

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1059

(Ano XIII)

(06/12/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Maus – tratos a animais e vedação de eutanásia desmotivada (Lei 14.228/21)

Eduardo Luiz Santos Cabette, 07.

ARTIGOS

A suspensão da prescrição trabalhista para os empregados reabilitados após o gozo de benefício previdenciário de auxílio por incapacidade

Lana Cristina da Silva e Silva, 12.

Programas de incentivos fiscais do Estado do Tocantins: convalidação pela Lei

Kátia de Sousa Milhomem, 27.

A Eficiência da aplicação das penas alternativas aos crimes de trânsito na Cidade de Manaus

Fernando de Lima Santana, 45.

Filiação socioafetiva: adoção de adulto na legislação brasileira

Geicy de Souza Ladislau, 61.

Pacote anticrime: análise da constitucionalidade do aumento da pena máxima no Direito Penal brasileiro

Oseilson Matos Moreno Junior e Pedro Iwyson do Monte Oliveira, 77.

Uma análise do tratamento acerca dos danos psíquicos em decisões

Maria Madalena Dos Santos Silva, 89.

Alimentos gravídicos: possibilidade de indenização ao suposto pai quando não há confirmação de paternidade

Thalytha Gomes da Silva, 106.

Lei Geral de Proteção de Dados: uma fonte nova de direitos

Vinicius da Conceição Souza, 119.

O comércio eletrônico em tempos de pandemia com aplicação do Código de Defesa do Consumidor

Leonardo Monteiro Castro, 131.

Responsabilidade civil por danos aos direitos da personalidade em razão da propagação de “Fake News”

Vallery Eunice Reis de Lima e Thúlio Figueiredo Mourão Cassiano, 150.

Da impossibilidade do recebimento dos adicionais de periculosidade e insalubridade de forma cumulada

Raian gabriel Fernandes batalha, 167.

A tramitação do inquérito policial perante o Judiciário

Wenderson Heytor Rios Cardoso, 184.

A vulnerabilidade das mulheres vítimas de tráfico para fins de exploração sexual no Brasil sob a perspectiva da Lei 13.344/2016

Keylla Vieira Santos, 197.

A eficácia das medidas socioeducativas nos casos de delitos cometidos por menores infratores

Otávio Luiz Duarte de Oliveira, 212.

Empreender no setor da beleza e estética diante a pandemia da covid19: um estudo de caso na empresa Amanda Beauty de Fernandópolis (SP)

Junio Augusto Bordin Flavio. Amanda Cais Pessoa e Priscila Bagatelli Pires Regonato, 235.

Responsabilidade civil dos bancos e a relação com Código de Defesa do Consumidor na concessão de crédito

Gustavo Henrique da Silva Pierre, 256.

Direito do consumidor nas compras pela internet - a aplicabilidade do direito de arrependimento

Dailson Jose Santos Da Rocha, 274.

Guarda compartilhada de animais domésticos e a dissolução matrimonial

Rhuam Barbosa de Sousa Costa, 286.

O instituto da prescrição: análise no ordenamento jurídico brasileiro

Raphael Pereira de Oliveira, 305.

A dignidade da pessoa humana e sua efetivação no sistema prisional a luz da Constituição Federal de 1988

Louis Layne Florêncio Pinheiro, 316.

MAUS – TRATOS A ANIMAIS E VEDAÇÃO DE EUTANÁSIA DESMOTIVADA (LEI 14.228/21)

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE, Delegado de Polícia aposentado, Mestre em Direito Social, Pós – graduado em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e pós – graduação do Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado do Unisal.

Matar animais sem motivação alguma, em ato de simples crueldade, configura crime previsto no artigo 32 da Lei Ambiental (Lei 9.605/98).

Acaso esses animais sejam cães ou gatos, a pena é qualificada nos termos do § 1º.
- A do mesmo dispositivo supra mencionado.

Em ocorrendo a morte do animal, em qualquer caso, inclusive na qualificadora, a pena é aumentada de um sexto a um terço, de acordo com o § 2º. do artigo 32 da Lei Ambiental. 1

Em texto anterior, ao qual remetemos o leitor, já se criticou amplamente o fato de que a legislação eleja somente duas espécies de animais (cães e gatos) para a conferência de especiais proteções, violando frontalmente o Princípio da Isonomia. 2

Agora vem a lume a Lei 14.228/21 que veda a eliminação da vida de cães e gatos pelos órgãos de controle de zoonoses, canis públicos e estabelecimentos oficiais congêneres, salvo em casos justificados de eutanásia (artigo 2º.). Novamente prossegue o legislador com sua preocupação seletiva com “cães e gatos”. É claro que não se está propondo impedir a eliminação de pragas (v.g. ratos, pulgas, carrapatos etc.), mas nada

1 Confira-se sobre esta e outras questões a respeito do artigo 32 da Lei 9.605/98, nosso artigo anterior que comenta as alterações promovidas pela Lei 14.064/20: CABETTE, Eduardo Luiz Santos, CABETTE, Bianca Cristine Pires dos Santos. Crime de Maus – Tratos a Animais Qualificado (Lei 14.064/20) – Primeiros Apontamentos. Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/939703130/crime-de-maus-tratos-a-animais-qualificado-lei-14064-20-primeiros-apontamentos>, acesso em 28.10.2021.

2 Op. Cit.

justifica o tratamento especial para “cães e gatos”, enquanto outros animais que não são em regra vetores de contaminação (v.g. cavalos, cabras, galos de rinha apreendidos etc.) são deixados de lado. O erro inicial da Lei 14.064/20 se repete na Lei 14.228/21.

Observe-se que certamente a atual legislação (Lei 14.228/21) tem como origem jurisprudencial o julgamento da ADPF n. 640/19-DF, STF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Em seu bojo é alegado o descumprimento de preceitos fundamentais com a prática do abate de animais saudáveis apreendidos, tendo em vista que a legislação e regulamentos aplicáveis à espécie não prevê esse tipo de “solução” (inteligência dos artigos 32 c/c 25, §§ 1º. e 2º., da Lei 9.605/98 e artigos 101 a 103 e seus parágrafos do Decreto 6.514/08). Realmente não há base legal ou regulamentar no Brasil para o abate indiscriminado de animais apreendidos ou recolhidos. Dessa forma é apontada violação à legalidade (artigo 5º., II, CF) e à especial proteção garantida à fauna em geral, especialmente no que tange à sua submissão a crueldade (artigo 225, § 1º., VII, CF). O Ministro Gilmar Mendes então defere o pedido, proibindo o sacrifício injustificado de animais apreendidos, seja mediante decisões administrativas ou judiciais. O interessante é que a ADPF640/19 – DF não se limita a “cães e gatos”, mas faz referência a animais em geral, sendo mais um elemento importante a indicar que leis como a sob comento e a antecedente Lei 14.064/20 representam casos de inconstitucionalidade por insuficiência protetiva quando, indevidamente, reduzem seu alcance apenas a “cães e gatos”. 3

De qualquer forma, não resta dúvida de que o abate de cães e gatos apreendidos fora dos casos excepcionados pela Lei 14.228/21 constituirá crime de “Maus – Tratos contra Animais” qualificado e majorado de acordo com o artigo 32, § 1º.-A e § 2º., da Lei 9.605/98. Aliás, isto é estabelecido expressamente pelo artigo 4º. da Lei 14.228/21.

Não obstante, também configura o crime majorado nos termos do artigo 32, § 2º., da Lei Ambiental, o abate de outros animais sem justificativa plausível, tendo em vista, não o conteúdo da Lei 14.228/21, que se reduz a “cães e gatos”, não sendo possível analogia “in mallam partem”, mas sim o constante da decisão proferida nos autos da ADPF 640/19 – DF, que abarca qualquer animal. Observe-se, porém, que o abate irregular de animais que não sejam “cães ou gatos”, não se tipificará na figura qualificada do artigo 32, § 1º. – A, da Lei 9.605/98, mas tão somente no artigo 32, “caput”, sendo a pena majorada devido à morte do animal (§ 2º.).

Entretanto, os critérios delineados na Lei 14.228/21, os quais servem para avaliar se o abate é excepcionalmente justificável ou não, podem certamente ser utilizados tanto para cães e gatos como para outros animais apreendidos. Apenas, devido à legalidade, não

3 STF, ADPF 640/DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes. 18.12.2019. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&documento=&s1=640&numProcesso=640>, acesso em 28.10.2021.

se pode fundamentar a infração com relação a outros animais na vedação que se refere a cães e gatos, sendo necessário apelar para o fundamento da ADPF 640/19 – DF. Também pela mesma razão não é possível aplicar a qualificadora reservada somente a cães e gatos, conforme § 1º. – A do artigo 32 da Lei 9.605/97.

Dessa forma, o abate de animais apreendidos em geral, para não configurar figura criminosa respectiva somente se poderá dar em casos especiais nos quais seja permitida e mesmo adequada a prática de “eutanásia” (artigo 1º., da Lei 14.228/21). Essa prática excepcional somente ocorrerá, nos termos do artigo 2º., da lei em comento “nos casos de males, doenças graves ou enfermidades infectocontagiosas incuráveis que coloquem em risco a saúde humana e a de outros animais” (v.g. toxoplasmose irreversível, câncer irreversível, raiva ou hidrofobia) e mesmo assim procurando utilizar na execução do ato meios indolores e o mais brandos possíveis. 4 Este último cuidado é fundamental e se encontra nas Diretrizes da Prática de Eutanásia do CONCEA (Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal):

Esta diretriz objetiva estabelecer procedimentos que evoquem o mínimo de dor ou sofrimento com a realidade da maioria dos estabelecimentos em que a eutanásia é realizada. Deve-se consultar profissional(is) com experiência na área e grupos taxonômicos envolvidos para assegurar a adequação da técnica, ou no caso de instalações animais, de acordo com a Resolução Normativa no 6, de 10 de julho de 2012, os procedimentos de eutanásia devem ser supervisionados, mesmo que não de forma presencial, pelo Responsável Técnico pela instalação animal, que deve ter o título de Médico Veterinário com registro ativo no Conselho Regional de Medicina Veterinária, da Unidade Federativa em que o estabelecimento esteja localizado. 5

Portanto, reforça-se o disposto no artigo 2º., § 1º., da Lei 14.228/21 que exige um “responsável técnico”, que necessariamente será um veterinário, para justificar mediante laudo e eventuais exames laboratoriais a prática excepcional da eutanásia.

A Lei 14.228/21 permite a eutanásia animal em todos os casos previstos em seu artigo 2º., mas conforme o disposto no artigo 2º. § 2º., em não se tratando o motivo para a eutanásia de “doença infectocontagiosa incurável”, abre-se a alternativa de disponibilizar

4 EUTANÁSIA é opção para cães que sofrem com doença irreversível. Disponível em https://www.agrolink.com.br/saudeanimal/noticia/eutanasia-e-opcao-para-caes-que-sofrem-com-doenca-irreversivel_127839.html , acesso em 28.10.2021.

5 DIRETRIZ da prática de Eutanásia do CONCEA. Disponível em https://www.ufmg.br/bioetica/ceua/wp-content/uploads/2016/06/eutanasia_concea.pdf , acesso em 28.10.2021.

o animal para resgate por entidade protetiva. Entende-se então que é possível optar pela eutanásia, mas apenas quando não houver entidade disposta a receber o animal para tratamento. O único caso em que essa possibilidade de resgate do animal é vedada e somente é apontada a solução da eutanásia são as doenças infecciosas incuráveis, tendo em vista o risco para a saúde pública humana e animal. Assim sendo, entende-se que em havendo entidade disposta a ficar com o animal e não se tratando de doença infectocontagiosa incurável, a prática da eliminação do animal configurará crime conforme acima já exposto, variando da forma qualificada com aumento de pena no caso de cães e gatos até a forma simples com aumento de pena no caso de outros animais. A faculdade de praticar a eutanásia nos casos em que há alternativa de resgate por entidades, parece ser condicionada a não existência ou não disposição dessas entidades protetivas em receber os animais. Sugere-se, portanto, que instituições responsáveis pela apreensão, em havendo entidades protetivas, sempre as notifiquem por escrito com prazo razoável para a retirada do animal, antes de proceder à eutanásia, mesmo nos casos em que esta é alternativamente permitida pela lei. Essa documentação deve ser registrada e arquivada para eventuais fiscalizações e comprovação de legalidade dos procedimentos levados a termo no local. Note-se que inclusive o § 2º. do artigo 2º., prevê que as entidades de proteção animal terão acesso irrestrito à documentação que comprove a legalidade da eutanásia nos casos do artigo 2º., “caput” do mesmo diploma. Significa dizer que tais entidades protetoras farão uma espécie de “controle externo” e certamente poderão e deverão denunciar práticas irregulares e criminosas para responsabilizações de direito. É claro que em não havendo entidade de proteção disponível, a eutanásia será a solução para todos os casos previstos no artigo 2º. da legislação enfocada. Pode-se dizer que a eutanásia é a “prima ratio” no caso de doenças infectocontagiosas incuráveis e é a “ultima ratio” nos demais casos previstos no dispositivo citado. E mais, nos casos que envolvam animais saudáveis, não há hipótese nenhuma de eliminação.

A Lei 14.228/21 entra em vigor após uma “vacatio legis” de 120 dias, nos termos de seu artigo 5º. Não obstante, entende-se que desde o julgamento da ADPF 640/19 – DF, a prática de eliminação da vida de animais apreendidos está vedada e, salvo em casos de justificável eutanásia, pode configurar crime de maus – tratos, variando a tipificação no caso de “cães e gatos” e outros animais. O que a Lei 14.228/21 faz, e se pode afirmar que já o faz mesmo antes de sua entrada em vigor, é apresentar um referencial para quais seriam os casos de eutanásia justificada, bem como os procedimentos a serem adotados. Afirma-se que mesmo antes de sua entrada oficial em vigor já é um marco norteador porque podem perfeitamente os administradores dos órgãos afetados utilizar seus critérios e adotar suas cautelas desde logo, embora ainda sem força coativa legal.

Por derradeiro é preciso alertar para o fato de que, indiretamente, a Lei 14.228/21 significa um incremento da responsabilidade da sociedade civil, no caso das entidades de proteção, a fim de que realmente não se reduzam à fiscalização, denúncia e crítica dos

órgãos públicos, mas atuem para realmente acolher esses animais. Um enorme desafio, um ingente teste agora se aplica à sociedade civil, especialmente às entidades protetoras: enfrentar o problema na prática atuando no cuidado dos animais, assumindo sua responsabilidade social, pois, caso contrário, essa legislação transformará a maior parte dos municípios em um caos de zoonoses e outros problemas (até mesmo acidentes automobilísticos) com animais soltos pelas ruas sem qualquer controle, isso porque certamente os entes estatais não darão conta, sozinhos, de manter milhares de animais saudáveis ou com doenças que não permitem eutanásia em seus abrigos com alto custo veterinário, de alimentação, medicamentos, estrutura e pessoal. Veremos como se comportará a sociedade civil diante desse desafio e dessa responsabilidade.

