo e limitado quando o relacionamento acontece.

E nessa situação, no final, nenhum dos dois levantou a questão de constituir família, muito menos a ideia de encerrar um relacionamento.

Mas nestas problemáticas destas relações, acabam por surgir as figuras dos filhos, vivendo apenas com um dos progenitores ligados ciclicamente por causa do divórcio ou inexistência da relação.

São inúmeros os fatores que afastam uma criança de um dos pais. Então, por causa desse distanciamento entre eles, acaba sendo mais difícil formar um vínculo efetivo tão forte quanto os que já existiram.

O conceito de família vem passando por grandes mudanças, e os conceitos e percepções ditados pela sociedade estão em constante evolução.

Assim como as pessoas, pensamentos e percepções estão mudando e criando cenários diferentes do que se conhecia no passado. Incluindo a figura da criança.

Gonçalves (2015, p. 28 e 29) se posicionou clareando a nova concepção jurisdicional sobre filhos.

“Os filhos que não precediam de justas núpcias, mas de relações extramatrimoniais, eram classificados como ilegítimos e não tinham sua filiação assegurada pela lei, podendo ser naturais e espúrios. Os primeiros eram os que nasciam de homem e mulher entre os quais não haviam

impedimento matrimonial. Os espúrios eram os nascidos de pais impedidos de se casar entre si em decorrência de parentesco, afinidade ou casamento anterior e se dividiam em adulterinos e incestuosos. Somente os filhos naturais podiam ser reconhecidos, embora apenas os legitimados pelo casamento dos pais, após sua concepção ou nascimento, fossem em tudo equiparados aos legítimos (art. 352)."

O Abandono Parental pode provocar grandes problemas em crianças e adolescentes que não possuam uma maturidade suficiente para lidar com isso, essa situação de abandono por um dos genitores, pois são daqueles de quem eles esperam o cuidado, a proteção e o amor. Diante disso, eles acabam tendo que conviver com essa indiferença e rejeição. E assim acaba ocorrendo inúmeros danos e isso ocorre porque os vínculos de relacionamentos que são estabelecidos pelo indivíduo contribuem para a sua formação de identidade sendo que nas relações familiares esse vínculo é ainda mais importante. Pois é lá que se inicia o sentimento de pertencer ou não a um certo grupo social, um lugar de formar laços afetivos e aprendizados.

Essas situações podem gerar negatividade e ansiedade, esperando para mostrar um pouco de afeto que geralmente não existe. Como mencionado anteriormente, os direitos fundamentais baseados nos princípios da proteção integral e da dignidade da pessoa humana impõem deveres parentais, o dever de cuidado.

Diante disso, os legisladores vislumbram a relevância dessa obrigação, tornando passível de responsabilização os pais quando se esquivam à responsabilidade, o que fere a dignidade dos filhos e causa danos morais que devem ser indenizados. Dada a dificuldade de mensurar a extensão do dano causado à vítima, uma das tarefas mais difíceis em uma ação de abandono afetivo é determinar o valor da indenização.

Em virtude de não existirem critérios objetivos em lei, a doutrina e a jurisprudência tem adotado os seguintes parâmetros para fixar as indenizações: a situação econômica do agente lesante; a condição financeira da vítima, para que não haja enriquecimento ilícito desta ou para que não seja paga uma indenização irrisória; o grau de culpa do agente; a gravidade da lesão; e a intensidade do sofrimento da vítima dentre outros. De acordo com Aline Biasuz Suarez Karow:

Na verdade, busca-se um equilíbrio. Restituir integralmente a vítima; compensar o dano injusto; porém não de forma que venha dar punição excessiva ao agente, dissociada de sua culpa. Em termos claros significa restituir a vítima; porém não em um valor superior ao necessário à compensação do dano. Para isso toma-se em conta a extensão do dano e a culpa do agente. (KAROW, 2012, p. 278)

Portanto, o dano moral decorre de uma ofensa ao ânimo psíquico do indivíduo, que se refere ao sentimento interior de cada um, sendo caracterizado pela tristeza, dor e sofrimento. Importante salientar, que não é qualquer sofrimento que irá ensejar a reparação por danos morais. Pois há sofrimentos suportáveis, inerentes às relações humanas, que são afastados do âmbito

judicial, devendo as pessoas envolvidas em tais demandas buscar a solução por elas próprias ou, se for o caso, procurar ajuda profissional extrajudicial.

Noutra direção, existem pensamentos contrários à possibilidade da reparação civil em virtude do abandono afetivo parental. Essa corrente doutrinária assegura que a indenização, nesses casos, ensejaria a monetarização do afeto. Além disso, afirma que a imposição de sanção pecuniária acaba por obrigar o genitor ausente a manter um relacionamento afetivo com o filho, somente por receio das consequências de uma ação judicial e não por consciência do seu dever.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família é um instituto fundamental que goza de grande proteção jurídica no ordenamento pátrio. Nele estão previstos diversos dispositivos legais voltados a regulamentá-la e defendê-la, como já visto. É justamente de uma relação familiar que surge a responsabilidade dos genitores de educar e cuidar dos seus filhos, o que implica garantir-lhes a convivência familiar e a dignidade como pessoa.

Nesse sentido, o dever de prestar afeto está intrinsecamente vinculado ao direito à convivência e aos demais deveres inerentes ao poder familiar. Por outro lado, a falta de afeto na fase de desenvolvimento, causa transtornos que serão revelados em condutas pessoais que refletirão diretamente no convívio em sociedade.

Tudo isso evidencia a importância da tutela jurídica do afeto. Dessa forma, insta salientar que não há proibição em nosso ordenamento jurídico ao reconhecimento do dano moral no direito de família, bem como à necessidade de responsabilização civil como forma de reparação, pois a omissão e a negligência por parte dos genitores, em virtude da sua relevância e gravidade são passíveis de serem indenizadas civilmente.

Com a Constituição Federal de 1988, e logo depois o Código Civil de 2002, o principal elemento da entidade familiar começou a ser o afeto, dessa forma surgindo uma contenda sobre a responsabilização civilmente aos genitores pelo abandono afetivo dos menores. Levando em conta não só o princípio da dignidade humana e da proteção da criança e do adolescente, o dever da família passou a não ser apenas uma assistência material, mas sim uma gama de deveres que os genitores devem proporcionar aos seus filhos sobre um desenvolvimento psíquico, físico e emocional.

A falta de observação desses deveres de cuidado acabam que podem gerar muitos traumas nas crianças e adolescentes, atrapalhando o seu desenvolvimento em todos os âmbitos de sua vida, e essa situação fez com que muitos buscassem o judiciário para a obtenção de alguma reparação ou uma compensação pecuniária.

A Lei não é omissa quando se fala sobre contrariar o ordenamento jurídico, e quando gerarem danos é passível de indenização. Conforme está previsto na letra da lei em seu artigo 927 do CC. Assim a reparação por abandono afetivo é legalmente possível.

Vale ressaltar que o dano moral decorrente do abandono afetivo parental deve ser investigada de forma interdisciplinar, então o magistrado além de avaliar o caso concreto deve tomar de vaze os relatorio psicossociais de uma equipe tecnica.

Dainte disso, pode se concluir a possibilidade de configuração de dano moral decorrente do abandono afetivo parental.