REFERÊNCIAS

CABETTE, Eduardo Luiz Santos, CABETTE, Bianca Cristine Pires dos Santos. Crime de Maus – Tratos a Animais Qualificado (Lei 14.064/20) – Primeiros Apontamentos. Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/939703130/crime-de-maus-tratos-a-animais-qualificado-lei-14064-20-primeiros-apontamentos> , acesso em 28.10.2021.

EUTANÁSIA é opção para cães que sofrem com doença irreversível. Disponível em https://www.agrolink.com.br/saudeanimal/noticia/eutanasia-e-opcao-para-caes-que-sofrem-com-doenca-irreversivel_127839.html , acesso em 28.10.2021.

DIRETRIZ da prática de Eutanásia do CONCEA. Disponível em https://www.ufmg.br/bioetica/ceua/wp-content/uploads/2016/06/eutanasia_concea.pdf , acesso em 28.10.2021.

STF, ADPF 640/DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes. 18.12.2019. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&documento=&s1=640&numProcesso=640> , acesso em 28.10.2021.

A SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO TRABALHISTA PARA OS EMPREGADOS REABILITADOS APÓS O GOZO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE AUXÍLIO POR INCAPACIDADE

LANA CRISTINA DA SILVA E SILVA:
Graduanda do Curso de Direito do Centro
Universitário Fametro.

RESUMO: O presente trabalho de conclusão de curso, objetiva apresentar um estudo sobre a prescrição trabalhista no curso da suspensão do contrato de trabalho, nas hipóteses de afastamento por percepção de benefício previdenciário de auxílio por incapacidade temporária ou permanente, haja a vista a probabilidade de retorno do trabalhador a atividade profissional, cumprido o programa de reabilitação, em que é facultado ao empregador, eventual indenização pelos créditos trabalhistas anteriores a cinco anos da suspensão do contrato de trabalho, podendo apresentar a rescisão unilateral do contrato de trabalho a partir da cessação do benefício, sem qualquer ônus ao empregado pelos períodos laborados.

PALAVRAS-CHAVE: Suspensão. Contrato de Trabalho. Prescrição. Benefício Previdenciário. Auxílio por Incapacidade.

ABSTRACT: This course conclusion work aims to present a study on labor prescription in the course of suspension of the employment contract, in the event of absence due to perception of social security benefit for temporary or permanent disability, considering the probability of return of the worker to professional activity, after completing the rehabilitation program, in which the employer is entitled to eventual compensation for labor claims prior to five years of the suspension of the employment contract, and may present a unilateral termination of the employment contract from the termination of the benefit, without any burden to employment for the periods worked.

KEYWORDS: Suspension. Employment Contract. Prescription. Social Security Benefit. Disability Assistance.

Sumário: 1. Introdução. - 2.Noções Gerais de Prescrição – 3. A prescrição no Direito do Trabalho 4. Das causas Impeditivas, Suspensivas e Interruptivas do Transcurso dos Prazos Prescricionais 5 Dos Benefícios Previdenciários por Incapacidade Temporária ou Permanente 6. Da Suspensão Da Prescrição dos Créditos Trabalhistas 7. A Suspensão da Prescrição Trabalhista para os Empregados Reabilitados após o gozo de Benefício Previdenciário de Auxílio por Incapacidade. 8.Considerações finais. 9. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso, objetiva apresentar um estudo sobre a prescrição trabalhista no curso da suspensão do contrato de trabalho, em virtude de percepção de benefício previdenciário de auxílio por incapacidade temporária ou permanente, no qual é facultado ao empregador, eventual indenização pelos créditos trabalhistas anteriores a cinco anos da suspensão do contrato de trabalho.

Em virtude da ausência de regulamentação legal na matéria, após muitos divergirem em seus entendimentos sobre a aplicação do aludido instituto ao longo dos anos, os Tribunais Regionais do Trabalho, através da Orientação Jurisprudencial 375, vem fundamentando suas decisões no sentido de não elidir a fluência da prescrição quinquenal no curso da suspensão do contrato de trabalho, motivada por percepção de previdenciário de auxílio por incapacidade temporária ou permanente.

Desta feita, qualquer trabalhador que tenha sofrido abusos ou lesão aos seus direitos trabalhistas, tais, como ausência de pagamento de salário, percentual sobre atividade insalubre, adicional sobre atividade periculosa, adicional sobre a jornada de trabalho noturna, dentre outros, ainda que tenha resguardando seu direito de ação, resta impossibilitado de reclamar suas verbas anteriores a cinco anos da suspensão do contrato de trabalho, ressalvada, unicamente, a hipótese de impossibilidade total de acessar o judiciário.

1 NOÇÕES GERAIS SOBRE O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

Originário do direito romano, o instituto da prescrição, surgiu a partir da necessidade de brevar a perseguição do Estado para com o indivíduo em razão de cobrança de dívida, isto porque as obrigações pecuniárias possuíam caráter perpetuo e “só se extinguíam por um ato inverso àquele pelo qual se constituíam” (CRETELLA JR, 2001), ou seja, pela quitação da obrigação. A prescrição institui-se como um remédio para insegurança jurídica que pairava sobre as relações jurídicas da época, restaurando a ordem, a segurança jurídica e a paz social.

O Direito Romano aponta os três fundamentos jurídicos da prescrição: o da necessidade de fixar as relações jurídicas incertas (sua finalidade objetiva), o do castigo à negligência (o meio repressivo de sua realização) e o do interesse público (motivo inspirador da prescrição).

Desde o seu surgimento no direito romano, bem como a longo de sua trajetória no direito, o instituto da prescrição foi visto como uma exceção, uma ferramenta que pode ser suscitada como preliminar de defesa, podendo ser arguida por qualquer das partes, como reflexo dos seus efeitos no decurso do tempo sobre o direito. Tal ponderação se consolidou através dos séculos, mantendo-se até os dias atuais.

O conceito de prescrição materializa-se como a perda do direito de agir no transcurso do tempo, pode ser interpretado como inércia do titular do direito, ou seja, prescrição é a perda do direito de exigir a execução de uma obrigação seja pecuniária ou não, de modo que o direito não deixa de existir, contudo, sua eficácia torna-se inviabilizada.

Na CRFB/88, a prescrição é sedimentada no art. 7º, XXIX, que estabelece que é resguardado ao trabalhador a pretensão de agir quanto aos créditos atinentes as relações de trabalho com prazo prescricional de cinco anos, para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

De outra banda, o Código Civil de 2002, regulamenta o instituto da prescrição em seu art. 189, que estabelece que: "*violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os artigos 205 e 206*".

Leciona o brioso Sérgio Pinto Martins, a prescrição (2007, p. 676), "*é a perda da exigibilidade do direito, em razão da falta do seu exercício dentro de um determinado período de tempo*". (MARTINS, 2007).

Saliente-se, que o mesmo diploma legal, elenca as causas impeditivas, suspensivas ou interruptivas em seus arts. 197 a 206 CC/2002, para ilustre Alice Monteiro de Barros "*as causas interruptivas da prescrição são fatos provocados e determinados diretamente pelas partes*" (BARROS, 2008, p. 1029).

Muito embora a prescrição tenha se originado do direito civil material, a suas nuances repercutem no direito processual, visto que a modalidade de prescrição intercorrente é pratica oriunda da pratica judiciaria. Não por acaso, o Código Civil em seu art. 189, dispõe que "*violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição*".

Conforme os artigos supramencionados lecionam, a pretensão é o direito de exigir a punibilidade sobre o direito material lesionado, todavia, sob a condição de que existe um prazo estipulado para tal pretensão, caso o titular perca este prazo, sofrerá as devidas sanções. Nesta esteira, são pré-requisitos da prescrição; a inércia do titular, ante a violação de seu direito; o decurso do tempo estipulado por lei.

Sobre o tema, atenhamo-nos a lição de (BEVILÁQUA, 1996, p.349) "*a prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dela, durante um determinado espaço de tempo. Não é a falta de um exercício do direito, que lhe tira o vigor, o direito pode conservar-se inativo, por longo tempo, sem perder a sua eficácia. É o não uso da ação que lhe afronta a capacidade de agir*".

Em resumo, a prescrição é a perda do direito de agir por inercia do exercício do direito, ou seja, quando se abre mão da possibilidade reclamar em juízo a lesão ao direito

material. existência desse instituto é necessária para manutenção da segurança jurídica e da ordem social, visto que este instituto visa impor limite temporal a execução de uma obrigação ou de uma pretensão. A prescrição por ter força de lei, é impossível que venha a ser abdicada por vontade unilateral das partes, aliás, por se tratar de matéria de direito, ela poderá ser alegada a qualquer tempo ou grau de jurisdição.

2 A PRESCRIÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

No Direito do trabalho, as pretensões relativas a créditos provenientes das relações de trabalho têm a sua prescrição regulamentada pelo art. 11 da Consolidação das Leis do Trabalho (redação dada pela Lei nº 9.658 de 5 de junho de 1998), que salienta a fixação do prazo prescricional em cinco anos para os trabalhadores, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

A Constituição Federal em seu Art. 7º, inciso XXIX (redação pela Emenda Constitucional nº 28 de 25 de maio de 2000) equiparou a situação dos trabalhadores urbanos a dos rurais, sendo obrigatório que o prazo prescricional seja aplicado de igual forma para ambos, regra esta vigente até o momento.

A Súmula 308 do TST assentou o entendimento de que ainda que respeitado o prazo bienal após a extinção do contrato de trabalho, a prescrição da pretensão de agir a se refere aos créditos imediatamente anteriores a cinco anos, contados da data do ajuizamento da reclamação.

Deve se considerar, que os prazos prescricionais são unicamente aqueles fixados em lei, para (MARTINS, p.709) estes prazos conceituam-se como a "a perda da exigibilidade do direito, em razão da falta do seu exercício dentro de um determinado período".

A Reforma Trabalhista não alterou os referidos prazos prescricionais, mas implementou uma série de mudanças compassivas a este instituto, no âmbito da Justiça do Trabalho, por exemplo, foram introduzidos os §2º e §3º ao citado artigo 11 da CLT.

Tais dispositivos trouxeram duas inovações, uma tratando das prestações sucessivas, que já haviam sido sedimentadas na Súmula nº 294 do TST, contudo, agora explicitam tacitamente a possibilidade de prescrição total. Por fim, a do §3º que dispõe que na reclamatória trabalhista arquivada, a interrupção da prescrição só impera com relação a pedidos idênticos.

Além disto, o advento da Lei 13.467/2017 trouxe outra grande inovação para o âmbito trabalhista, qual seja a prescrição intercorrente, que é aquela a prescrição que pode ser decretada no curso do processo, motivada pela inercia da parte interessada, tendo sido introduzida pela Reforma Trabalhista.

Antes do advento desta nova Lei, não era possível a aplicação do instituto da prescrição intercorrente no processo trabalhista, conforme entendia o TST, que salientou através da Sumula nº 114, ser “inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente”, todavia, com o advento da Reforma Trabalhista, a prescrição intercorrente passou a constar expressamente no art. 11-A da CLT, que cumpre o objetivo de cessar longos processos de execução.

Observa-se que a legislação é expressa em disciplinar os prazos prescricionais relativos aos créditos trabalhistas, todavia, os contratos de trabalhos estão sujeitos condições suspensivas dos seus efeitos, circunstancias em que se questiona a legalidade da fruição dos prazos prescricionais nas hipóteses em que se esteja sob condição suspensiva.

3 DAS CAUSAS IMPEDITIVAS, SUSPENSIVAS E INTERRUPTIVAS DO TRANSCURSO DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS

Conforme supramencionado, em que pese a legislação seja expressa quanto ao prazo prescricional relativo aos créditos trabalhistas, todos os contratos estão vulneráveis aos efeitos suspensivos, resguardando-se o transcurso dos prazos prescricionais enquanto perdura a causa suspensiva.

O instituto da prescrição pode restar obstado de se consumir ou ser postergado o início de sua contagem, em virtude de causas impeditivas, suspensivas e interruptivas, nos casos já previstos na legislação.

O mais clássico exemplo clássico disto, é quando ocorre lesão a um direito, o prazo prescricional é postergado para momento ulterior, haja a vista as causas estabelecidas em leis serem preexistentes, ou seja, as causas interruptivas evitam o surgimento da prescrição. Desta feita, enquanto não cessar a causa impeditiva não se iniciará a contagem do prazo prescricional.

Quanto a suspensão, em uma hipótese de existência de um prazo prescricional em curso no momento em que nasce uma causa impeditiva preestabelecida em lei, sua fluência é suspensa até a data em que cessar a causa suspensiva, sendo retomado a sua contagem a partir de tempo que faltava para consumir-se.

Nas palavras da ilustre Maria Helena Diniz (Curso de Direito Civil, 2003, p. 341):

As causas impeditivas da prescrição são as circunstâncias que impedem que seu curso inicie e, as suspensivas, as que paralisam temporariamente o seu curso; superado o fato suspensivo, a prescrição continua a correr, computado o tempo decorrido antes dele.

Conforme podemos observar, as primeiras hipóteses impedem a fluência do prazo prescricional e a segunda suspende o prazo prescricional. Nestes aspectos, a legislação civil que é categórica ao discriminar qual natureza de fato, tem o poder de alterar o transcurso do prazo prescricional, estando sedimentadas estas hipóteses nos arts. 197 a 201 do Código Civil, especialmente a hipótese prevista no art.199, que dispõe que não corre igualmente a prescrição pendendo-se condição suspensiva.

Sem maiores esforços, vislumbramos a possibilidade de aplicação subsidiária da interpretação extensiva da legislação civil aos contratos de trabalho, logo, suspenso o contrato de trabalho os efeitos de sua natureza, incluindo a fruição do prazo prescricional, também seriam suspensos.

4 DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA OU PERMANENTE

Os benefícios previdenciários por incapacidade são devidos aos segurados que por motivo de doença com ou sem relação com o labor, ficam incapazes de exercer atividade profissional, por período superior a 15 (quinze) dias consecutivos, desde que preenchidos os requisitos de carência, qualidade e incapacidade para o trabalho.

Nas hipóteses em que o segurado se encontre empregado, os primeiros 15 (quinze) dias de benefício por incapacidade, serão pagos pelo empregador, concedendo-se o amparo Instituto Nacional do Seguro Social somente a partir do 16º dia, ressalvada a situação dos empregados domésticos em que fica a cargo da Previdência o ônus desde o primeiro dia de benefício por incapacidade.

Tais benefícios foram instituídos pela Lei 8.213/91 que estabelece em seu arts. 59 e 60, os requisitos para a concessão e manutenção da assistência pro parte da previdência, quais sejam:

Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Art. 60. O auxílio-doença será devido ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e, no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz. (Redação dada pela Lei n.º 9.876, de 26.11.1999).