4. REFERÊNCIAS

BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano Moral no Direito da Família**. São Paulo: Editora Método, 2006.

BRASIL. **Código Civil**. In: Vade Mecum Saraiva. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. **Constituição**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 18 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.069. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília. 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 18 nov. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 6. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

KAROW, Aline Biasuz Suarez, **Abandono afetivo: Valorização Jurídica do Afeto nas Relações Paterno – Filiais**. Curitiba: Juruá, 2012.

DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUA AFRONTA À DEMOCRACIA

MORGANA TALITA TRONCO: Pós-graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci (Uniassevi) (2016/2017). Advogada Generalista Cível.

Resumo: Este artigo aborda a necessidade do surgimento da coisa julgada para estabilização dos litígios e, via de consequência, para efetivação da segurança jurídica e social dos povos, desde o Império Romano. Será analisada sua importância primordial como princípio constitucional e, secundariamente, como instrumento processual. Após, será feita uma breve análise de sua utilização nos Sistemas da *Common Law* e da *Civil Law* e a transposição destes dois Sistemas como efeito da Globalização. Será objeto de abordagem ainda o alargamento dos mecanismos processuais que possibilitam a revisão da coisa julgada e as novas hipóteses albergadas pela ação rescisória. Estudo do caso precursor da relativização da coisa julgada no Brasil julgado pelo STF, bem como a aplicação da tese posteriormente nas ações investigatórias de paternidade pelo STJ. Legalização da relativização da coisa julgada de modo inconstitucional através dos artigos 525, § 12 e, 535, § 5º., do Código de Processo. Ao final, a abordagem ficará por conta da relativização da coisa julgada no sistema jurídico pátrio na atualidade, bem como sua nocividade ao Estado Democrático de Direito.

Palavras chaves: Democracia; Constitucionalidade; Relativização da coisa julgada; Segurança Jurídica.

Abstract: This article discusses the emergence of the *res judicata* for the dispute stabilization and, consequently, for the establishing of legal and social security of nations since the Roman Empire. First, will be analyzed its importance as a constitutional principle and secondarily as a procedural instrument. Afterwards, a short review will be made of their use in Common Law and Civil Law Systems and the impact of these two systems mainly as effect of Globalization. It will also be analyzed the expansion of procedural mechanisms that make it possible to review the *res judicata* and the new hypotheses covered by the rescissory action. The study of the precursor case of the relativization of the *res judicata* in Brazil judged by the STF, as well as the application of the thesis in the inquiry of filiation by the STJ. A brief overview of the legalization of the *res judicata* relativization in Brazil, through unconstitutional means using articles 525, paragraph 12 and, 535, paragraph 5, of the Procedural Code. Finally, the focus will be due to the relativization of the *res judicata* in the current legal system of the country, as well as its harmfulness to the Democratic State of Law.

Keywords: Democracy; Constitutionality; *Res judicata* relativization; Legal security.

Sumário: O presente trabalho aborda a importância do instituto da coisa julgada para estabilização das relações civis, que visa oferecer segurança às partes envolvidas e à sociedade, alcançando-se com ela a pacificação social. Ocorre que a evolução das normas se opera de modo a acompanhar

a evolução das mais diversas sociedades. E por este motivo, essa imutabilidade suprema que os antigos processualistas queriam imprimir à coisa julgada, vem se tornando cada vez mais relativa com o passar dos tempos. O tema precursor dessa discussão no Brasil se deu com um julgado do Supremo Tribunal Federal, no ano de 2000, em demanda movida pela Fazenda Pública contra particulares a fim de obter a inexigibilidade de título fundado em acordo firmado em processo já passado em julgado. A partir daí a tese de relativização da coisa julgada foi propagada, ganhando enorme repercussão no mundo jurídico, e passando a ser alegada em outros casos. Com a entrada em vigor do *Código Fux*, o instituto jurídico da coisa julgada foi consideravelmente alterado, já que a tese de relativização da coisa julgada levantada pelo STF, foi transportada para a lei. Primeiramente, registra-se que houve um alargamento de hipóteses de revisão da coisa julgada na ação rescisória no novo código de processo civil. Outrossim, foram incorporados ao *Código Fux* os artigos 525, § 12º, e 535, § 5º, do código de processo civil, que permitem a relativização da coisa julgada a partir de julgados do *Supremo Tribunal Federal*, que terão efeito mesmo nos casos já transitados em julgado, na tentativa de padronização das decisões. Porém, tal mudança traz sérias consequências ao mundo jurídico, o que será objeto de nosso estudo, neste artigo, conforme segue abordado adiante.

Introdução

Um dos maiores trunfos da civilização moderna foi alcançado com a estabilização das relações civis através da coisa julgada existente nas legislações ao redor do mundo. Em nosso ordenamento jurídico ela vem prevista na Carta Maior, que em seu inciso XXXVI do Artigo 5º, assim dispõe: “[...] a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada [...]”.

A coisa julgada existe desde os tempos romanos, instituto cujo objetivo se orienta a pacificar as controvérsias entre as pessoas e, colocar fim à determinada disputa com relação a algum direito. No intuito de se estabilizar as relações jurídicas, tal instituto passou a ser aplicado pelos romanos, estando hoje presente em todo o mundo ocidental, em sociedades que prezam pela segurança jurídica.

Embora possa se fazer uma análise pessimista quanto à eficácia suprema e eterna da coisa julgada com relação a casos bem específicos, onde essa operação suprema revelaria injustiça, fato é que ela é fator primordial de pacificação social, não podendo nos esquecermos que, sem ela, o convívio social tornar-se-ia insustentável, sendo, lado outro, sustentável para a esmagadora maioria dos casos.

Defendemos com muita clareza que a coisa julgada é uma das maiores conquistas do mundo contemporâneo.

A coisa julgada divide-se entre coisa julgada formal e coisa julgada material.

A *coisa julgada formal*, segundo Humberto Teodoro Júnior (2006, p.587), é quando ela decorre, simplesmente, da imutabilidade da sentença, seja pela impossibilidade de interposição de recursos, quer porque a lei não mais os admite, quer por decurso do prazo, quer por desistência

ou renúncia à sua interposição. Assim, coisa julgada formal para o autor seria uma preclusão de atos processuais, não tendo qualquer relação com o mérito de demanda.

Já a *coisa julgada material* é definida como aquela que torna indiscutível o mérito de determinada demanda. Ela vem prevista no artigo 502 do novo código processual civil, com a seguinte redação: "Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso."

Destarte, a projeção da coisa julgada se dá para além da relação jurídica instituída em contraditório perante o juiz competente, onde partes, o juiz e terceiros com interesses reflexos ou iguais aos das partes, não poderão voltar a discutir o que já foi decidido, trazendo segurança jurídica aos envolvidos e, conseqüentemente, à sociedade como um todo.

Desenvolvimento

Ocorre que a evolução das normas e leis se operam de modo a acompanhar a evolução das sociedades existentes. E por este motivo, essa imutabilidade indiscutível da coisa julgada, que remonta a séculos de tradição pelos processualistas, está se tornando relativa com o passar dos tempos. O estado de coisas se altera no tempo com muita rapidez e esta rapidez se acentua ainda mais em tempos modernos, onde a informação chega quase que com a velocidade da luz, trazendo mudanças rápidas à sociedade.

Destarte, com a observância de casos concretos injustos, a coisa julgada passou a comportar exceções para sua desconsideração, exceções estas que devem ser interpretadas com cautela a fim de se trazer prestígio às decisões judiciais e, acima de tudo, segurança jurídica aos litigantes do processo.

A coisa julgada tem, acima de tudo, cunho constitucional, antes de ser utilizada como medida de caráter meramente processual. O que se busca manter com as decisões prolatadas pelo judiciário é a democracia do país, que somente será alcançada se a segurança jurídica for garantida à nação.

Assim, tais exceções, à luz do *Código Buzaid*, ficavam restritas às hipóteses de cabimento da ação rescisória, que ofereciam enorme segurança jurídica às partes atingidas pela coisa julgada. A ideia da ação rescisória surgiu do fato de o ato humano ser falho. Ora, se o ser humano é passível de falhar é passível de aplicar a norma incorretamente, de modo a causar uma injustiça. E de tão falho que é o ser humano, pode ele ainda se corromper ao prolatar uma sentença, ou, agir com animosidade, de modo a impedir a aplicação da justiça. Dessa forma, a rescisória albergava, no *Código Buzaid*, hipóteses restritas à injustiças graves, com aplicação errônea da lei, o que possibilitava a revisão da sentença, através deste tipo de ação.

A coisa julgada reinava, até então, com eficácia suprema. Porém, no ano de 2000, o Supremo Tribunal Federal relativizou a coisa julgada pela primeira vez, com o julgamento de uma demanda movida pela Fazenda Pública contra particulares que estavam prestes a receber valores de acordo judicial sem serem titulares do direito. A aplicação da tese se deu para beneficiar a

Fazenda que, em verdade, não se socorreu de seu direito no modo e tempo oportunos, vindo a buscar a titularidade de seu direito após acordo firmado judicialmente já passado em julgado.

Trata-se do recurso especial nº 1.416.333, que teve como Relator o Ministro José Delgado e, foi julgado no dia quinze de fevereiro do ano de 2000, tendo apresentado o seguinte teor:

“Não há a alegada violação do art. 535 do CPC, pois o acórdão recorrido adentrou o mérito recursal para verificar a presença dos requisitos para concessão da tutela antecipada, concluindo, a despeito da pretensão da agravante, como indevida a concessão da tutela requerida, mormente porque a mera propositura de ação para desconstituir a coisa julgada, com base em prova produzida unilateralmente pela autora, não legitimaria tal providência. 2. Entendimento contrário ao interesse da parte e omissão no julgado são conceitos que não se confundem. 3. Na ação rescisória ou na "querella nullitatis", não existe óbice para que se concedam medidas de natureza cautelar ou mesmo antecipatória da tutela, cabendo a análise de seus requisitos caso a caso. 4. No caso dos autos, a questão de fundo da ação aborda a nulidade de ato jurídico vinculado à indenização de terras situadas na unidade de conservação ambiental denominada "Parque Estadual da Serra do Mar", no qual se questiona a justa indenização, excesso no cálculo do valor de indenização, ocorrência de prova falsa e inexistência, sobre o bem, dos poderes inerentes ao domínio pelo expropriado, mormente quando a propriedade é do ente expropriante. Tais questões não passam despercebidas por esta Corte, firmando-se jurisprudência ora pela inexistência de dever indenizatório, ora por reconhecer valor rescisório à falsidade da prova, ora pela violação do princípio da justa indenização, legitimando a desconstituição da coisa julgada inconstitucional. 5. Em atenção ao significativo valor do precatório e à questão de fundo tratada na ação proposta pelo ente estadual, presentes os requisitos para a excepcional concessão de tutela antecipada. Precedente: REsp 240.712/SP, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 15.2.2000, DJ 24.4.2000, p. 38. Agravo regimental provido em parte. Recurso Especial do ESTADO DE SÃO PAULO provido.

Portanto, o julgamento se deu para que fosse devolvido ao Estado de São Paulo a titularidade de bem público, que erroneamente havia sido intitulado como de particulares a fim de desconstituir o acordo judicial firmado entre as partes passado em julgado.

A partir daí a tese de relativização da coisa julgada foi propagada, ganhou enorme repercussão no mundo jurídico nacional, e também na mídia social, passando a ser alegada nos casos de *Ações de Investigação de Paternidade* que fossem capazes de alterar um julgado anterior passado em julgado diante da descoberta da paternidade após a realização de Exame de DNA, relativização esta acolhida pelo STJ.

A justificativa para a aplicação da tese foi no sentido de se proteger os direitos personalíssimos. Ora, de fato, entendemos que o direito à personalidade é um dos mais importantes direitos do ser humano. Desta forma, passou-se a admitir a aplicação da tese da relativização da coisa julgada nas *Ações Investigatórias de Paternidade* com base em exames de DNA realizados após trânsito em julgado de sentença, sob o argumento de que o exame de DNA constituía prova nova. Neste ponto, convergimos com tal posicionamento adotado pelo STJ, já que o que se buscou defender era um direito personalíssimo, frise-se, um dos mais importantes direitos do indivíduo, bem como a relativização, *in casu*, estaria fundada em prova nova, o que autorizaria ao titular do direito, a nosso ver, a rever a decisão, se valendo da ação rescisória.

Uma das questões existenciais mais profundas que cada ser humano carrega consigo é saber de onde ele veio, quem são seus ancestrais, tanto de forma ampla (povo) quanto de forma específica (ancestrais biológicos) a fim de que possa alcançar o seu devido grau de pertencimento seja à uma determinada sociedade seja à uma determinada família. Portanto, busca a identificação afetiva com os ancestrais e com seu povo. Além disso, a investigação genética se faz necessária a fim de que o indivíduo possa descobrir sua herança genética e, verificar probabilidades de identificar e prevenir doenças genéticas raras ou não, e até mesmo analisar a incompatibilidade genética na reprodução.

Portanto, a nosso ver, seria muito vil afirmar que a investigação de paternidade visa a busca pecuniária de direito sucessório, pois, está para muito além disso, alcançando, em verdade, outras esferas, de cunho emocional, existencial, muito mais complexas do que a estritamente patrimonial.

Assim, diante da profundidade do assunto, parece-nos coerente a relativização da coisa julgada nestes casos, pois fundada em prova nova, que busca o reconhecimento do direito à personalidade que está intrinsecamente relacionado ao próprio direito à vida partindo-se do raciocínio que a investigação genética poderá até mesmo identificar e prevenir doenças genéticas.

Porém, atentamos para o fato de que, como o exame de DNA tem sido utilizado sistematicamente em Ações de Investigação de Paternidade desde o final dos anos 1990, tal tese já vem sendo utilizada em menor escala, ficando o assunto atualmente relegado mais aos casos onde restam dúvidas razoáveis sobre a eficiência da metodologia empregada no Teste de DNA preteritamente realizado, ou, dúvida acerca da idoneidade do Laboratório responsável pela realização do exame, ou, ainda, dúvida acerca da existência de fraude no teste de DNA anteriormente realizado, devendo, em todos os casos, haver argumentos sólidos que embasem as suspeitas sob a assertividade do exame já feito.