Quanto a incapacidade laboral temporária, o benefício é devido àquele segurado é o auxílio-doença ou, atualmente, denominado como auxílio por incapacidade temporária.

Este benefício possui um período predefinido pelo o INSS na concessão, mas pode ser prorrogado caso a incapacidade não tenha cessado.

O instituto nacional do seguro social, propõe a reabilitação profissional, que tem o condão de propiciar ao Segurado incapacitado para o labor, meios de readaptação profissional para participar do mercado de trabalho no contexto social em que estão inseridos. Tal conceito está preceituado no art. 89, da lei n.º 8.213/91, que dispõe:

Art. 89. A habilitação e a reabilitação profissional e social deverão proporcionar ao beneficiário incapacitado parcial ou totalmente para o trabalho, e às pessoas portadoras de deficiência, os meios para a (re) educação e de (re) adaptação profissional e social indicados para participar do mercado de trabalho e do contexto em que vive.

O trabalhador que esteja participando deste programa de reabilitação profissional, na condição e incapacitado para o trabalho, faz jus ao recebimento do auxílio por incapacidade temporária, que poderá ser cessado quando este último concluir a reabilitação profissional.

Já aposentadoria por invalidez, hoje alcunhada de aposentadoria por incapacidade permanente, é devida aquele segurado que esteja total e permanentemente incapacitado para exercer atividade laboral ou seja, para toda e qualquer função de trabalho; sem possibilidades ou perspectivas de melhora ou reabilitação.

Antes da Reforma da Previdência, a aposentadoria por incapacidade permanente, inclusive decorrente de acidente de trabalho ou doença ocupacional, era abrangido pelo cálculo de 100% dos salários de contribuição, apurado com base na média aritmética simples, somente dos maiores salários de contribuição que correspondia 80% do período contributivo.

Com o advento da Reforma da Previdência que entrou em vigor em 13/11/2019, houveram drásticos reflexos ao cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente, visto que agora a média aritmética do cálculo é apurada com 100% dos salários de contribuição desde 07/1994, sem o descarte dos menores salários de contribuição da vida toda.

Diante de tais modificações, por consectário lógico o cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente se tornou menor, ou seja, a partir da média das contribuições o valor da aposentadoria por incapacidade permanente chega até 60% dos salários de contribuição, com acréscimo de dois pontos percentuais, para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 anos de contribuição, no caso dos homens, e dos 15 anos de contribuição, no caso das mulheres.

Tem se por única exceção a esta regra, a aposentadoria por incapacidade permanente, que quando decorrer de acidente de trabalho, ou de doença ocupacional do trabalho, os salários de contribuição corresponderão a 100% do salário benefício, levando em consideração todos os salários de contribuição.

Não é difícil compreender, que o segurado em gozo de benefício previdenciário por incapacidade permanente teve uma perda considerável em sua fonte de renda, ao ser considerado insuscetível a reabilitação profissional, salvo unicamente hipótese de relação com o trabalho, de outra banda, o segurado que permanecer no programa de reabilitação por período superior a cinco anos da suspensão do trabalho, perde o direito de acessar seus créditos trabalhados em igual período no curso da suspensão do contrato de trabalho.

5 DA SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO DOS CREDITOS TRABALHISTAS

Em que pese a Consolidação das Leis do Trabalho em seu art. 471 e seguintes, discorrer sobre as hipóteses suspensivas do contrato de trabalho, nossa análise nos faz concluir que a lei é omissa quanto aos efeitos da suspensão do contrato de trabalho, nos casos de afastamento por percepção de benefícios previdenciários por incapacidade.

Mesmo diante de tal disposição, a doutrina e jurisprudência vem se posicionando sobre a ausência de previsão legal para aplicação da afastabilidade da prescrição no curso da suspensão do contrato de trabalho, em se tratando de percepção de benefícios previdenciários.

A brilhante doutrinadora Alice Monteiro de Barros (2008, p. 1028): defende como causa suspensiva da prescrição a doença do empregado que o impossibilita de ajuizar a ação, aplicando por analogia a legislação civil. Não obstante, outros autores e Tribunais Superiores discordam com a autora, argumentando que o rol do Código Civil e o da CLT não incluem a doença do empregado como causa suspensiva ou interruptiva da prescrição.

Tal repercussão da matéria, ensejou o TST a editar através da SDI-1 a Orientação Jurisprudencial nº 375, consolidando o entendimento de que:

AUXÍLIO-DOENÇA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. PRESCRIÇÃO. CONTAGEM. *"A suspensão do contrato de trabalho, em virtude da percepção do auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez, não impede a fluência da prescrição quinquenal, ressalvada a hipótese de absoluta impossibilidade de acesso ao Judiciário".* (DEJT divulgado em 19, 20 e 22.04.2010).

Esta orientação tem servido de paradigma para embasar todas as decisões dos Tribunais Regionais do trabalho de forma que o trabalhador vem sendo prejudicado objetivamente quando a óbice de seus direitos, senão vejamos:

EMENTA: APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. IMPOSSIBILIDADE DE INFLUIR PRESCRIÇÃO. Não há previsão legal que sustente a tese da suspensão do curso da prescrição quinquenal pela intercorrência da concessão do auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez. Apenas em casos excepcionais, quando caracterizada a absoluta impossibilidade material de o autor buscar no Poder Judiciário reparação pela lesão sofrida, afigura-se justificável a suspensão da contagem do prazo prescricional. Destaca-se, contudo, que, nessas hipóteses, não há falar na aplicação do prazo prescricional bienal extintivo, visto que tal prazo está estritamente vinculado à extinção do contrato de trabalho. Precedentes desta Corte superior. Recurso de embargos conhecido e não provido. (TST, E-ED-RR - 754/2002-003-24-00.8, Rel. Min. Lélío Bentes Corrêa, DJ 13/03/2009).(TRT-18 1712200900518006 GO 01712-2009-005-18-00-6, Relator: GERALDO RODRIGUES DO NASCIMENTO, Data de Publicação: DJ Eletrônico Ano IV, Nº 113 de 30.06.2010, pág.5.)

EMENTA: SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO EM RAZÃO DE DOENÇA DO EMPREGADO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DE CRÉDITOS. INOCORRÊNCIA DE EFEITO INTERRUPTIVO DO PRAZO. Não há controvérsia na doutrina e na jurisprudência sobre a matéria atinente às causas suspensivas e interruptivas dos prazos prescricionais que, sabidamente, serão sempre aquelas previstas em lei, em *numerus clausus*. Por isto é que constitui verdadeira heresia jurídica declarar interrupção de prazo prescricional com a invocação de enunciado de tese aprovada em congressos ou encontros de natureza acadêmica, pois não consta do ordenamento jurídico que a suspensão do contrato de trabalho em razão de doença do empregado tenha força para interromper o curso da prescrição quinquenal de seus créditos trabalhistas, máxime quando esta condição não lhe impede de exercitar, a qualquer tempo, seu direito de ação. (RO -18098/09. Publicação: 22/07/2009. Nona Turma. Relator: Joao Bosco Pinto Lar)

EMENTA: HORAS EXTRAS - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - SUSPENSÃO DO CONTRATO POR FORÇA DE AFASTAMENTO

PREVIDENCIÁRIO SEGUIDO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. O inciso XXIX do art. 7º da Constituição de 1988 fixa o prazo prescricional de 05 anos para os trabalhadores reclamarem em Juízo direitos decorrentes do contrato de trabalho, obedecendo-se o limite de 02 anos, contados da extinção do contrato. No caso da suspensão do contrato de trabalho por concessão de auxílio-doença, seguido de declaração de aposentadoria por invalidez, ainda que não se inicie a contagem do prazo bienal, por não se tratar de hipótese de extinção do contrato de trabalho, o prazo quinquenal continua a fluir normalmente. Neste sentido, a pretensão relativa às horas extras prestadas há mais de 05 anos contados da data do ajuizamento da ação encontra-se irremediavelmente fulminada pelo fenômeno prescricional, devendo ser mantida a sentença que decretou esta prejudicial em relação ao crédito. (RO - 6949/09. Publicação: 25/05/2009. Oitava Turma. Relator: Cleube de Freitas Pereira).

O brioso Ministro Vieira de Melo Filho em julgamento da SBDI-1, sacramenta:

“A SBDI-1 desta Corte, uniformizadora da jurisprudência, tem firmado posicionamento segundo o qual não opera o efeito jurídico de suspensão ou interrupção da prescrição o afastamento do empregado, acometido de doença profissional, recebendo auxílio-doença. Colacionam-se os seguintes precedentes a corroborar essa tese”.

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. PRESCRIÇÃO. Esta SBDI-I, interpretando o art. 475 da Consolidação das Leis do Trabalho cumulado com os arts. 198 e seguintes do Código Civil de 2002, vem firmando o entendimento segundo o qual a suspensão do contrato de trabalho, em virtude da percepção do auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez, não impede a fluência da prescrição quinquenal. Embargos conhecidos e desprovidos. (E-RR-113500-63.2005.5.17.0004, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT de 27/11/2009).

EMBARGOS. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. SUPRESSÃO. ALCANCE DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL TRANSITÓRIA N.º 51 DA SBDI-I. RECURSO DE REVISTA NÃO CONHECIDO. AUSÊNCIA DE ARGUIÇÃO DE OFENSA AO ARTIGO 896 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. A

jurisprudência desta colenda Subseção Especializada consagra entendimento no sentido de que a expressa alegação de ofensa ao artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho constitui pressuposto indispensável à admissão dos embargos, no caso de não ter sido conhecido o recurso de revista por seus aspectos intrínsecos de cognição. Hipótese de incidência da Orientação Jurisprudencial n.º 294 da SBDI-I do Tribunal Superior do Trabalho. Embargos não conhecidos. E-ED-RR-75400-52.2002.5.24.0003, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT de 13/3/2009).

Temos por certo, que nos termos do art. 476 da CLT, o empregado afastado do labor por motivo de doença e em gozo de benefício por incapacidade laboral, tem seu contrato de trabalho suspenso no período que perdurar a incapacidade, por consectário lógico, a aplicação da suspensão dos efeitos inerentes estaria suspensa, tendo em vista que no direito, as obrigações acessórias seguem a principal.

6 A SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO TRABALHISTA PARA OS EMPREGADOS REABILITADOS APÓS O GOZO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE AUXÍLIO POR INCAPACIDADE

A suspensão do contrato de trabalho, que por sua vez, representa a cessação temporária de alguns direitos inerentes a este, vem sendo objeto de discussão recorrente nos Tribunais Regionais do Trabalho, haja a vista a omissão legal na matéria que ocasionou muitos entendimentos jurisprudenciais controversos ao longo do tempo.

Após muito divergirem sobre sua aplicação, tendendo, na maioria dos casos a desconstituir a possibilidade de inoccorrência da prescrição quinquenal sobre os créditos trabalhistas, durante a suspensão do contrato de trabalho, motivada por percepção de benefício previdenciário por incapacidade temporária ou permanente, resguardando apenas a prescrição da pretensão de agir.

E muito embora, a manutenção do vínculo empregatício no curso da suspensão do contrato de trabalho, preserve a prescrição trabalhista do biênio atinente a pretensão de agir que é sacramentada no art. 11 da CLT, todavia, não existe a previsão legal quanto a fluência da prescrição quinquenal dos créditos trabalhistas neste mesmo período.

Quanto a afastabilidade da prescrição trabalhista por motivo de percepção de benefício previdenciário por incapacidade, o Tribunal Superior do Trabalho tendia a posicionar-se favorável a suspensão, fundamentado no art. 199, I do Cód. Civil, que dispõe sobre a inoccorrência da prescrição pendendo-se condição de suspensiva.

Neste sentido, Acórdão de relatoria do ilustre Min. João Oreste Dalazen, *[in verbis:]*

SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO – AUXÍLIO DOENÇA – PRESCRIÇÃO – NÃO FLUÊNCIA. 1- Suspenso o contrato de trabalho, em virtude de o empregado haver sido acometido de doença profissional (Leucopenia), com percepção de auxílio-doença, opera-se a correlata suspensão igualmente do fluxo do prazo prescricional para ajuizamento de ação trabalhista. Omissa a lei, razoável a invocação analógica do artigo 170, inciso I, do Código Civil Brasileiro, segundo o qual não flui a prescrição pendendo condição suspensiva. Daí se infere a regra absolutamente prudente de que se o titular do direito subjetivo lesado está impossibilitado de agir, para tornar efetivo o seu direito, não flui a prescrição. Assim, forçoso reconhecer que, enquanto perdurar a enfermidade determinante da paralisação das obrigações bilaterais principais do contrato, o empregado acha-se fisicamente impossibilitado de exercer o direito constitucional de ação. 2 – Embargos de que se conhece e a que se dá provimento para, com supedâneo no artigo 260 do RITST, afastar a prescrição total do direito de ação do Autor, determinando o retorno dos autos à Vara do Trabalho de origem para análise do mérito da demanda (TST-E-RR-741962/2001, rel. Ministro João Oreste Dalazen, DJ 13.12.2002).

No entanto, atualmente o Egrégio TST consolidou através da Orientação Jurisprudencial nº 375, o entendimento de que *"a percepção de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, embora suspenda o contrato de trabalho, não impede a fluência da prescrição quinquenal, ressalvadas apenas as hipóteses de impossibilidade total de acessar o judiciário"*.

Sobre a matéria, a ilustre Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi leciona *[in verbis:]*

EMBARGOS - AFASTAMENTO DO EMPREGADO EM FACE DE AUXÍLIO-DOENÇA - SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO - AUSÊNCIA DE INTERRUPTÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL - A col. SBDI-1 do TST firmou posicionamento entendendo que não há que se cogitar em suspensão ou interrupção do prazo prescricional em hipóteses como a dos autos. Com efeito, manifesta-se esse Colegiado que a causa suspensiva da prescrição, ora invocada, não está contemplada na lei e o art. 199 do Código Civil não comporta interpretação extensiva ou analógica para a inclusão de outras causas de suspensão. Precedentes: E-RR 3319/1999-070-02-00, Rel. Min.

Carlos Alberto, DJ 27.4.2007; E-RR 789/2002-920-20-00.8, Rel. Designada Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ 4.5.2007 (SBDI-1, E-RR 424/2001-069-09-00, DJ 20.6.08).

Sem maiores ilações, se faz notório que o trabalhador se queda em uma posição ínfima frente ao empregador, haja a vista a possibilidade de retorno ao labor após a reabilitação profissional e o poder de rescisão unilateral do contrato de trabalho por parte do empregador sem ônus ao empregado.

Na maioria dos casos, o empregado que sofreu abusos e violações de direito no que tange aos créditos trabalhistas, quais sejam: ausência de pagamento das verbas, atividade insalubre, periculosa, ausência de pagamento de vale-transporte e alimentação, adicional noturno dentre outros, que precediam a suspensão do contrato de trabalho no quinquênio quedam-se prejudicados, uma vez que preservado o direito de ação o objeto da lide resta prejudicado.