Noutro giro, a relativização da coisa julgada tem sido admitida também em sentenças que tenham como objeto prestações continuadas. Neste caso, em havendo modificação na situação fática das partes, ou, até mesmo transcorrido tempo suficiente para o alimentado se adequar à uma nova realidade financeira, a revisão da prestação continuada será cabível, ou, até mesmo sua exoneração. A nosso ver, quanto a este ponto específico, a relativização da coisa julgada também parece que ganha vestes de sensatez, pois, se assim não o fosse, a prestação continuada poderia perdurar por um longo período sem que fosse justa ou devida a obrigação. É o caso do

alimentado que tem condições de sustento próprio, porém, continua a se beneficiar de pensão alimentícia em detrimento do alimentante.

Remontamos, contudo, que, quando do surgimento da *Teoria da Relativização da Coisa Julgada*, pretendeu-se endeusá-la sobre a ótica de “nova esperança” de justiça, como se esta fosse a alternativa para correção de todo o mal existente nas relações jurídicas. Cláudio Sinoé Ardenghy dos Santos sinalizou esta mudança:

“Nas breves linhas tentamos demonstrar que a coisa julgada foi ganhando uma nova roupagem, uma moeda de dois lados, na qual a segurança jurídica não é somente a sua imutabilidade. Segurança jurídica é um termo que vem adaptando-se, sem temor por juristas de renome, como um primado da modernidade que vem surgindo no processo civil brasileiro, onde se busca a justiça num plano prático e a verdade formal, dá espaço ao mais próximo da verdade real. Essas mutabilidades e acomodações dos conceitos aos anseios sociais denotam um acréscimo importante no direito pátrio, vindo de nossos pensadores brasileiros, uma qualidade que antes talvez não fosse reconhecida: a de que nós mesmos podemos e devemos influenciar o direito pátrio, e, por que não o estrangeiro? Claro que ainda há trocas, mas na grande maioria de um sentido só (ainda em grande parte o estrangeiro), felizmente estamos rumando para outro: o de sermos exemplos. Uma pequena digressão aqui faço – e não posso deixar de fazê-la - o próprio sistema da *commow law* já questiona seus métodos de hermenêutica, com aproximação a outros sistemas, já se afastam do originalismo dos *framers* e precedentes estagnados para novas articulações. Como inapropriado tratar do tema da coisa julgada aqui em outros sistemas, a pequena fuga é um motivo para demonstrar o engrandecimento que paulatinamente vem ocorrendo no Brasil, o que nos desperta para novas obras e o abandono das repetições dantes costumeiras. A primeira conclusão histórica é que a preocupação maior era em relação aos vícios do processo e da sentença (vícios processuais) – apesar de algumas manifestações na busca de justiça efetiva no processo civil. Doutrina mais arraigada nas inspirações práticas insere a compreensão de que na sentença há implícita a cláusula *rebus sic standibus*, merecendo visualizar a efetividade de seus efeitos à satisfação de uma segurança jurídica racional. E se a própria lei tem métodos de controle quando em disparidade com a constituição através do reconhecimento de inconstitucionalidade pelo Judiciário, deverá esse próprio controlar as decisões que demonstrem fraqueza de espírito aos princípios invocados na constituição. Pois os princípios como otimização de novas feições do processo, essencialmente os princípios constitucionais (catalogados ou não, expressos ou implícitos) buscam uma efetiva justiça dentro do primado da norma e da sociedade. Aqui a justiça adentra um plano mais prático do que filosófico. A sentença injusta ou sentença em dissonância com os princípios

constitucionais transitada em julgado ganha o nome de coisa julgada inconstitucional – denominação dada pelo Dr. José Augusto Delgado. E a sentença inconstitucional não forma a sua esperada imutabilidade e perenidade, é uma aparência, nada mais.” (2006)

Assim, com o advento e entrada em vigor do atual *Código Fux*, o panorama do instituto jurídico da coisa julgada foi consideravelmente alterado. Com base nos julgados supracitados aplicando a tese de relativização da coisa julgada, tal teoria foi transportada para a lei.

Primeiramente, é importante registrarmos que a ação rescisória veio com mudanças no novo código de processo civil no Art. 966, que elenca um número maior de possibilidades, senão vejamos:

“Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II – for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente; III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar manifestamente norma jurídica; VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória; VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos. § 1º Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado. § 2º Nas hipóteses previstas nos incisos do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça: I - nova propositura da demanda; ou II - admissibilidade do recurso correspondente. § 3º A ação rescisória pode ter por objeto apenas 1 (um) capítulo da decisão. § 4º Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei. § 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do **caput** deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência); § 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não

examinada, a impor outra solução jurídica”. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência) (BRASIL. ANO, Página)

Ainda há outros mecanismos processuais que possibilitam a revisão da coisa julgada, como a ação declaratória de nulidade e, os embargos à execução para arguir a inexigibilidade do título executivo judicial (CPC, art. 741, parágrafo único; STF - RE (AgR) 328.812/AM, Rel. Min. Gilmar Mendes).

Nesta trilha, Jeferson Dytz Marin, defende o alargamento das hipóteses da relativização da coisa julgada, bem como que estar-se-ia ele consubstanciado nas incertezas que se vive na atualidade, onde não se tem certeza de nada e tudo é questionável, como bem ensina o autor:

“Teoricamente, é possível sustentar que a relativização da força histórica e constitucional da coisa julgada poderia fundar-se na era das incertezas que se vive. Na relativização dos conceitos e na necessidade de romper com verdades absolutas. Se é fato que a verossimilhança e a aparência da verdade registram mais afinidade com o direito hoje, não é correto relacionar tal pensamento à proposta de (des) consideração da coisa julgada. É outro tipo de incerteza que inspira a modernidade”. (2015, p.116)

E ainda complementa:

“A desvinculação da coisa julgada do elemento segurança é uma tarefa bem mais complexa do que o testemunho de fluidez de conceitos que a pós-modernidade possa dar. É preciso examinar com cuidado a questão e lembrar que a tradição não pode ser esquecida e relegada a um terceiro ou quarto nível nos fundamentos da decisão”. (2015, p.116)

Como já dito alhures, o novo código processual civil permitiu nos artigos 525, § 12, e artigo 535, § 5º, do Código de Processo, a relativização da coisa julgada a partir de julgados do *Supremo Tribunal Federal*, que terão efeito mesmo nos casos já transitados em julgado, na tentativa de padronização das decisões, conforme será detalhado mais adiante.

Entrementes, permitir a aplicação dos artigos 525, § 12, e artigo 535, § 5º, do Código de Processo, é uma afronta à Constituição da República, na medida em que afrontam a segurança jurídica e o ato perfeito jurídico e acabado e conseqüentemente a coisa julgada.

Mesmo porque, a aplicação destes artigos fará ir por água abaixo o efeito *intra partes* tão buscado no controle concreto de constitucionalidade. Para Jeferson Dytz:

“[...] Mesmo que o fundamento seja o controle difuso de constitucionalidade, tem-se, na verdade, efeito reflexo erga omnes, típico do controle concentrado. A aplicação dos dispositivos, portanto, confunde e viola a definição de controle difuso e concentrado de constitucionalidade. Explicasse. Ora, se os dispositivos permitem a desconsideração da coisa julgada por

força de decisão posterior do Supremo Tribunal Federal, levada a cabo em apreço de Recurso Extraordinário estranho ao processo paradigma, extrapolado está o efeito *intra partes*, típico do controle concentrado de constitucionalidade [...]. (2015, p.120)

E continua:

"[...] Ademais, como sustentado precedentemente, há clara violação do dispositivo constitucional que tutela a coisa julgada, em face de desconsideração indevida. Mesmo que se considere o argumento constitucional dos dispositivos – o que se admite como mera finalidade contra-argumentativa, notória a caracterização do que Bachof denominou de norma constitucional inconstitucional por conta da desarmonia com o artigo 5º., inciso XXXVI, da Constituição [...]. (2015, p.121)

Não podemos ainda nos esquecer que o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, que reconhece a efetivação da coisa julgada. Portanto, uma vez decidido e materialmente determinado o assunto, não se pode voltar a discuti-lo. A coisa julgada vai muito além da estabilidade do embate da lide. Trata-se de verdadeiro alcance da democratização do Estado de Direito. Sobre o *Estado Democrático de Direito*, Ana Lúcia Pretto Pereira, discorre:

"[...] O Estado Democrático de Direito reúne, dentre outros, os seguintes princípios: i) constitucionalidade, ii) democrático, iii) igualdade, iv) equilíbrio entre poderes, v) legalidade e vi) segurança jurídica. Trata-se de um modelo de Estado no qual se prima por: deferência à lei, expectativa de previsibilidade da ordem jurídica e respeito às decisões públicas construídas democraticamente. [...]" (2015, p.38).

Remontando ao surgimento da **democracia** tem-se que ela nasceu em 594 aC, quando Sólon propôs um novo sistema de governo para Atenas, uma das cidades-estados mais poderosas da Grécia. A população estava farta de regimes autoritários e de leis rígidas, foi então que Sólon criou uma Lei Maior (chamada hoje Constituição) que dispunha sobre os direitos básicos dos atenienses, sendo que estas leis deveriam ser decididas com a participação do povo. Desta forma, a proposta era de acolher a vontade da maioria dos cidadãos, mas, é sempre bom lembrar que à época mulheres, negros e, escravos não eram considerados cidadãos e conseqüentemente não compunham a maioria. Diante disso, não se pode perder de vista que quanto mais fiscais estiverem aplicando a lei, mais significativamente se diminuirão as arbitrariedades. Deste modo, se o povo é a lei, conseqüentemente haverá um controle muito maior na prevenção e na desconstituição de arbitrariedades.

É de bom alvitre lembrar que na contramão do Estado Democrático de Direito está o Estado Despótico, que nos ensinamentos de Montesquieu (2006) é uma forma de governo na qual uma única entidade governa com poder absoluto. Ainda segundo Montesquieu, neste tipo de governo, apenas um só governa, sem leis e sem regras, dirigindo tudo de acordo com sua conveniência e vontade. Ele classifica três diferentes tipos de governo, são eles: "o republicano, o

monárquico e o despótico. Para distinguir-lhes a natureza, é suficiente a ideia de que deles têm os homens menos instruídos.” (2006, p.23). E assim Montesquieu os define:

“Apresentarei três definições, ou antes, três fatos: um que ‘o governo republicano é aquele em que o povo, como um só corpo, ou somente uma parcela do povo, exerce o poder soberano; o governo monárquico é aquele em que um só governa, de acordo, entretanto, com leis fixas e estabelecidas; e, no governo despótico, um só indivíduo, sem obedecer às leis e regras, submete tudo à sua vontade e capricho’”. (2006, p.23).

Portanto, se observarmos as formas de governo existentes supracitadas, deixar ao arbítrio de um tribunal, ainda que de Cúpula Máxima, para decidir o que pode atingir a todos, inclusive, àqueles que já tiveram questão idêntica analisada na mão contrária com trânsito passado em julgado, mais parece se aproximar de um estado despótico, onde a vontade suprema atingirá a tudo e a todos indistintamente, causando uma situação de incertezas aterrorizante. Entendemos que, neste contexto, a democracia estará fatalmente abalada. Bem é verdade, que a situação política global já aponta para uma crise no sistema Democrático de Direito. Nesse contexto, a insegurança social atualmente já dá sinais de apavoramento. Contudo, esta insegurança social acima descrita está se estendendo também para uma insegurança jurídica, diante das novas diretrizes que se quer dar à coisa julgada.

Jeferson Dytz Marin complementa, ainda, que o direito à coisa julgada é uma garantia constitucional, pois:

“É possível afirmar que a coisa julgada constitui uma garantia individual fundamental, digna de ingente proteção. Ademais, embora instituto processual, viabiliza a realização de um direito material, externado na segurança jurídica. A reconhecimento da coisa julgada como garantia fundamental nos principais documentos legais da América alcança ainda mais importância na medida em que se começa a projetar um “direito processual internacional dos direitos humanos, reunindo os princípios comuns a todas as nações signatárias”. (2015, p.125).

E continua:

“A concepção de que a coisa julgada não constitui um direito em si, emprestando-lhe caráter meramente instrumental, não merece prosperar, vez que ela denota uma garantia material. O fato de ser classificada como matéria preliminar não lhe retira o caráter de direito constitucionalmente estabelecido, que extrapola o rol de garantias procedimentais. Como garantia que também firma a segurança jurídica, a coisa julgada constitui um dos precípuos esteios do processo e, também, do Estado Democrático de Direito. (2015, p.125).

Parece-nos clarividente, acompanhando tal entendimento, que a coisa julgada não se trata somente de um instrumento processual previsto no artigo 502 do código de processo civil, mesmo porque está ela prevista no inciso XXXVI do Artigo 5º da Constituição Federal.

Ocorre que, além dos precedentes julgados já citados neste artigo acolhendo a teoria da relativização da coisa julgada, esmiuçando-se os artigos 525, § 12º, e 535, § 5º, do novel código de processo civil, tem-se que também é possível a relativização da coisa julgada através da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em sede de controle concentrado, ou, difuso pelo Supremo Tribunal Federal.

Verifica-se, ainda, de forma mais acurada que o § 14 do artigo 525, dispõe que o título se torna inexigível de imediato somente no caso de a decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à inconstitucionalidade da lei ou ato normativo ser antes do trânsito em julgado da decisão a ser atacada, onde será possibilitado ao interessado apresentar impugnação ao cumprimento de sentença, com fundamento na inexigibilidade do título executivo judicial, com espeque no artigo 525, § 12 do Código de Processo Civil, enquanto o §15 do mesmo artigo possibilita o ajuizamento de ação rescisória para desconstituição do julgado, nos casos em que a decisão já tiver transitado em julgado. Desta forma, fazendo uma leitura seca do dispositivo legal supra, a parte que desejar desconstituir o julgado por meio de ação rescisória terá o prazo de 02 anos, contados do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que declarar a inconstitucionalidade de lei ou ao normativo, seja na modalidade concentrada ou difusa e mais, tal dispositivo não estabelece restrição temporal quanto ao trânsito em julgado da decisão a ser atacada via rescisória, o que tornaria possível a desconstituição de decisão transitada em julgado décadas após sua prolação, bastando para tanto, frise-se, a declaração de inconstitucionalidade de lei pelo STF, com interposição de rescisória no prazo de até 02 anos após o trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. A propósito, registra-se que, igualmente, não há nenhum prazo para o ajuizamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Embora o Brasil adote a teoria da nulidade absoluta do ato normativo inconstitucional, fato é que a coisa julgada, instituto de suma importância para um Estado Democrático de Direito, não pode ser deixada ao léu, tudo em prol do cumprimento de lei considerada inconstitucional somente em determinado momento histórico. Não parece nada razoável que uma decisão de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo prolatada pelo Supremo Tribunal Federal possa surtir efeitos em quaisquer casos, inclusive, naqueles já passados em julgado, tudo a fim de se cumprir a Carta Maior. Indaga-se: como ficam os institutos que resguardam igualmente a Constituição Federal, tais como a coisa julgada e a segurança jurídica?! Ainda que não se queira dar o mesmo peso e medida, fato é que esses princípios também são pilares da guardiã da lei, não podendo simplesmente serem desconsiderados, causando tumulto e instabilidade nas relações jurídicas, a fim de se fazer cumprir a lei. E mais: como fica o próprio inciso XXXVI do Artigo 5º da Carta Magna? Afinal, também restaria ele afrontado. Desta forma, clarividente ser inconstitucional a eficácia da declaração de inconstitucionalidade de lei de cima para baixo, atingindo a todos na base da pirâmide, como as lavas de um vulcão. Porque nessa realidade fática, o caos será inevitável.