A matéria exteriorizada merece atenção especial com vistas a garantir que a legislação se posicione acerca do óbice aos direitos inerentes ao trabalhador garantidos pela Constituição Federal e a Consolidação das Leis do Trabalho, de modo que a aplicabilidade do instituto da prescrição venha ser perpetrado de forma a equivaler sua posição frente ao empregador, sem dar azo a incerteza jurídica a parte mais frágil da relação.

CONCLUSÃO

O presente trabalho de conclusão de curso, buscou apresentar uma análise dos efeitos da prescrição no curso da suspensão do contrato de trabalho, motivado por percepção de benefício previdenciário de auxílio por incapacidade temporária ou permanente, avaliando como os Tribunais Regionais do Trabalho vem se posicionando a respeito da matéria, após muito divergirem ao longo dos anos.

Atualmente, os Tribunais do Trabalho através da Orientação Jurisprudencial nº 375 do SBDI-1 – TST, que sedimentou o entendimento de que a prescrição quinquenal não deve ter sua fruição impedida no curso da suspensão do contrato de trabalho, que tenha sido motivado por percepção de benefício por incapacidade, ressalvando-se unicamente a hipótese de absoluta impossibilidade de acesso ao Judiciário.

É cristalino o quanto a omissão legal na matéria vem gerando controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais que por consectário lógico, se invertem em desfavor do trabalhador, evidenciando sua vulnerabilidade técnica perante o empregador, haja vista que após cumprir o programa de reabilitação profissional e retornar ao labor, poderá ter

seu contrato de trabalho rescindido a qualquer tempo, sem ônus pelos períodos laborados anteriores a cinco anos da suspensão do contrato de trabalho.

REFERÊNCIAS

Artigo 11 da CLT - **Da Prescrição** disponível em: <http://www.cltlivre.com.br/artigos_clt/artigo-11-da-clt-da-prescricao>. Acesso em 25/08/2021.

Aspectos Jurisprudenciais da Prescrição Trabalhista no Brasil e na Itália - disponível em: <<https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/966>>. Acesso em 22/10/2021.

Aspectos gerais da prescrição disponível em: <https://jus.com.br/artigos/38201/aspectos-gerais-da-prescricao#_ftn1>. Acesso em 04/07/2021.

A SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO PARA OS EMPREGADOS AFASTADOS POR ACIDENTE DE TRABALHO, disponível em <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-suspensao-prescricao-para-os-empregados-afastados-por-acidente-trabalho.htm>>. Acesso em 09/09/2021.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 4ª ed. São Paulo: *LT*, 2008.

Beviláqua, Clóvis. **Código Civil de 1916** - 11ª ed. São Paulo: *saraiva*, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 25/10/2021.

BRASIL. Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre **os planos de benefícios da Previdência Social** e dá outras providências. VadeMecum, 21ª. ed. São Paulo: *Saraiva*, 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943, que **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. VadeMecum, 21ª. ed. São Paulo: *Saraiva*, 2019.

Causas impeditivas, suspensivas e interruptivas da prescrição disponível em <https://vlex.com.br/vid/causas-impeditivas-suspensivas-interruptivas-733197509>

Reforma Trabalhista: Como Ficou a Prescrição no Âmbito Trabalhista? disponível em <https://direitoreal.com.br/artigos/como-ficou-a-prescricao-trabalhista>

O Valor da Aposentadoria Por Invalidez em 2021 disponível em <https://www.naadv.com.br/valor-aposentadoria-invalidez-2021/>

O Afastamento do Empregado para Recebimento de Auxílio Doença não Acarreta a Suspensão da Prescrição disponível em: <https://saberalei.com.br/suspensao-da-prescricao/>

COVELLO, Sérgio Carlos. **A Obrigação Natural – Elementos para uma Possível Teoria**, São Paulo: *LEUD*, 1996.

CRETELLA JR, José. **Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 25. ed. Rio de Janeiro: *Forense*, 2001.

Guilherme, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Código Civil Comentado**. Série Descomplicada. São Paulo: *Rideel*, 2013. p. 130.

JORGE NETO, Franciso Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho– Tomo II**. 4ªed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho. 23ª ed**. São Paulo: *Atlas*, 2007.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho. 28 ed**. São Paulo: *Atlas*, 2012. Comentários à CLT. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Sobre segurança jurídica: Bressan, Gabriel Barreira. **Neoprocessualismo: entre efetividade e segurança jurídica**. Novas Edições Acadêmicas: *Saarbrücken*, maio de 2015, p. 82.

TEORIAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO. disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29119/causas-impeditivas-e-suspensivas-dos-prazos-prescricionais-no-direito-civil>>. Acesso em 16/10/2021.

Prescrição Intercorrente No Processo Do Trabalho: Uma Análise Crítica Do Entendimento Adotado Pela Reforma Trabalhista disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/prescricao-intercorrente-no-processo-do-trabalho-uma-analise-critica-do-entendimento-adotado-pela-reforma-trabalhista>>. Acesso em 20/11/2011.

PROGRAMAS DE INCENTIVOS FISCAIS DO ESTADO DO TOCANTINS: CONVALIDAÇÃO PELA LEI COMPLEMENTAR 160/2017.

KÁTIA DE SOUSA MILHOMEM:

Bacharelada em Direito pela Faculdade Serra do Carmo, Graduada em Enfermagem pela Faculdade Ceulp Ulbra Palmas-TO. MBA Liderança e Formação de Gestores pela UFT-TO

LUIZ RODRIGUES ARAÚJO FILHO⁶

(orientador)

RESUMO: O incentivo fiscal está no campo da extrafiscalidade, e tem por natureza obrigatória o desenvolvimento dos setores da indústria brasileira, sua economia e geração de emprego e renda. Sua previsão está expressa na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 150. No que tange à regulação dos benefícios fiscais ora concedidos pelos estados foi promulgada a Lei Complementar 160/2017 com o objetivo de pacificar os embates entre entes estaduais na chamada Guerra Fiscal e desvio de finalidade dos benefícios legalmente disponíveis. O estado do Tocantins conta atualmente com onze modalidades de benefícios fiscais que visam a instalação e manutenção de empresas em seu território abarcando os principais setores da indústria e promovendo desenvolvimento socioeconômico para o estado mais novo da nossa nação. A metodologia adotada por este estudo é do tipo exploratória com abordagem qualitativa através de pesquisa documental e bibliográfica e abordagem dogmática por trabalhar com conceitos jurídicos pré-estabelecidos em documentos legais e visou analisar a relação entre a promulgação da Lei Complementar 160/2017 e o estabelecimento de maior segurança jurídica dos benefícios fiscais concedidos às empresas e como se deu o processo de convalidação da Lei Complementar através do Convênio 190/2017 na concessão dos incentivos fiscais pelo governo do Tocantins.

Palavras-chave: Incentivo Fiscal; ICMS; Lei Complementar 160/2017; Convênio 190/2017; Tocantins

ABSTRACT: The fiscal incentive is in the field of extrafiscality, and its nature is mandatory to develop the sectors of brazilian industry, its economy and the generation of employment

⁶ Professor do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo. Graduado em Direito pela Fundação Universidade Federal do Tocantins. Especialização em Direito Constitucional pela Fundação Universidade do Tocantins. Especialização em Direito Tributário pela Fundação Universidade do Tocantins e Mestrado em Direito Tributário pela Universidade Católica de Brasília (2013). E-mail: prof.luizrodrigues@fasec.edu.br. Palmas-TO.

and income. Its legal provision is expressed in the Federal Constitution of 1988, in its article 150. With regard to the regulation of tax benefits now granted by the states, Complementary Law 160/2017 was enacted with the objective of pacifying the clashes between state entities in the so-called Fiscal War and deviation of the purpose of legally available benefits. The state of Tocantins currently has eleven types of tax benefits aimed at installing and maintaining companies in its territory, covering the main sectors of industry and promoting socioeconomic development for the newest state in our nation. The methodology adopted in this study is of the exploratory type with a qualitative approach through documentary and bibliographic research and a dogmatic approach for working with pre-established legal concepts in legal documents and aimed to analyze the relationship between the enactment of Complementary Law 160/2017 and the establishment of greater legal security of tax benefits granted to companies and how the process of validation of the Complementary Law was carried out through health insurance 190/2017 in the granting of tax incentives by the government of Tocantins.

Keywords: Tax Incentive; ICMS; Complementary Law 160/2017; Health Insurance 190/2017; Tocantins.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Incentivos Fiscais; 2.1 Conceituação; 2.2 Histórico; 2.3 Previsão Legal. 3. Programas de Benefícios Fiscais do Estado do Tocantins; 4. Lei Complementar 160/2017 e Guerra Fiscal; 5. Convalidação da Lei Complementar 160/2017 pelo estado do Tocantins; 6. Considerações Finais; 7. Referências Bibliográficas

1. INTRODUÇÃO

Muito se discute a importância do tributo, sendo uma obrigação *ex lege*⁷, ou seja, deriva de lei ordinária ou complementar, com previsão legal no artigo 150, I, do CTN c/c artigo 97, I e II, CTN. Deve ser observado o princípio da legalidade, assim como, a competência tributária sendo constitucionalmente atribuída ao ente público prevista nos artigos 153 a 156 da Constituição Federal de 1988, agindo no limite de suas atribuições, não se confunde com a competência de legislar sobre Direito Tributário.

Os incentivos fiscais possuem natureza de extrafiscalidade⁸ portanto, trata-se da redução – ou supressão de sua exigibilidade da receita pública que tem por natureza

7 "As obrigações são voluntárias ou legais. As primeiras decorrem da vontade das partes, assim, do contrato; as legais resultam da lei, por isso são denominadas obrigações ex lege e podem ser encontradas tanto no direito público quanto no direito privado. A obrigação tributária, obrigação ex lege, a mais importante do direito público, 'nasce de um fato qualquer da vida concreta, que antes havia sido qualificado pela lei como apto a determinar o seu nascimento.'" (Ataliba, 1979).

8 (...) Tributação extrafiscal é o conceito que decorre do de tributação fiscal, levando a que entendamos extrafiscalidade como atividade financeira que o Estado desenvolve sem o fim precípua de obter recursos para seu erário, mas sim com vistas a ordenar a economia e as relações sociais, sendo, portanto, conceito

obrigatória visando o desenvolvimento de setores da indústria brasileira, e a economia de estados ou regiões de maneira a aumentar a receita do Estado e também promover benefícios no âmbito social, como saúde, lazer e educação. Segundo a Carta Magna do Brasil, em seu artigo 150, parágrafo 6º, que foi inserido em 1993, pela Emenda Constitucional nº 3.

A Constituição Federal no artigo 155, XII, alínea “g”, define o ICMS como sendo o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços, cuja competência é do Estado e Distrito Federal. Para garantir a normatização dos benefícios, é de responsabilidade do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ- suscitar a formalização de convênios para a concessão de incentivos fiscais pelos Estados e o Distrito Federal⁹.

Neste sentido o artigo 146 da CF, em seu inciso III, afirma que a Lei Complementar é necessária para fixar normas gerais de Direito Tributário. Para alterar estas normas, também no artigo 69 da CF, prevê o requisito de aprovação por maioria absoluta, com quórum especial de votantes o que outorga maior estabilidade jurídica.

Para pacificar o entendimento sobre a guerra fiscal entre os estados brasileiros, resultante da concessão desses benefícios, foi promulgada no dia 7 de agosto de 2017 a Lei Complementar n. 160 que dispõe sobre a regulamentação do procedimento para remissão de créditos tributários, constituídos a partir de incentivos e benefícios fiscais, além de estabelecer mecanismos para restituição desses créditos.

O estado do Tocantins é o estado mais novo da Federação, criado concomitantemente à promulgação da carta constitucional de 1988, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) em seu artigo 13, e conta com diversos programas de incentivos fiscais para empresas de setores como indústria, agronegócio, farmacêutica, logística, e-commerce e turismo, visando atrair novos investimentos e fortalecer sua economia.

Atualmente um dos incentivos fiscais oferecido pelo governo do Tocantins, que possui maior visibilidade e adesão é o denominado PROINDÚSTRIA, (Lei 1.385, de julho de 2003), que isenta ICMS em determinadas situações. Os beneficiários desse programa são empresas com atividade econômica no setor da indústria com projetos que apresentem viabilidade econômica e financeira, com objetivo de implantação ou expansão de suas atividades. Somado a esses esforços o estado do Tocantins também está inserido na região

que abarca, em sua amplitude, extensa gama de opções e que tem reflexos não somente econômicos e sociais, mas também políticos (...). (FALCÃO, 1981, p.118)

⁹ Art.147, Artigo 155 inciso II e Art. 155 parágrafo 2º, Inciso XII, alínea “g” da Constituição Federal e Lei complementar nº 24 de 7 de janeiro de 1975.

da Amazônia Legal, que possui uma Lei Federal específica que regula o incentivo fiscal, a Lei 9.523/9710.

A pesquisa visa analisar de que forma a promulgação da Lei complementar 160/2017 contribuiu para o estabelecimento de maior segurança jurídica dos benefícios fiscais concedidos às empresas. Tendo como objetivos específicos a conceituação histórica da evolução dos programas de incentivo fiscal, relação entre a adesão a incentivos fiscais e segurança jurídica e identificar como foi o processo de convalidação da Lei Complementar através do Convênio 190/2017 na concessão dos incentivos fiscais pelo governo do Tocantins.

A metodologia adotada por esta pesquisa em relação aos seus objetivos é classificada como exploratória, com abordagem qualitativa através de pesquisa documental e bibliográfica em livros, artigos científicos, leis e publicações oficiais (RICHARDSON, 1985; GIL, 2010). É importante mencionar que a pesquisa também possui abordagem dogmática por trabalhar com conceitos jurídicos pré-estabelecidos em documentos legais.

2. INCENTIVOS FISCAIS

2.1 CONCEITOS

O incentivo fiscal em sua origem semântica denota estímulo, benefício¹¹, vantagens ou ainda estímulos permitidos pelo governo na área fiscal como forma de canalizar recursos para segmentos específicos que assim os necessitem. (ESTIGARA, PEREIRA e LEWIS, 2009). Dessa forma entendemos que os incentivos fiscais previstos constitucionalmente permitem aos estados fomentar a economia e beneficiar a população em geral, por meio de regulamentação específica, seguindo critérios técnicos e estratégicos.

Segundo Silva e Faria (2017), para alcançar esses objetivos o incentivo fiscal deve atender ao interesse público, ou seja, a ação do governante no sentido de renunciar à

10 Lei Federal 9.532/97: instituiu o Fundo de Investimento na Amazônia (Finam), que prevê a implantação, modernização, ampliação e/ou diversificação de projetos da iniciativa privada com o objetivo de promover o desenvolvimento sustentável da região amazônica. Empresas que têm apuração com base no lucro real ou estimado podem optar pelo Finam destinando 18% do Imposto de Renda ao Fundo, tendo posteriormente devolvidos a rentabilidade e a valorização do investimento ou também obter redução de 75% do valor do imposto de renda da pessoa jurídica.

11 A aplicação de incentivos fiscais pode ser encontrada com diversas denominações, onde o mais comum deles é benefícios fiscais e para fins desse trabalho utilizaremos ambas palavras como sinônimos, utilizando-se muitas vezes um dos termos para designar ambos.

parcela de receita deve visar o bem comum e/ou viabilizar políticas públicas de desenvolvimento.

É bem conhecido o princípio de que um bom sistema de impostos deve atender a três finalidades: ao objetivo fiscal de arrecadar recursos para o financiamento das despesas públicas; ao objetivo social de melhorar a distribuição da renda e da riqueza; e ao objetivo funcional de aperfeiçoar a orientação da produção e dos investimentos (SIMONSEN, 1974, p. 1).

Este princípio está em consonância com o que Melo (2007, pg. 140) definiu como sendo os principais objetivos dos incentivos fiscais:

A – promover o desenvolvimento econômico regional, fomentando determinados setores; B – reduzir as desigualdades sociais, nacionais e regionais; C – aumentar o saldo da balança comercial; D – colocar produtos de fabricação nacional no mercado externo; E – desenvolver o parque industrial nacional; F – gerar empregos.

Dessa forma entendemos que os incentivos fiscais são muito mais que mecanismos de exoneração ou de diminuição da carga tributária, perpassando conceitos de direito jurídico tributário e mirando em direção ao preceito contido nos “Objetivos Fundamentais da República Federativa Brasileira” (CF art. 170, VII) que é o de reduzir desigualdades regionais e sociais mediante a intervenção estatal sempre e quando necessária e conforme a lei própria.

2.2 HISTÓRICO

Ao estudar o histórico dos benefícios fiscais e o sistema tributário brasileiro vemos que suas bases foram fundadas na constituição da República em 1891, que dividiu, ao menos do ponto de vista jurídico-político, as competências tributárias entre a União e os Estados (VARSANO, 1996). Em relação às competências tributárias dos entes federativos elas estão discriminadas no Capítulo I do Título VI da CF de 1988 que trata do Sistema Tributário Nacional.

Durante o governo de Castello Branco podemos ver a formação da essência sobre o que vem a ser o incentivo fiscal como o conhecemos hoje. Nessa época foi criado o “Programa de Ação e Economia do Governo - PAEG” nos anos 1964-1966, que buscava estabilizar a economia e tornar viável a realização de oito reformas econômicas sociais ali apontadas. (VARGAS, 2013)

Foi também nesse governo que em 1964 nasceu a Lei 4.320, que traçava normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanço da união,

dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, destinada a disciplinar e a estimular o desenvolvimento do mercado de capital, e através dela, o governo criou os incentivos fiscais, com a finalidade de estimular a aplicação em poupanças privadas, por meio dos mercados de capitais. (VARGAS, 2013). Dessa forma principalmente em seu art. 12 a Lei abarca tanto os investimentos econômicos que poderiam contribuir para o aumento da produção do país como também amortização da dívida pública.

Historicamente vemos que o incentivo fiscal tem sido aplicado a diversas áreas não só a itens como IPTU – Imposto Predial e Territorial Urbano e ISS – Imposto Sobre Serviço de qualquer natureza, como a Lei Mendonça (nº 10.923 de dezembro de 1990) mas também relacionadas à cultura como a Lei Sarney (nº 7.505/86) e Lei de Audiovisual (nº 8.685/1993) e com destaque para a Lei de Incentivo fiscal criada em 1991, que teve por nome PRONAC, mais conhecida como Lei Rouanet (nº 8.313/1991), e que se tornou um programa nacional de apoio à cultura ampliada e divulgada para todas as cidades e estados pelo governo federal (CESNIK, 2012).

Visando abranger todas essas áreas o governo criou dois sistemas fundamentais, com intuito de complementação das forças do mercado capital brasileiro, sendo a primeira um incentivo para as Sociedades Anônimas, e a segunda possibilitando aos contribuintes do IR (imposto de renda) investir em ações por meio do fundo de investimentos especiais. (VARGAS, 2013)

Tal concessão de incentivo fiscal significa uma renúncia de receita, sendo que é concedido em um cenário acompanhado de estimativa que o impacto orçamentário atual e futuro sofrerá, e com observância à Lei de Diretrizes Orçamentárias, para que sejam cumprido o seus requisitos e objetivos. (SILVA e FARIA, 2017)

2.3 PREVISÃO LEGAL

Como bem mencionou Carrazza (2017) , a subdivisão do direito em ramos é meramente didática para facilitar seu aprendizado, assim o direito tributário, o direito financeiro, o direito administrativo e todos os demais “segmentos” compõe a Teoria Geral do Direito visto que o direito é cientificamente uno.

Em relação ao sentido estrito do campo de estudos dos incentivos fiscais, estes se tratam de disposições especiais do Direito Tributário e que reduzem a carga mediante alteração da obrigação principal (CORREIA NETO, 2016). Dito isso é visto que o Direito Tributário está no ramo jurídico que nasce a partir da sistematização da atividade financeira, não estando, portanto, desconectado da matéria do Direito Financeiro.

Concordante ao que diz a Constituição Federal de 1988 que regulamenta o poder de intervenção estatal em seu artigo 150 e apresenta a base constitucional dos incentivos

fiscais no Brasil, qual seja o ente federal. À União, compete a concessão dos incentivos tributários, assegurando que esses proporcionem desenvolvimento socioeconômico de forma igualitária entre os estados que compõem o Estado brasileiro, impedindo que tais incentivos tragam finalidade contraditória (LENZA e CAPARROZ 2021).

No âmbito legal, os incentivos fiscais são criados por meio de lei complementar - somente lei específica pode conceder incentivos, com previsão legal no artigo 69 da CF que rege seus mecanismos exigindo maioria absoluta e voto nas duas casas do congresso nacional, câmara dos deputados e senado federal além de quórum qualificado. Também no artigo 155 da CF, no parágrafo segundo inciso XXI, alínea g. dispõe que deve ser indicado na lei qual será o objeto de concessão. Dessa forma além de possuir grande relevância para o direito tributário esses mecanismos de controle legal da concessão de benefícios fiscais contribuem para o aumento da segurança jurídica neste contexto (LENZA e CAPARROZ, 2021).

Observando o cenário dos incentivos fiscais no Brasil vemos que, a Lei de Responsabilização Fiscal, LC nº 101, de 04 de maio de 2000, com coordenação do Fundo Monetário Internacional, veio para conferir maior estabilidade fiscal através da estabilização da dívida pública e aperfeiçoar os mecanismos de arrecadação tributária.

Um dos mecanismos para alcançar tal estabilidade é a limitação estabelecida ao legislador em seu artigo 14 que exige que os projetos de lei de incentivo fiscal de natureza tributária devem ser acompanhados de estimativa do impacto orçamentário financeiro aplicado ao início de sua vigência (MARTINS e NASCIMENTO, 2014).

Enquanto instituto da extrafiscalidade das normas do direito tributário, o incentivo fiscal apresenta-se também como instrumento utilizado pelo estado para intervir em relações privadas, seja pessoa jurídica ou física, através das leis que instituíram tal isenção, para que tenha o objetivo, por exemplo, de atrair empresas de determinados setores promovendo desenvolvimento local e regional. (SILVA e FARIA, 2017)

3. PROGRAMAS DE BENEFÍCIOS FISCAIS DO ESTADO DO TOCANTINS

O estado do Tocantins é o estado mais novo do Brasil, e assim como os outros estados federados pode conceder incentivos fiscais para pessoas jurídicas e pessoas físicas. O Tocantins está inserido na Amazônia Legal Brasileira tendo, portanto, seus benefícios fiscais regulamentados pela lei 9.532 de 1997, que instituiu o Fundo de Investimento FINAM e fomenta novos projetos da iniciativa privada que promovam o desenvolvimento sustentável da região amazônica.

Seus governadores, empresários e a própria população enfrentam o desafio desde sua criação de promover o desenvolvimento socioeconômico e viabilizar a atividade

industrial em seu território. Os incentivos fiscais do estado do Tocantins, abrange várias áreas econômicas.

Dando continuidade ao interesse do estado em fomentar e contribuir com o desenvolvimento econômico do Estado, foi criado em 2006 a Lei 1.746 de 15 de dezembro de 2006, que criou o Conselho Estadual de Desenvolvimento Econômico (CDE-TO), órgão responsável pela administração dos benefícios fiscais, com caráter consultivo, normativo e deliberativo, vinculado à Secretaria de Indústria e Comércio do Estado, estando regulamentado pelo Decreto 3.012, de 26 de abril de 2017. (TOCANTINS, 2021).

O CDE-TO, recebe projetos de viabilidade econômica e financeiro de empresas que solicitam incentivos fiscais do estado, e delibera sobre esses projetos. Os programas de incentivos fiscais oferecidos possuem legislação própria, sendo eles: Proindústria lei 1385/2003; Prosperar lei 1355/2002; Comercio Atacadista de Medicamentos lei 1990/2007; Internet lei 1641/2005; Comércio atacadista lei 1201/2000; Indústria de Confecção lei 2229/2009; Indústria Automotiva e Indústria de fertilizante lei 1349/2002; Complexo Agroindustrial lei 6695/2006; Produção de Carnes lei 1173/2000; Combustível para Aviação lei 3439/2019 e Lixo Bom lei 1095/1999. (TOCANTINS,2021)

Toda empresa que passa pela aprovação do Conselho Estadual de Desenvolvimento Econômico, assina um contrato para posteriormente ser confeccionado o chamado Termo de Acordo de Regime Especial (TARE) que é prerrogativa da Secretaria da Fazenda do Estado do Tocantins (SEFAZ), conforme regulamenta o Decreto 2.912 de 29 de dezembro de 2006.

Ao longo dos anos os estado do Tocantins sancionou leis específicas para regulamentar os incentivos fiscais em cada área de atuação. Podemos encontrar todas as leis e programas de benefícios fiscais vigentes no estado do Tocantins, disponível no site da Secretaria da Fazenda do Estado do Tocantins (SEFAZ), bem como a Cartilha de Incentivo Fiscal e E-book de Leis de Incentivos Fiscais no Site da Secretaria da Indústria, Comércio e Serviços SICS. Para fins de pesquisa serão apresentados principais aspectos de alguns dos programas (vide cartilha e e-book):

PROINDÚSTRIA (Programa de Industrialização Direcionada) Lei 1.385 de julho de 2003: concede a isenção do ICMS a empresas com atividade econômica no setor da indústria, que tenha finalidade de implantação ou expansão. Estimula a utilização e a transformação de matérias-primas locais. Concede crédito presumido de 100% do valor do ICMS nas prestações de serviços interestaduais com produtos industrializados, crédito fiscal de 75% sobre o valor do ICMS apurado em escrituração fiscal própria, 100% sobre o valor do ICMS nos

serviços de transportes interestaduais com produto industrializado, entre outros benefícios.

INTERNET- Lei 1.641 de, 28 de dezembro de 2005: tem como beneficiário a pessoa jurídica inscrita no cadastro de contribuintes do Estado, em que sua atividade comercial seja exclusivamente via internet ou vendas por correspondência. Visa redução de ICMS (a 1%) sobre as vendas entre estados brasileiros e sob operações com o exterior bem como contribuição de 0,3% sobre o faturamento mensal ao Fundo de Desenvolvimento Econômico.

COMPLEXO AGROINDUSTRIAL- Lei 1.695 de junho de 2006: que tem por objetivo incentivos fiscais aos complexos agroindústrias de industrialização e comercialização. Seus beneficiários são as empresas ou grupo de empresas. Suas finalidades são, programar o crescimento e modernização do setor agropecuária no Estado, ampliar as exportações do segmento, por meio da conquista de novos mercados, geração de emprego e melhoria da distribuição de renda. A utilização de isenção pode-se optar pelo crédito presumido, ou crédito do ICMS nas aquisições interestaduais para efeito de cálculo do ICMS substituição tributária a ser pago.

COMÉRCIO ATACADISTA DE MEDICAMENTOS- Lei 1.790 de maio de 2007: os beneficiários são empresas com atividade econômica no comércio atacadista de medicamentos, e tem por finalidade a geração de empregos, e também se utiliza da capacidade de logística do estado. Objetiva isenção tributária de ICMS nas saídas e sua incidência na carga tributária efetiva do ICMS, sendo 3% nas operações internas, 1% nas operações interestaduais, 1% nas operações que importem do exterior mercadorias para a revenda, e por último contribuição de 0,3% sobre o faturamento mensal do Fundo de Desenvolvimento Econômico.

INDÚSTRIA DE CONFECÇÃO – Lei 2.229 de dezembro de 2009: concede benefícios fiscais as empresas cujo sua atividade econômica é na área da indústria de confecção de artigos e de vestuário e acessórios, constantes na classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE de 1411801- 1422300, bem como as cooperativas de vestuários e acessórios a isenção de ICMS nas operações externas e internas. A utilização dos incentivos, são através de operações internas e nas importações, bem como matéria-prima e insumos, produtos industrializados acabados ou semielaborados

utilizados no processo de industrialização, entre outros. A incidência na carga tributária é feita no ICMS é de 2% do faturamento mensal, contribuição de 0,3% sobre o faturamento mensal ao Fundo de Desenvolvimento Econômico.

PROLOGÍSTICA - Lei 2.679 de dezembro de 2012: os beneficiários são as empresas de logística, distribuição de produtos e transporte área no Estado do Tocantins e concede aos empresários até dez anos e condicionado ao recolhimento do imposto devido no prazo do calendários fiscal, credito presumido de 75% nas operações internas.e interestaduais. Todavia teve uma alteração feita pela lei 3.704 de 2016, que os benéficos fiscais concedidos pela lei 2.679 passaram a alcançar as instalações portuárias já existentes ou que vierem a ser implantadas ao longo do rio Tocantins e Araguaia.

PROSPERAR - Lei estadual 1.355 de 19 de dezembro 2002: a indústria do turismo é beneficiada por esse programa que tem por finalidade desenvolver atividades turísticas, para que assim possa ter geração de empregos, e conseqüentemente fomentar a renda e redistribuição igualitária das riquezas do estado. Seus beneficiários são empresas com projetos que tem viabilidade econômico-financeira, com interesse em implantação, revitalização ou expansão de unidade industrial, agroindustrial, comercial atacadista e turística. Onde financia 75% do ICMS devido no período da concessão de projetos de implantação e revitalização até isenção total do ICMS em casos específicos em favor de empresa que está credenciada pelo órgão estadual de turismo.