Justamente, a fim de se evitar a instalação do caos generalizado na sociedade é que a doutrina e jurisprudência começaram a interpretar a nulidade *ex tunc* de lei inconstitucional de forma mais branda.

Ora, se é possível relativizar um dos principais pilares do conceito de democracia – a coisa julgada – ao argumento de constantes mudanças nas sociedades, lado outro, parece mais coerente ainda a possibilidade de relativizar o alcance dos efeitos criados por uma decisão *“ex tunc”*, passando a interpretá-la com efeito *“ex nunc”* ainda que no caso de declaração de inconstitucionalidade de lei.

Até porque, as leis são interpretadas de acordo com o contexto histórico da época e local, não se podendo afirmar que elas seriam interpretadas da mesma forma décadas depois. Ademais, o direito se trata de norma aberta, onde o juiz tem o poder-dever de interpretar a lei conforme as máximas de experiência, bem como de acordo com suas convicções pessoais naquilo que não é possível se extrair da letra da lei.

Reflexão mais complexa vem à tona, se pensarmos que as partes têm o direito de invocar inconstitucionalidade de lei, como meio de argumentação. Diante disso, porque não fizeram bom uso de seu direito no bojo do processo, deixando precluir a matéria?! Então, parece ilógico que queiram pretender se valer de tese não levantada por si somente após a declaração de inconstitucionalidade pelo STF. Nesse passo, verifica-se a incompatibilidade entre, de um lado, os artigos 525, § 15 e 535, §8º do novo Código de Processo Civil e, de outro, os artigos 502 e 508 do mesmo diploma legal, além de claro, verdadeira afronta ao inciso XXXVI do Artigo 5º da Guardiã da Lei.

Esclarecemos que não estamos aqui a defender que a imutabilidade da coisa julgada seja intransponível em toda e qualquer decisão transitada em julgado, porém, o que não se pode é pretender dar-lhe contorno aleatório de relativização a fim de se atingir a todos indistintamente que já tenham a seu favor litígio estabilizado perante a Justiça, como se tivessem penduradas sob suas cabeças a espada de Dâmocles.

Ana Lúcia Pretto Pereira, com razão, entende que a possibilidade de revisão da coisa julgada para casos albergados pela ação rescisória não é de todo ruim, diante do comprometimento que surge entre o Juiz e a decisão por si proferida e, diz:

“E essa instrumentalização das decisões passadas, para o alcance de determinados fins, não seria, de todo negativa, pois representaria uma atitude condizente com a concretização do direito e com a construção do direito em cadeia. Além disso, o juiz não tomaria decisões completamente descompromissadas com as convenções passadas justamente por preocupar-se não apenas com as consequências imediatas de suas respostas jurídicas, mas, igualmente, com os seus efeitos considerados de uma maneira sistêmica: afinal, se juízes passarem a decidir apenas com base nas consequências possíveis para o caso concreto em exame, uma “generalização

dessas decisões sobre atores públicos e privados será nociva, pois, aumentará a insegurança jurídica. Percebe-se que a perspectiva consequencialista trabalha com uma visão prospectiva dos custos de uma determinada decisão. Não apenas custos em termos econômicos, mas também em termos políticos, sociais, ou seja, trata-se de uma decisão estratégica, orientada ao alcance de determinados fins [...]”. (2015, p.20-21).

E ainda complementa logo adiante:

“Sendo certo que, sob o constitucionalismo contemporâneo, há uma abertura à relativização das regras, é igualmente certo que a Constituição de 1988 rege um Estado Democrático de Direito, razão esta suficiente para se prestar deferência às soluções legislativas, ou seja, a relativização das regras deve operar-se a favor do Direito, e não contra o Direito.” (2015, p.20-21).

Convergemos com o posicionamento da autora, pois, a ação rescisória tem amparo no conceito de justiça, onde não se possibilitar a revisão das hipóteses albergadas pelo Artigo 966 do Código de Processo Civil seria deixar de aplicar o próprio Direito a fim de se manter um rigor formal excessivo injusto, desnecessário e, até mesmo, ilegal.

Importante registrar que nos Estados Unidos, país que adota o Sistema da *Common Law*, o que se busca é aplicação da justiça, de modo que, neste sistema, é possível se obter a modificação de determinada sentença mesmo depois de seu trânsito em julgado. Porém, embora a coisa julgada neste sistema não tenha o rigor que lhe imprime o direito germano-romano, a segurança jurídica neste modelo jurídico, de qualquer modo, é muito eficaz.

Ora, não podemos nos esquecer que, independentemente do sistema jurídico em que se está inserida, a segurança jurídica é sinônimo de democracia, modelo este adotado comumente pelos países ocidentais. Chama-se a atenção para o fato de que a diferença entre o sistema da *Common Law* e da *Civil Law*, é que no primeiro, quem garante a segurança jurídica são os julgados proferidos e, no segundo caso, são as leis vigentes no país.

Bem é verdade, que a globalização gerou um efeito de proximidade cultural, social, comportamental, modelo-estrutural e, porque não, jurídica, onde houve a troca de modelos de sistemas, onde países de origem da *Civil Law* estão adaptando modelos da *Common Law* e vice-versa. A tendência verificada em tempos de globalização é justamente uma aproximação muito maior entre os povos.

Portanto, essa proximidade cultural global deve se possibilitar expandir horizontes para aprimoramento de modelos entre os povos, contudo, sem afrontar à segurança jurídica, tão buscada no mundo jurídico ocidental, que tem como modelo de sistema político a Democracia.

Basta viajar para o exterior para se ter esta percepção, que passamos a adotar em nosso país usos e costumes até então desconhecidos e que se multiplicaram devido, em grande parte, ao sobredito processo de globalização. Frise-se que fenômeno inverso também se observa lá fora. Até mesmo os bens de consumo se tornaram praticamente universais, onde tem-se à título de exemplo

os Smartphones. Verificamos, assim, que a globalização propicia além de toda essa aproximação social, a troca de experiências e, a integração de sistemas políticos e jurídicos, no intuito da equalização desses sistemas. Todavia, não se pode importar e nem se adaptar de outro sistema, de forma ampla, modelos com base estrutural tão diferentes, pois, certamente, a importação estará fadada ao insucesso. A troca de experiências sobre sistemas de modelos jurídicos é importante, mas deve ser interpretada e importada com cautela. Isto porque, a questão estrutural é cultural, social e comportamental. Portanto, não basta que se copie ou se adeque um sistema já existente em um lugar, em cima de outro modelo vigente totalmente diverso com séculos de tradição. Antes disso, é necessário que haja a mudança comportamental, que não se opera de uma hora para outra.