COMÉRCIO ATACADISTA - Lei 1.201 de 29 de dezembro de 2000: onde seus beneficiários são as empresas que possuem atividade econômica no comercio atacadista, e tenham como regra o termo de acordo de regime especial, conhecido como TARE, bem como satisfaçam de forma cumulativa, as exigências. O incentivo concede credito fiscal presumido nas operações internas e interestaduais, sua incidência se da na carga tributarias efetiva do ICMS de 2% nas operações internas, 1% nas operações interestaduais, 1% nas importações do exterior para revenda, 2% nas importações do exterior por conta e ordem de terceiros, e contribuição de 0,3% sobre o faturamento mensal, ao fundo de desenvolvimento econômico.

PRODUÇÃO DE FRUTAS E PESCADOS - Lei 1.303 de 20 de março de 2002: beneficiários são os contribuintes neste Estado no ramo da

indústria, comércio extração e produção rural, bem como a prestação de transporte rodoviário de passageiros. Suas finalidades são desenvolver as atividades industriais, comerciais, de produção rural e de transportes, e geração de emprego e renda, bem como a utilização dos incentivos se da a carga tributária do ICMS de 12% ou carga tributária do ICMS de 7%.

INDÚSTRIAS AUTOMOTIVAS E FERTILIZANTES - Lei 1.349 de 19 de dezembro de 2002: os beneficiários da indústria automotiva e de fertilizantes instaladas no Estado do Tocantins, que tem a finalidade de financiar o imposto devido, e incrementar a distribuição de riquezas no Estado, e os incentivos são utilizados em subvenção de 85% do valor do ICMS devido ao Estado, bem como diferimento do ICMS devido na importação de matérias-primas e insumos de fabricação, e por último a isenção de ICMS em algumas hipóteses. Sua incidência se dá com a contribuição de 0,3% sobre o faturamento mensal ao fundo de desenvolvimento econômico.

As empresas possuidoras de incentivo fiscal contribuem com 0,3% do faturamento mensal bruto para o Fundo Estadual de Desenvolvimento Econômico (FDE-TO), que foi criado também pela lei 1.749/2006, conforme artigo 12º. O FDE-TO, é aporte financeiro para a apoio de projetos para o desenvolvimento econômico do estado do Tocantins, sendo considerado um retorno ao empresariado em forma de investimentos as empresas.

4. LEI COMPLEMENTAR 160/2017 E GUERRA FISCAL

Com o objetivo de solucionar divergências de caráter histórico que geravam a chamada “Guerra Fiscal” entre os estados, foi aprovada a Lei Complementar nº 160/2017, que teve como finalidade autorizar Estados e o Distrito Federal a proceder à remissão do crédito decorrente dos benéficos fiscais, que eram concedidas de forma unilateral, à revelia do CONFAZ. Visto que nenhum estado pode criar nova lei, mas pode copiar de estados que fazem parte da mesma região brasileira.

Uma das pautas se dá no tocante em que a extinção de forma abrupta e imediata dos benefícios, teria consequência de inviolabilidade econômica. Todas as leis que regulam o incentivo fiscal, em 2017 foram canceladas pela a Lei Complementar 160/2017, e convalidada pelo convênio 190 de 2017.

A guerra fiscal era travada pelos estados, por meio de leis não aprovadas pelo CONFAZ e com isso as porcentagens de redução na carga tributária, muitas vezes, ficavam em patamares superiores aos permitidos por lei, mas como buscavam atrair grandes empresas para seu território e gerar emprego, renda e desenvolvimento econômico e

consequentemente aumento do consumo e geração de tributos eram comumente aplicadas. Entretanto ao se considerar a estrutura constitucional dos tributos e benefícios fiscais essa guerra travada entre os entes estaduais configura um desvio de finalidade da norma.

O incentivo fiscal, além de estar expressamente previsto na nossa Carta Maior, tem previsão na Lei de Responsabilidade (Lei Complementar nº 101/2000)- que aborda os requisitos para que, as leis de incentivo fiscal possam ser aprovadas - em seu artigo 14 expressa que a concessão ou ampliação do incentivo, que tenha renúncia de receita de natureza tributária, deverá estar acompanhada de estimativa do impacto do orçamento-financeiro no exercício em que deva iniciar a sua vigência, e nos próximos dois anos, tendo como respaldo a lei de diretrizes orçamentárias (ABRAHAM, 2020)

Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: (Vide Medida Provisória nº 2.159, de 2001) (Vide Lei nº 10.276, de 2001) (Vide ADI 6357)I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias; II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.§ 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.§ 2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o *caput* deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso.§ 3º O disposto neste artigo não se aplica: I - às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153 da Constituição, na forma do seu § 1º;II - ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança.

Resta claro que o objetivo na fixação de limites, e nas condições para as renúncias de receitas, bem como na geração de despesas é um mecanismo que foi instituído pela LRF, para trazer o equilíbrio fiscal, conferindo certos limites na atuação do administrador para este tenha controle em relação aos benefícios concedidos. (ABRAHAM, 2020)

Evidencia-se que a LC nº 160 trouxe nova norma tributária às subvenções de investimentos principalmente ao alterar o artigo 30 da Lei nº 12.973/20142 caracterizando a quebra nas decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) o qual demandava que os benefícios fiscais fossem estabelecidos com prazo fixo e de forma harmônica entre os entes.

Dentre muitas das justificativas para a necessidade de que se tenha medidas legais para regulamentar o incentivo fiscal destaca-se entre elas a motivação eleitoral para a formação de políticas de concessão de benefícios fiscais (MOREIRA, 2011). Muitas vezes esses benefícios eram concedidos de forma inadvertida em períodos que compreendiam o fim de seus mandatos direcionados a atenderem interesses particulares

Conforme o artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, essa regulamentação não se aplicava em relação a incentivos fiscais de ICMS e por isso não necessitavam de aprovação do CONFAZ, o que violava o artigo 155 parágrafos 2º, inciso XII, alínea “g” da Constituição Federal. Dessa forma estes incentivos passam a ser regulamentados pela Lei Complementar nº 160/2017, sendo possível convalidar benefícios fiscais do ICMS irregulares, que foram celebrados antes do advento da Lei Complementar 160/2017, sem necessidade de se observar o artigo 14 da LRF. (ABRAHAM, 2020).

Existem determinados critérios que conferem segurança jurídica, por direcionarem a atividade do aplicador, e como consequência confere previsibilidade e estabilidade. O constituinte estabeleceu orientações aos destinatários normativos, como os princípios da legalidade, igualdade, irretroatividade. Sendo a observância em relação ao princípio da segurança jurídica seu maior norteador. (CÔELHO, 2006)

A Lei Complementar 160/2017 veio, portanto, validar os benefícios fiscais, dando a eles um prazo de início e fim.

5. CONVALIDAÇÃO DA LEI 160/2017 NO ESTADO DO TOCANTINS

Como exposto alhures a Lei Complementar 160 de 2017, teve como objetivo encerrar a guerra fiscal praticada pelos estados brasileiros outorgando ao CONFAZ a prerrogativa de decidir sobre o perdão de débitos tributários, bem como, sobre a convalidação dos benefícios outorgados pelo Convênio ICMS nº 190/2017, que regulamentou a remissão dos créditos tributários, proveniente dos incentivos fiscais criado por legislação estadual publicada até a data 08 de outubro de 2017 restando ao

contribuinte a prerrogativa de proceder à remissão ou anistia dos débitos fiscais e os Estados com o ônus de cumprir com a exigência do Convênio 190/2017, sendo necessário a análise das consequências advindas da convalidação dos incentivos fiscais.

A concessão deste tratamento previsto no Convênio 190/17 dependia da publicação dos benefícios fiscais (até mesmo para os benefícios não mais validos) pelos estados e DF em seus respectivos Diários Oficiais notificando o CONFAZ posteriormente.

Convênio 190/17 Cláusula segunda As unidades federadas, para a remissão, para a anistia e para a reinstituição de que trata este convênio, devem atender as seguintes condicionantes: **I** - publicar, em seus respectivos diários oficiais, relação com a identificação de todos os atos normativos, conforme modelo constante no Anexo Único, relativos aos benefícios fiscais, instituídos por legislação estadual ou distrital publicada até 8 de agosto de 2017, em desacordo com o disposto na alínea "g" do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal; **II** - efetuar o registro e o depósito, na Secretaria Executiva do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, da documentação comprobatória correspondente aos atos concessivos dos benefícios fiscais mencionados no inciso I do caput desta cláusula, inclusive os correspondentes atos normativos, que devem ser publicados no Portal Nacional da Transparência Tributária instituído nos termos da cláusula sétima e disponibilizado no sítio eletrônico do CONFAZ. **§ 1º** O disposto nos incisos I e II do caput estendem-se aos atos que não se encontrem mais em vigor, observando quanto à reinstituição o disposto na cláusula nona.

Visto a dificuldade que alguns Estados tiveram em manter os acordos de concessão dos incentivos fiscais já concedidos conforme solicitado pela LC foi dada a prorrogação do prazo final de 28 de dezembro de 2018 para 31 de julho de 2019, conforme o Convênio ICMS nº 51/2018.

O Estado do Tocantins por sua vez editou a Lei nº 3.557 do dia 12 de dezembro de 2019 para regulamentar os incentivos fiscais regionais prosseguindo a convalidação do CV 190/2017 em que estabelece a remissão, anistia e a reinstituição das isenções e dos benefícios fiscais ou financeiros- fiscais, na forma do convenio citado:

Art. 1º São remetidos, anistiados e reinstituídos os incentivos, as isenções e os benefícios fiscais ou financeiro-fiscais, vigentes no Estado do Tocantins em 8 de agosto de 2017, conforme o Decreto 5.793 , de 21 de março de 2018, publicado na edição 5.078 do Diário Oficial do Estado e os Certificados de Registros e Depósitos -

SE/CONFAZ 11, de 3 de julho de 2018, e 4, de 10 de janeiro de 2019, ambos da Secretaria Executiva do Conselho Nacional de Política Fazendária do Ministério da Economia, na forma prevista no Convênio ICMS 190, de 15 de dezembro de 2017. **Parágrafo único.** As isenções, os incentivos e os benefícios fiscais ou financeiro-fiscais reinstituídos vigorarão até a data do termo final prevista no Anexo Único a esta Lei. **Art. 2º** São remetidos e anistiados os incentivos, as isenções e os benefícios fiscais ou financeiro-fiscais, não vigentes no Estado do Tocantins em 8 de agosto de 2017, conforme o Decreto 5.836, de 28 de junho de 2018, publicado na edição 5.143 do Diário Oficial do Estado, o Decreto 5.889, de 17 de dezembro de 2018, publicado na edição 5.260 do Diário Oficial do Estado e dos respectivos Certificados de Registros e Depósitos - SE/CONFAZ 26, de 19 de julho de 2018, e 21, de 14 de fevereiro de 2019, ambos da Secretaria Executiva do Conselho Nacional de Política Fazendária do Ministério da Economia, na forma prevista no Convênio ICMS 190, de 15 de dezembro de 2017.

Ainda de acordo com o CV 190/2017, todos os atos a partir dessa convalidação precisam ser publicados no Portal de Transparência Tributária em até 30 dias, após o respectivo registro de depósito, respeitando os prazos máximos pré-estabelecidos por lei, tendo como referência o setor de atividade econômica que exercem.

O convênio disponibilizou para os entes federados, a possibilidade de revogação ou modificação dos atos concessivos ou normativos, com o objetivo de reduzir o alcance ou montante, não ultrapassando valor maior em que o contribuinte poderia desfrutar antes da alteração, bem como não reduza as condições que lhe foram exigidas que estivessem previstas no ato normativo. Ademais, o convênio ICMS nº 190/2017, e a própria Lei Complementar 160/2017, deu a possibilidade para as fazendas estaduais providenciarem a remissão da dívida tributária e a convalidação dos benefícios fiscais que foram concedidos de forma irregular.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebemos ao longo desta pesquisa que o uso - conforme previsão legal- dos programas de incentivo fiscal traz vantagem tanto para as empresas quanto para o Estado brasileiro sendo, portanto, considerado mais que um mecanismo de direito tributário como também um instrumento para fomentar a economia de regiões - mesmo as deslocadas dos grandes centros- à medida que a instalação e o crescimento de plantas industriais nos estados promovem geração de emprego e renda e conseqüentemente trazem desenvolvimento socioeconômico e por isso foi destacado pelo legislador em nossa Carta Magna.

A promulgação da LC 160/2017 contribuiu para apaziguar as discordâncias entre os entes estaduais que praticavam a Guerra Fiscal e consequente concedendo benefícios fiscais fugindo de sua finalidade, por vezes atendiam à interesses em particulares em detrimento do patrimônio coletivo.

Ressaltamos que a existência das empresas não é fruto de um trabalho isolado, mas sim da interação da empresa com ambiente social a qual está inserido e por isso esses programas podem alcançar benefícios mútuos nas relações sociais aplicadas.

O estado do Tocantins ao receber o Convênio 190/2017 e convalidar a LC 160/2017 promoveu o apaziguamento de questões relacionadas à segurança jurídica dos incentivos concedidos às empresas signatárias promovendo assim a possibilidade de geração de benefícios mútuos e de certa forma suprir parte das necessidades sociais geradas pelo desenvolvimento de sua população.

7. REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. **Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada** – 3 ed.-Rio de Janeiro, 2021; Editora Forense.

ATALIBA, Geraldo. **Apontamento das ciências das finanças, direito financeiro e tributário**. São Paulo: RT, 1969.

CARRAZZA, Elizabeth Nazar. **IPTU & progressividade, igualdade e capacidade contributiva**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

CESNIK, Fábio de Sá. **Guia do Incentivo à Cultura**.3 ed. São Paulo: Manole, 2012.

COELHO, Diogo Lins Barbosa. **A Lei Complementar n. 160/2017 e a guerra fiscal de ICMS**. 2018. 85 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. Acesso em 17.09.2021

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Segurança jurídica e mutações legais**. São Paulo: Dialética, p. 402-431, 2006.

CORREIA NETO, Celso de Barros. **O avesso do tributo: incentivos e renúncias fiscais no direito brasileiro**. 2016. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

ESTIGARA, Adriana; PEREIRA, Reni; LEWIS, Sandra A. Lopes Barbon. **Responsabilidade social e incentivos fiscais**. São Paulo: Atlas, 2009.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Tributação e mudança social**. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 118

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2010.

LENZA, Pedro; CAPARROZ, Roberto. **Direito Tributário Esquemático**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MACIEL, Marcelo Sobreiro. **Política de Incentivos Fiscais: quem recebe isenção por setores e regiões do país**. Consultoria Legislativa, p. 3-24, 2010.

MARTINS, I. G. D. S.; NASCIMENTO, C. V. D. **Comentários a Lei de Responsabilidade Fiscal**. 7. ed. São Paulo: SARAIVA, 2014.

MELO, Fábio Soares. **Incentivos fiscais e segurança jurídica**. Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal. São Paulo: MP Editores, p. 137-158, 2007.

MOREIRA, Davi Cordeiro. **Benefícios tributários federais e conexão eleitoral**. Master's thesis, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 131p, 2011.

RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa social: métodos e técnicas**. 1. ed., São Paulo: Atlas, 1985.