Ao refletir sobre este processo de transposição, Jeferson Dytz Marin defende que:

“Compreender é, pois, também permitir a expressão da tradição, que atua através da consciência histórica, agindo numa inserção objetiva e, por isso, envolvendo o próprio ser que compreende. O processo da compreensão, então, realiza-se a partir do próprio ser, dele dependendo e produzindo uma experiência reflexiva. Nesse contexto, a interpretação é que representa a forma explícita de compreensão(...) A conclusão é válida, também, para a percepção dos institutos nos diferentes sistemas jurídicos, conduzindo à necessária cautela na transposição dessas entidades seculares. Tal se aplica, a propósito, não apenas em relação aos diferentes sistemas jurídicos mas também nas diferentes tradições jurídicas. A pretensão de implantação da orientação do common law, particularmente em relação aos precedentes, pode ser percebida no direito brasileiro através de sucessivas investidas, inclusive mediante alterações legislativas já consumadas. Assim se deu em relação às frustradas tentativas de implantação da súmula vinculante, que encontraram grande resistência da comunidade jurídica. E, num viés mais recente e que encontrou eco no legislativo, alcançando a alteração das disposições processuais, estão outros institutos trazidos ao ordenamento. Tais institutos, evidentemente, remetem à regra do precedente, típico e característico do direito inglês, que tem sido utilizado como sustentador da ideia de que a criação de instituto similar, no direito brasileiro, poderia contribuir para a maior efetividade do processo. Trata-se da conformação daquilo que a doutrina tem denominado instrumentos de standardização da causa e que compreendem, dentre outros, os institutos da repercussão geral, do sobrestamento dos recursos repetitivos e da inexigibilidade da coisa julgada, sempre que fundada em norma reconhecida inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou, ainda, em interpretação tida por incompatível com a Constituição Federal, pelo mesmo tribunal superior. (2015, p.211-213).

Em outra passagem de sua reflexão, defende que:

“A tentativa de sumularização do direito, com o propósito de aplicar no civil law o sistema de precedente é uma anomalia que, além de ferir as bases da estrutura romano-germânico-canônica não alcança premissa adequada. Enquanto o sistema de precedentes propõe um debate a partir do caso concreto, através da valorização da ampla defesa e dilação probatória, a súmula inverte a lógica e tenta (de forma insatisfatória) regular os casos concretos a partir de previsões sintéticas postas de cima para baixo, sem qualquer possibilidade hermenêutica. A Súmula (vinculante) registra força normativa pragmática superior à própria lei (mesmo que de cunho Constitucional), vez que esta poderá deixar de ser aplicada (em face de vício, inconstitucionalidade, lei posterior que revoga a anterior, existência de lei com hierarquia superior e lei especial que revoga a geral), ao passo que aquela tem subsunção obrigatória. Vive-se, de fato, um período em que a ciência jurídica foi banhada pelas trevas e vitimada pelo assassinio da semântica.” (2015, p.130).

Verifica-se, portanto que a ideia dos artigos 525, § 12º, e 535, § 5º, do código de processo civil, é atingir a coisa julgada com as decisões proferidas pelos *Tribunais de Cúpula*, oriundas de controle difuso ou concentrado, numa tentativa anômala de padronização de decisões.

Mas, não é só esse o problema, já que, embora os artigos supracitados prevejam a decisão do STF para inexigibilidade do título, a jurisprudência tem se valido das decisões do STJ para aplicar os artigos. Tudo no intuito de, mais uma vez, desrespeitar as leis, aplicando-as de acordo com seus próprios entendimentos e conveniência, no intuito de resolver o calvário das demandas em massa que assolam o Poder Judiciário.

A exigência do Conselho Nacional de Justiça no sentido de que os juízes brasileiros participem de curso de capacitação em administração judiciária, conforme se verifica do contido na Meta 8 do CNJ, deixa entrever a vertente que se pretende dar à essa capacitação, qual seja de gerenciamento voltado à padronização e, à produtividade, onde a quantificação de processos findos é o objetivo a ser alcançado.

Entretanto, pensar que o assoberbamento do Judiciário será resolvido com a mecanização das decisões é um pensamento vil, já que afronta a dignidade da pessoa humana e, acima de tudo, a segurança jurídica, tão necessária à sobrevivência do Estado Democrático de Direito. Mais, nosso sistema jurídico - *Civil Law* - não está preparado para aplicar o sistema do *Common Law* largamente, pois, como já dito alhures, ambos têm estruturas totalmente diversas. Ora, a personagem Carlitos, de Charles Chaplin, já retratava, em seu filme *Tempos Modernos* (1936), a selvageria que o mundo industrializado e automatizado, tanto quanto repetitivo, proporcionava às mentes mais sãs. Ora, de são virou insano.

Portanto, o panorama não será alterado com esta alternativa, mesmo porque, num país onde as decisões se modificam a todo momento, estas sempre provocarão, de qualquer modo, enxurradas de ações, pois, a cada nova decisão haverá o efeito avassalador de todos baterem às

portas do judiciário a fim de buscarem decisões mais atuais que lhe sejam benéficas. O tiro poderá sair pela culatra, o que é bem provável.

Nesta senda, a demanda nunca se estabilizará, causando verdadeiro pavor aos litigantes, onde, *mutatis mutandí*, seriam estes envolvidos pelo mesmo pavor de Josef K., personagem do autor Franz Kafka, no livro “O Processo”, desesperado, num emaranhado de mistério e, incertezas quanto ao processo que era movido contra si, onde ele era acusado de ter cometido um crime, contudo, sem sequer saber por qual crime estava sendo processado.

Jeferson Dytz Marin nos ensina que:

“A relativização da coisa julgada, além de redundar num aviltamento do instituto, também integra esse processo pernicioso de castração do acesso à jurisdição, vilipendiando a causa e, em última instância, as partes e seus patronos. Tanto que Marinoni e Greco afirmam a inconstitucionalidade dos arts. 535, parágrafo 5º. e 525, parágrafo 12º., do Código de Processo Civil. Greco alicerça sua premissa na malfadada tentativa de importação da previsão insculpida no parágrafo 79 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal alemão. Como apontado precedentemente, tanto os julgados do Supremo Federal quanto os do Superior Tribunal de Justiça – especialmente o caso paradigma com voto do Ministro Delgado -, assim como a própria regulamentação processual, tem espeque na doutrina do jurista português Paulo Otero. A premissa, sem embargo, é equivocada. Além de inferir que a regra para a dita relativização é o controle abstrato de constitucionalidade, a norma alemã também preserva “os efeitos pretéritos da coisa julgada”, coisa que o legislador pátrio não fez quando da edição da Medida Provisória 2.180/2001, cuja vigência foi firmada pela Emenda Constitucional 32/2001, introduzindo um parágrafo único ao art. 741 do CPC-1973, atual art. 535. Destarte, afirma com acerto Greco, quando infere que no tocante à norma alemã, o legislador brasileiro, “com o sectarismo que o caracterizou nos últimos anos, importou a regra pela metade, ou seja, permitiu o bloqueio da execução, mas não garantiu a manutenção intacta dos efeitos pretéritos da coisa julgada. Dessa forma, além da leitura infeliz da carta constitucional alemã, ampliando-se perigosamente o viés de desconsideração do caso julgado no direito pátrio, tem-se presente a inconstitucionalidade, seja pela natureza de direito fundamental que reveste o instituto, seja pela incongruência processual constitucional que aponta Greco. (2015, p.181-182).