Silva, Felipe Martins, D. e Ramon Alberto Cunha de Faria. **Planejamento Tributário**. Porto Alegre: SAGAH, 2017.

SIMONSEN, Mario Henrique. **O Sistema Brasileiro de Incentivos Fiscais**. Escola de Pós Graduação em Economia (EPGE). Ensaio Econômico da EPGE Nº 12. 18 f. Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro (RJ), 1974.

VARGAS, Fundação Getulio, **Direito, planejamento e desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VARSANO, Ricardo. **A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas**. 1996. Disponível em <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/1839>>

LEGISLAÇÃO

BRASIL. **Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus Diários Oficiais da República Federativa do Brasil fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. In: Brasília, DF, 02 set. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 29.out. 2021

_____. **Constituição Federal.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 out. 2021.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil – **EC Nº 03.** Senado, Brasília, 1993

_____. **Lei Complementar Federal nº 101,** de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Presidência da República, Brasília, 2000.

_____. **Lei Complementar n. 160,** de 7 de agosto de 2017. Planalto. [Online] 7 de agosto de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp160.htm>. Acesso em 15.out.2021

TOCANTINS. **Lei nº 1.385, de 9 de julho de 2003.** Institui o Programa de Industrialização Direcionada – PROINDUSTRIA, e adota outras providências. Diário Oficial do Estado do Tocantins nº 1.472.

_____. **Lei Nº 1.746, de 15 de Dezembro de 2006.** Cria o Conselho Estadual de Desenvolvimento Econômico e o Fundo Estadual de Desenvolvimento Econômico, e adota outras providências. Publicado no Diário Oficial nº 2.309. Disponível em: <https://www.al.to.leg.br/arquivos/lei_1746-2006_38683.PDF>. Acesso em 05.nov.2021

_____. **Lei nº 1.695, de 13 de junho de 2006.** Dispõe sobre a concessão de incentivo fiscal aos complexos agroindustriais nas operações que especifica e adota outras providências. Diário Oficial do Estado do Tocantins nº 2.186.

_____. **Lei nº 1.762, de 20 de março de 2007.** Altera as Leis 1.173, de 2 de agosto de 2000, 1.201, de 29 de dezembro de 2000, 1.355, de 19 de dezembro de 2002, 1.385, de 9 de julho de 2003, 1.641, de 28 de dezembro de 2005, e 1.695, de 13 de junho de 2006. Diário Oficial do Estado do Tocantins

_____. Lei Nº 3577 de 12/12/2019. *Estabelece a remissão, a anistia e a reinstituição dos incentivos, das isenções e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais, na forma prevista no Convênio ICMS 190, de 15 de dezembro de 2017.* Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=387903>>. Acesso em 03.nov.2021

_____. Secretaria de Indústria, Comércio e Serviços – SICS **Leis de Incentivos Fiscais do Tocantins – Brasil** / Secretaria de Indústria, Comércio e Serviços – SICS; Governo do Estado do Tocantins, 2021.

A EFICIÊNCIA DA APLICAÇÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS AOS CRIMES DE TRÂNSITO NA CIDADE DE MANAUS

FERNANDO DE LIMA SANTANA:
Funcionário Público. Bacharelado em Administração de Empresas pela FAMETRO.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo o cumprimento do Trabalho de Conclusão de Curso II, do Curso de Graduação em Direito da Faculdade Metropolitana de Manaus – FAMETRO, no semestre 02/2021, tendo como tema A eficácia das penas alternativas aos crimes de trânsito estabelecidos no Código Trânsito Brasileiro – CTB. Inicialmente o texto científico contém breve relato acerca do desenvolvimento histórico do trânsito de veículos terrestres no Brasil, mencionando a legislação criada no período militar e que vigorou até pouco mais de uma década pós regime, quando houve a abertura política. Também mereceu atenção uma sucinta explanação acerca dos institutos Dolo e Culpa, incluindo suas vertentes. A pesquisa tem como pano de fundo o Código de Trânsito Brasileiro – CTB, instituído através da Lei n. 9.503/97, que passou a vigorar em janeiro de 1998. O alvo principal da temática escolhida foi o Capítulo XIX, da mencionada lei e suas alterações, considerando-se, principalmente, nesses quase 24 anos de vigência as respostas dadas pelo legislador aos mais variados tipos penais decorrentes das condutas praticadas ao volante. Ao final tem-se uma explanação atual e precisa acerca da aplicação das penas alternativas ou substitutivas das penas privativas da liberdade aplicáveis aos crimes de trânsito balizada no conhecimento obtido dos ensinamentos de professores, doutrinadores e outros estudiosos do assunto.

Palavras-chave: Crimes de Trânsito. Culpa. Dolo. Penas Alternativas.

1 INTRODUÇÃO

Historicamente a segurança do trânsito de veículos motorizados de vias terrestre representa um grande desafio ao poder público, sociedade e empresas. Consideremos que em grande o progresso sempre tem sua base fundamental no desenvolvimento do transporte. No Brasil, o primeiro veículo do tipo automóvel que se tem notícia pertenceu a Henrique Santos Dumont (irmão de Alberto Santos Dumont) que dirigiu um Daimler a vapor, em 1893, em São Paulo (Garcia, 1997). O primeiro acidente aconteceu quando o poeta Olavo Bilac colidiu com seu automóvel com uma árvore, na Cidade de Rio de Janeiro, em 1897. Percebe-se, portanto, que dado lapso temporal do registro do primeiro acidente até a presente data, conduzir não é tão fácil e que podem acontecer muitos danos. Paralelamente ao desenvolvimento trazido pela industrialização, inclusive a automobilística, também aconteceu a interligação das cidades através de estradas e rodovias e a expansão demográfica com a formação das grandes cidades brasileiras. Em

decorrência desses fenômenos, surgiu a necessidade do oferecimento de sistemas de transportes públicos e a necessidade de pessoas adquirirem seus próprios veículos, necessários à realização de seus afazeres. A primeira legislação especial versando sobre o trânsito de veículos mais significativa, a partir de 1941 e se deu por meio do Decreto-lei nº 2.994, que foi revogado pelo Decreto-lei nº 3.651 poucos meses depois, criando o Conselho Nacional de Trânsito, o CONTRAN. Com a finalidade de possibilitar a organização do trânsito após a consolidação da indústria nacional, foi elaborada a Lei No. 5.108/66, que instituiu o antigo Código Nacional de Trânsito e vigorou por 21 anos, estabelecendo deveres e obrigações, porém, sem sanções criminais às condutas danosas. Fora do contexto da lei especial de trânsito e sem previsão na legislação penal brasileira, os acidentes ficavam impunes, vitimando milhares de brasileiros e enlutando seus lares. Os chamados acidentes de trânsito podem acontecer por fato da natureza ou pela ação/omissão da pessoa humana. É sabido que pelo Princípio da Legalidade estabelecido no art. 5º., XXXIX, CF/88, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, portanto, a omissão legal significava que era “natural” morrer em acidentes de trânsito.

Em 23 de setembro de 1997, o Congresso Nacional aprovou e o Presidente da República sancionou uma nova legislação de trânsito através da Lei No. 9.503, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro – CTB. Substanciais foram a mudança nos cenários político, econômico, educação e demográfico do país, no período de vigência do antigo Código Nacional de Trânsito. Deste modo, a nova lei de trânsito trouxe algumas inovações importantes pressupondo efetiva participação dos municípios na gestão do trânsito local, maior enfoque nos processos educativos inerentes ao trânsito seguro, melhor qualificação teórico-técnica e treinamento prático veicular aos condutores. Porém, um dos maiores avanços se deu com do capítulo de crimes culposos de trânsito, possibilitando assim o alcance e punição dos condutores violentes, inconsequentes e irresponsáveis, dando uma resposta ao clamor da sociedade brasileira. Em verdade o Código de Trânsito Brasileiro – CTB, passou a estabelecer aos órgãos do Sistema Nacional de Trânsito – SNT, a integração nacional através do Departamento Nacional de Trânsito – DENATRAN, atualmente SENATRAN (Secretaria Nacional de Trânsito), visando ações sistemáticas desses órgãos e o estabelecimento de uma política nacional de trânsito com vistas à redução dos acidentes, promoção da Educação de Trânsito, controle da frota veicular, padronização da sinalização viária, controle do desempenho dos condutores através do registro de pontuação e aplicação de sanções administrativas.

De início, a vigência do Código de Trânsito Brasileiro – CTB, refletiu uma sensível redução na quantidade de acidentes e vítimas de trânsito, visto que os valores das multas foram majorados, inobstante a tipificação de algumas condutas como crimes. Com o decorrer do tempo inúmeras modificações no CTB foram realizadas visando maior efetividade e eficiência na sua aplicação, especialmente na parte criminal, constante no Capítulo XIX, seções I e II que tratam das disposições gerais e dos crimes em espécie,

respectivamente. Temos, portanto, a tipificação penal genérica de crimes culposos em 13 artigos do trânsito e reprovabilidade de 16 condutas violentas ou que produzam riscos iminentes à segurança, à incolumidade ou à vida das pessoas, com especial atenção à perigosa combinação da condução veicular sob efeito de álcool e drogas, condutas estas que produzem os maiores percentuais de óbitos, lesões graves ou sequelas no trânsito.

Preliminarmente, uma breve diferenciação conceitual entre crimes dolosos e culposos se faz necessária. Posteriormente, a abordagem da aplicação das penas alternativas nos delitos culposos de trânsito dará uma medida da efetividade das sanções na reprovabilidade dos crimes cometidos ao volante.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Teorias do Crime

Uma análise conceitual breve de crimes, sob os aspectos material, formal e analítico, nos remetem aos elementos subjetivos do tipo, que estão relacionados à intenção do agente ao realizar a conduta criminosa. São dois os elementos subjetivos de crime: o dolo e a culpa.

Conceitualmente dolo é a vontade consciente que o agente manifesta ao realizar condutas tipificadas na lei. Várias são as teorias que pretendem explicar a ocorrência de dolo nos fatos juridicamente valorados. Resumidamente mencionaremos com brevidade algumas dessas teorias.

2.1.1 Elementos do dolo

Segundo Capez (2008, p. 200), consciência e vontade são os elementos essenciais do dolo. Sendo que a consciência é representada pelo conhecimento de que fato o constitui o fato é tipicamente previsto e antijurídico. Logo, a vontade é a execução de uma ação propositada. O dolo engloba também os meios empregados e as consequências secundárias da atuação do agente.

O agente pratica crime doloso quando tem a intenção de alcançar o resultado. Por exemplo, se o condutor atropela, deliberada e propositalmente, um algoz e com a intenção de causar-lhe lesão ou a morte, tendo alcançado seu intento, será enquadrado no tipo penal descrito na norma penal. Portanto, dolo é a vontade consciente do agente de praticar ou assumir o risco de praticar uma conduta que é prevista na lei como crime. Dolo é o elemento subjetivo. O dolo não está relacionado apenas ao objetivo a ser alcançado pelo agente, mas também aos meios utilizados para o fim desejado e a produção de consequências secundárias.

2.1.2 Teorias do dolo – breve resumo

Teoria da vontade: nessa teoria o dolo é a vontade consciente do agente de realizar a conduta e atingir o resultado. Nas lições de Jesus (2011, p.327), " [...] para a teoria da vontade, é preciso que o agente tenha entendimento da representação do fato (consciência do fato) e a vontade de alcançar o resultado".

Teoria da representação: nesta o agente prevendo o resultado de uma conduta possível opta por prosseguir com está mesmo sem desejar o resultado. Basta a previsão do resultado para que a conduta seja considerada dolosa.

Teoria do consentimento ou assentimento: quando o agente prevê o resultado da conduta e prossegue com está assumindo o risco de produzi-lo. Aqui não basta apenas prever o resultado, é necessário que o agente eventualmente assuma o risco de produzi-lo. O Código Penal Brasileiro adota a Teoria da Vontade para o dolo direto e a Teoria do Assentimento nos casos de dolo eventual, casos em que o agente não quer o resultado, mas também não sem importa se vai ou não ocorrer. Muitas vezes os crimes de trânsito ocorrem nas circunstâncias típicas de dolo eventual.

A doutrina conceitua diversas espécies de dolo, as quais não aprofundaremos neste artigo, tais como: dolo direto ou determinado ou imediato, dolo indireto, indeterminado ou mediato, dolo de dano, dolo de perigo, dolo natural ou neutro, dolo híbrido ou normativo, dolo genérico, dolo específico e *dolus generalis*, erro sucessivo ou "*aberratio causae*".

2.2 Culpa

A culpa corre em circunstância na qual o agente pratica um fato voluntário não intencional em relação a um resultado danoso ou que exponha a perigo o bem jurídico tutelado. Segundo Capez (2008) os tipos penais que definem os crimes culposos são abertos, sem que se descreva em que consiste o comportamento culposo. Nucci (2014) leciona que a culpa: "É o comportamento voluntário desatencioso, voltado a um determinado objetivo, lícito ou ilícito, embora produza resultado ilícito, não desejado, mas previsível, que podia ter sido evitado". Como tipificado na legislação de trânsito, nos crimes culposos ao volante o agente não objetiva atingir um bem juridicamente protegido, entretanto, ao conduzir o veículo de maneira açodada e desatinada em velocidade inadequada, quando deixa de cuidar da manutenção periódica e adequada dos pneus ou sistemas de freios ou desconhece os mecanismos do veículo ou cuidados necessários típico de condutores inabilitados à condução veicular, resultando dano a quem quer que seja, incorre em fato culposo. Imprudência, negligência ou imperícia do agente ou da vítima dão fundamento aos crimes culposos, sendo tais condutas analisadas sob comparação de como uma conduta de uma pessoa mediana agiria na mesma situação. Quando o agente age sem os cuidados para evitar o resultado prejudicial ou danoso a outrem, diz-se que impelido de imprudência; negligente é aquele que deveria tomar os

cuidados necessários para evitar o resultado diverso, porém não o faz por excesso de confiança, é o caso de culpa por omissão, e, a imperícia é incapacidade de realizar com segurança uma tarefa que requeira o domínio do meio e do ambiente fático por falta de conhecimento ou habilidade. Ademais, deve-se considerar que nos casos de acidentes de trânsito, a vítima pode ter sido negligente ou imprudente no cumprimento de regras básicas de segurança e confiando demais na sua capacidade de livrar-se do perigo. Autoridades de trânsito e demais operadores que deixam de cumprir com eficácia suas missões contribuem diretamente para ocorrência de infortúnios, visto que deixam de promover as condições básicas de segurança, como sinalização, pavimentação, orientação aos condutores e pedestres.