E ainda complementa:

“A relativização, por sinal, integra o espectro da crise funcional do direito, pois, sob os auspícios de decisões a posteriori do Supremo e de superação de injustiças, transforma o processo numa contenda eterna, pisoteia as

normas protetivas da coisa julgada e olvida a função legislativa. A proteção da coisa julgada, no direito comparado, encontra consistente agasalho e segue o paradigma da segurança, da estabilização, da confiança e da previsibilidade empregados pelo direito pátrio. Necessário enfatizar, aqui, a proibição da retroatividade da coisa julgada, que está no bojo da contenda envolvendo a desconsideração. A Constituição Portuguesa, embora admita a eficácia *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade, ressalva o incabimento da eficácia retroativa que afete o caso julgado (art. 282). No direito italiano, a próprio Corte Constitucional passou a impor limites à retroação, restringindo a mudança da coisa julgada material. Nos Estados Unidos, apesar da necessária distinção que a eleição do sistema *commow law* sugere, a Corte Suprema modula a retroação, objetivando sempre evitar a desconsideração de processos em que o trânsito em julgado já se tenha operado. O precedente foi o caso *Linkletter*, de 1965. A Alemanha, cuja disciplina inspirou os primeiros julgamentos que redundaram na desconsideração da coisa julgada no país, também assegura a proteção do instituto. A interpretação da jurisprudência, como já assinalado, não foi feliz.” (2015, p.187-188).

Destarte, causa pavor o fato de o legislador brasileiro importar somente parte das legislações estrangeiras, tentando fazer a população crer na legislação moderna. Que, quando comparada ao primeiro mundo, contudo, em verdade se traduz em aberração jurídica, remetendo o Brasil do *status* de um país Democrático para um país de medos e incertezas, em virtude de sobreditas cópias malfeitas e incompletas emprestadas de outros ordenamentos jurídicos.

Logicamente a repercussão geral e, a padronização das decisões no STJ através do rito dos repetitivos têm sua importância no atual sistema jurídico pátrio, mas, estas não são o alicerce do nosso ordenamento jurídico, motivo pelo qual a eficácia delas deve ser interpretada com cautela.

Frise-se, nem se diga que os Estados Unidos tenham a coisa julgada como relativa, posto que, a mudança dos julgados no sistema do *Commow Law* respeita a coisa julgada de modo eficaz, preservando a segurança jurídica, sendo a relativização da coisa julgada lá aplicada como exceção.

Se bem é verdade que, no Brasil, tudo começou com o RESP 240.712/SP do Ministro José Delgado provido no ano de 2000, não menos verdadeiro é que já transcorreu tempo suficiente para se corrigir o erro e voltar atrás em decisões anômalas como esta. Contudo, ao invés disso, preferiu o Legislador ir para o lado oposto, alargando ainda mais as hipóteses de cabimento da relativização da coisa julgada, deixando a lei ao arbítrio de um mar aberto de interpretações.

É bom ressaltar ainda que o *Superior Tribunal de Justiça*, criado com a Constituição de 1988, tinha o objetivo e a missão de desatolar a crise judiciária que vivia o *Supremo Tribunal Federal*, porém, com limitações de julgamento. Todavia, certamente, extrapolou seus limites de alçada há tempos, ganhando alcunha de Terceira Instância. A prova disso é que vem o *Superior*

Tribunal de Justiça interpretando Súmulas ao seu bel prazer e, o mais grave: alterando substancialmente o fundamento de decisões de processos massificados. Não bastasse isso, o que se verifica é que embora os artigos 525, § 12º, e 535, § 5º. do código de processo civil prevejam a relativização da coisa julgada somente para decisões prolatadas pelo STF, frise-se, a jurisprudência mais uma vez elasteceu a lei e, vem aplicando a tese às decisões do STJ, o que, igualmente, é inconstitucional e, pior, sequer está previsto na lei infraconstitucional.

Dessa forma, não se pretende dizer que as decisões proferidas pelo Judiciário não possam nunca serem alteradas.

A título de exemplos, tem-se o nosso posicionamento convergente com a relativização da coisa julgada referente às ações de investigação de paternidade, bem como às relativas às prestações continuadas e, ainda, as hipóteses abarcadas pela ação rescisória, todas elas, claramente amparadas pelo princípio da boa-fé e, acima de tudo, de justiça.

Entretantes, repita-se, alterar as decisões já transitadas em julgado com base nos artigos 525, § 12º, e 535, § 5º. do código de processo civil e, com fundamentos aleatórios para aplicação da teoria da relativização de coisa julgada, isto sim é digno de repulsa.

Por fim, embora o assunto ainda seja polêmico no mundo jurídico, porém, sem grandes conclusões quanto ao que será interpretado e decidido pelo Supremo Tribunal Federal, fato é que, em breve análise à jurisprudência do sobredito Tribunal, verifica-se que a Cúpula tem entendido ser possível a rescisão de jugado com base em declaração posterior de inconstitucionalidade, porém, somente se não houver controvérsia jurisprudencial entre as Câmaras dos Tribunais sobre o assunto, em observância ao disposto na Súmula n.º. 343 do STF.

Conclusão

A relativização da coisa julgada como fenômeno de mecanização para uniformização de processos massificados afronta a segurança jurídica e, conseqüentemente o *Estado Democrático de Direito*, ocasionando um verdadeiro retrocesso jurídico-político. Portanto, a ilação a que chegamos é de total inconstitucionalidade dos artigos 525, parágrafo 12º, e 535, parágrafo 5º, do código de processo civil, bem como da aplicação da teoria da relativização da coisa julgada com base nestes artigos por afronta ao inciso XXXVI do Artigo 5º da Carta Magna.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 07**. Ementa – Processual Civil. Administrativo. Omissão inexistente. Inconformismo. Ação visando desconstruir a Coisa Julgada. Antecipação de tutela. Possibilidade. Ausências dos requisitos autorizadores. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24870021/agravo-regimental-no-agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-agrg-no-resp-1416333-sp-2013-0131254-6-stj/inteiro-teor-24870022>.

DOS SANTOS, Cláudio Sinoé Ardenghy. In. NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (org.). **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil - vol.1: Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 45ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

KAFKA, Franz. **O processo**. 1ª. Edição, Jandira-SP, Editora Principis, 2020.

MARIN, Jeferson Dytz. **Relativização da Coisa Julgada e Inefetividade das Jurisdição**. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda, 2006.

PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. **Relativização da Coisa Julgada. Segurança Jurídica em Decisões do Supremo Tribunal Federal frente a condenações de grande valor contra o Estado**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

FILMES

TEMPOS MODERNOS. Direção: Charles Chaplin. 89min. P&B. Disponível em:
https://www.youtube.com/watch?v=ieJ1_5y7ft8