2.2.1 Espécies de culpa

a) Culpa consciente ou com previsão: é também chamada de culpa com previsão. Neste caso, o agente agindo com imprudência, negligência ou imperícia, prevê o resultado, mas acredita que poderá evitá-lo ou que simplesmente não vai ocorrer. Incorre nessa modalidade o condutor participa de "racha", sabendo que pode acontecer um atropelamento, mas confia que não aconteça daquela vez. Pode-se dizer que a culpa consciente se caracteriza pela previsão de um resultado, embora este não seja um fim em si;

b) Culpa inconsciente: é a culpa pura e simples. O agente não queria e não previa nenhum resultado, caso em que não há previsão de resultado;

c) Culpa própria: trata-se de culpa comum, o agente não pretende produzir o resultado e nem assume o risco de produzi-lo;

d) Culpa imprópria ou por extensão: o agente deseja e prevê o resultado, porém, ao praticar a conduta, que acredita ser em legítima defesa, ocorre um erro de tipo inescusável e acaba por produzir resultado diverso do pretendido.

e) Culpa mediata ou indireta: o agente causa um resultado indiretamente, no momento em que buscava produzir outro resultado.

2.3 Dolo Eventual X Culpa Consciente

O dolo eventual muito se avizinha da culpa consciente. Mas nesta, o agente, embora prevendo o resultado como possível ou provável, não o aceita nem consente.

Os crimes de embriaguez alcoólica ao volante ou direção veicular sob efeitos de drogas requerem especial atenção: afinal, esses crimes são praticados sob dolo (eventual) ou estão revestidos de culpa (consciente)? Circunstanciadamente pode ser necessária a análise de pequeno detalhe a definir uma ou outra conduta do agente, se foi culposa ou

dolosa. Essa definição de detalhes implica no enquadramento penal ou na seara da legislação de trânsito. Em tópico acima, foi mencionado que culpa consciente é a culpa com previsão, ou seja, o agente prevê o resultado, porém, acredita tanto em suas habilidades que tem certeza que poderá impedir o resultado, como explica Capez (2011, p. 344).

A previsão é elemento do dolo, mas que, excepcionalmente, pode integrar a culpa. A exceção está na culpa consciente. Ex.: ao transitar nas proximidades de uma escola, o condutor sabe que em determinado horário há intensa movimentação de crianças atravessando a rua para entrar na escola ou indo para casa. O condutor sabe, inclusive, que alguma criança desatenta ou impulsiva poderá atravessar a rua fora da faixa e subitamente, e que seguindo em velocidade regular, poderá não ter tempo de reação suficiente para evitar o atropelamento. Mesmo assim, segue em marcha normal acreditando que poderá parar imediatamente seu veículo que não atropelará ninguém. Porém, o pior acontece e o condutor mata uma criança nas circunstâncias acima. Dessa forma, embora prevendo um resultado gravoso, o agente não responderá por homicídio doloso, e sim por homicídio culposo (art. 302, caput, CTB). Note-se que o agente previu o resultado, mas levemente acreditou que não ocorresse.

Portanto, pode-se afirmar que num contexto de culpa consciente é previsto um resultado pelo agente, que julga poder evita-lo. Como vimos, é a chamada culpa com previsão, embora seja previsível. Diferentemente da culpa consciente, no dolo eventual o agente também não deseja o resultado, mas, agindo com indiferença, assume o risco de produzi-lo. Nesse caso, ocorrendo ou não o resultado, importante que sua conduta não seja interrompida por causa do resultado.

O dolo eventual segundo Jesus (2009, p.286):

Ocorre o dolo eventual quando o sujeito assume o risco de produzir o resultado, isto é, admite e aceita o risco de produzi-lo. Ele não quer o resultado, pois se assim fosse haveria dolo direto. Ele antevê o resultado e age. A vontade não se dirige ao resultado (o agente não quer o evento), mas sim à conduta, prevendo que esta pode produzir aquele. Percebe que é possível causar o resultado e, não obstante, realiza o comportamento. Entre desistir da conduta e causar o resultado, prefere que este se produza.

Portanto, o resultado é secundário na conduta do agente. Este ignora a possibilidade de resultado danoso ou sua ação não converge para evitá-lo ou não, o importante para ele é que a sequência de sua conduta não seja interrompida.

É possível perceber a pequena diferença entre um instituto, e outro e sobre isso, dispõe Capez (2011, p.234-235): A culpa consciente difere do dolo eventual, porque neste o agente prevê o resultado, mas não se importa que ele ocorra (“se eu continuar dirigindo assim, posso vir a matar alguém, mas não importa; se acontecer, tudo bem, eu vou prosseguir”).

Na culpa consciente, embora prevendo o que possa vir a acontecer, o agente repudia essa possibilidade (“se eu continuar dirigindo assim, posso vir a matar alguém, mas estou certo de que isso, embora possível, não ocorrerá”). O traço distintivo entre ambos, portanto, é que no dolo eventual o agente diz: “não importa”, enquanto na culpa consciente supõe: “é possível, mas não vai acontecer de forma alguma”.

Num primeiro momento, imagina-se que o dolo eventual está relacionado apenas com a intenção do agente, ou seja, as circunstâncias contam bem menos, ou quase nada do que o que se passa na mente do agente no momento da ação. Mas como provar o que se passa na mente do agente no momento da ação?

Nesse aspecto, Jesus (2011, p.332) assim leciona:

Nenhuma justiça conseguiria condenar alguém por dolo eventual se exigisse confissão cabal de que o sujeito psíquica e claramente consentiu na produção do evento; que, em determinado momento anterior à ação, deteve-se para meditar cuidadosamente sobre suas opções de comportamento, aderindo ao resultado. Jamais foi visto no banco dos réus alguém que confessasse ao juiz: “no momento da conduta eu pensei que a vítima poderia morrer, mas, mesmo assim, continuei a agir”. A consciência profana da ilicitude, na teoria finalista da ação, não faz parte do dolo, que é natural.

O juiz, na investigação do dolo eventual, deve apreciar as circunstâncias do fato concreto e não o buscar na mente do autor, uma vez que, como ficou consignado, nenhum réu vai confessar a previsão do resultado, a consciência da possibilidade ou probabilidade de sua causação e a consciência do consentimento.

Vejam como a jurisprudência pátria diverge sobre o assunto:

Em caso de atropelamento com vítima fatal, provocado por agente que conduzia veículo em velocidade incompatível com o local e em estado de embriaguez, havendo dúvida sobre a existência de dolo eventual ou culpa, a celeuma deverá ser remetida ao Tribunal do Júri

para o pronunciamento dos jurados (TJSP, RES 295.097.3/0-00, 2º Câ., rel. Des. Silva Pinto, j. 9-2- 2004, RT 825/581). Por outro lado: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – ACIDENTE DE TRÂNSITO – PRONÚNCIA – LESÕES CORPORAIS – REPRESENTAÇÃO – HOMICÍDIO – DOLO EVENTUAL AFASTADO – DESCLASSIFICAÇÃO. REMESSA PARA A VARA DE DELITOS DE TRÂNSITO.

- I. A manifestação inequívoca das vítimas em representar contra os acusados pelo crime de lesões corporais impõe o prosseguimento da ação penal. II. Para ocorrência do dolo eventual não basta a previsibilidade do resultado. Necessária a aceitação voluntária e consciente do resultado. Por mais reprovável que seja a conduta, como direção perigosa, velocidade excessiva, disputas automobilísticas e outras, o elemento anímico é a culpa consciente, ou seja, a leviandade quanto a possível produção do resultado. III. Em tema de delitos de trânsito, pelo princípio da especialidade, deve ser aplicado o Código de Trânsito Brasileiro, que prevê tipos culposos e afasta a possibilidade de julgamento pelo Tribunal do Júri. IV. Recurso do Ministério Público provido parcialmente para que os réus sejam submetidos a julgamento pelo juiz singular pelos crimes de lesões corporais culposas praticados contra duas vítimas. Recurso da defesa parcialmente provido para afastar o elemento subjetivo (dolo eventual) e desclassificar os fatos para delito da competência da Vara de Delitos de Trânsito. Maioria (20070111242232RSE, Relatora: Des. Sandra de Santis, 1ª Turma Criminal, julgado em 17/09/2009, DJ 01/12/2009 p. 120).

Se faz necessário analisar todo o contexto do caso. Entre outros fatos é importante observar, como ensina Jesus (2011, p.333), o perigo a que a vida da vítima foi exposta, se a ação poderia ter sido evitada pelo agente e a indiferença em relação ao bem jurídico tutelado, para que assim se chegue a uma conclusão efetiva acerca da conduta do agente. Após essa breve análise dos institutos do dolo eventual e da culpa consciente, passou então explorar o crime de trânsito e aplicabilidade do instituto do dolo eventual, especificamente no crime de embriaguez ao volante.

3 A APLICAÇÃO DE PENAS ALTERNATIVAS APLICÁVEIS AOS CRIMES DE TRÂNSITO

Em princípio, as possibilidades de aplicação das chamadas penas alternativas ou substitutivas, estão estabelecidas no artigo 44, I, 2ª parte, "in fine", CP, sendo cabíveis via de regra em todos os crimes culposos, independentemente de onde fossem previstos ou mesmo da quantidade de pena privativa de liberdade aplicada. Conforme leciona Greco, a primeira exigência contida no inc. I diz respeito à quantidade da pena. O dispositivo legal

estabelece que a substituição somente se é permitida quando pena aplicada não for superior a quatro anos nos casos de crimes dolosos, inexistindo, no Códex, condição prévia para aplicação do benefício nas infrações *culposas*.

Dessa forma, a substituição das penas restritivas de liberdade torna-se aplicável nos crimes tipificados no CTB aos artigos 302, caput (homicídio culposo simples); 303, caput (lesão corporal culposa simples); 304 (omissão de socorro culposa); 305 (fuga do local do acidente sem vítima); 306 (embriaguez simples); 307 (violação da suspensão da CNH ou da proibição de obtê-la); 308 (direção perigosa ou "racha" simples); 309 (condução veicular por pessoa inabilitada ou que esteja cumprindo penalidade de suspensão ou cassação da CNH); 310 (permissão a um terceiro inabilitado, embriagado, drogado ou com problemas mentais ou psiquiátricos); 311 (velocidade excessiva em locais de aglomeração/movimentação de pessoas) e 312 (inovação do layout em local de acidente). Em regra, as ações penais dos crimes de trânsito são incondicionadas. Entretanto, no crime de lesão corporal culposa (306, caput), a ação penal pública é condicionada à representação, caso não ocorram as hipóteses dos incisos I, II e III, do artigo 291, do CTB, conforme leciona Aufiero (2021).

Dentre as diversas alterações no CTB introduzidas através da Lei n. 13.281/2016, foi criado um rol taxativo de possibilidades de medidas substitutivas contidas no art. 312-A, casos em que, a priori, o juiz deva utilizá-las, em detrimento das penas privativas de liberdade, quais sejam:

De acordo com o artigo 312-A, do Códex, in verbis, nos crimes culposos de trânsito previstos nos artigos 302 e 303, caso não ocorrerem circunstâncias agravantes, e nos crimes tipificados nos 304 a 312, decidindo o juiz aplicar a substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, estas deverão ser prestação de serviço em atividades relacionadas ao atendimento e recuperação de pessoas vitimadas pela violência no trânsito oferecidas à comunidade ou a entidades públicas seguintes:

- I - trabalho, aos fins de semana, em equipes de resgate dos corpos de bombeiros e em outras unidades móveis especializadas no atendimento a vítimas de trânsito;
- II – trabalho em unidades de pronto-socorro de hospitais da rede pública que recebem vítimas de acidente de trânsito e poli traumatizados;
- III - trabalho em clínicas ou instituições especializadas na recuperação de acidentados de trânsito;

IV – outras atividades relacionadas ao resgate, atendimento e recuperação de vítimas de acidentes de trânsito.

4 RECENTES ALTERAÇÕES NO CTB, INTRODUZIDAS PELA LEI N. 14.071/20 LIMITADORAS DAS PENAS ALTERNATIVAS NOS HOMICÍDIOS E LESÕES CULPOSOS QUALIFICADOS PELA EMBRIAGUEZ

Como afirmado anteriormente, as penas alternativas poderiam ser aplicadas a todos os crimes culposos indistintamente, fossem eles previstos no Código Penal ou no CTB, fossem eles cometidos sob quaisquer circunstâncias, inexistiam condições legais extraordinária para a sua aplicação nos casos crimes culposos, salvo os requisitos normais previstos no artigo 44, CP, especialmente em seu inciso III (requisitos subjetivos que seriam exigíveis mesmo no caso de crimes culposos).

Nessa recente alteração do Códex, foi introduzido o artigo 312 – B no CTB, passando doravante a limitar a substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direito nos casos de Homicídio Culposo e Lesão Corporal Culposa qualificados pela embriaguez. E mais, no caso das Lesões Corporais Culposas, para aqueles que entendem que a penalidade mais gravosa prevista no artigo 303, § 2º., CTB se dá pela embriaguez ou pela ocorrência de lesões de natureza grave ou gravíssima, também haverá impedimento caso esse resultado mais grave ocorra, independentemente da embriaguez.

Desse modo, a introdução do artigo 312-B na legislação de trânsito, impede penas alternativas nos homicídios culposos e lesões culposas do CTB, nos seguintes termos:

- a) no homicídio culposo no trânsito, conforme previsto no artigo 302, § 3º., CTB, ou seja, constatando-se pelos meios legais que o agente estiver sob efeitos de álcool ou outra substância que cause dependência no momento do fato.
- b) resultando lesões corporais culposas, graves ou gravíssimas, conforme previsto no artigo 303, § 2º., CTB. Numa análise restritiva do dispositivo, percebe-se a conjunção aditiva (e), fazendo crer que poderá haver aplicação de penas alternativas quando o agente estiver embriagado ou drogado e do fato resultar apenas lesões leves. Pode-se concluir que as duas condições qualificadoras estejam presentes simultaneamente para ocorrência da vedação de penas alternativas tipificadas no dispositivo, ou seja ocorrendo apenas embriaguez sem resultado sem lesões graves ou gravíssimas à vítima ou não estando embriagado, mas havendo lesões graves ou gravíssimas, não estaria configurada a qualificadora do artigo 303, § 2º. e, portanto, não haveria a vedação do artigo 312 – B, CTB. O novel dispositivo se refere

expressamente ao § 2º. do artigo 303, CTB e não a um ou outro resultado ou condição.

Não é difícil acreditar algum doutrinador suscitar dúvida quanto à interpretação do dispositivo e entender que, embora usando o legislador tenha empregado a conjunção aditiva “e” no § 2º. do artigo 303, CTB, o crime se qualificaria ocorrendo um dos dois casos ali previstos, quais sejam a embriaguez do condutor ou resultando lesões graves ou gravíssimas à vítima. Porém, se surgir essa linha raciocínio, as penas alternativas seriam então vedadas tanto no caso de embriaguez com lesões leves, como no caso de lesões graves ou gravíssimas, mesmo sem embriaguez.

Normalmente deverá prevalecer o primeiro entendimento, segundo o qual haverá vedação no caso de embriaguez no homicídio culposo e na lesão culposa, à luz do CTB, apenas quando houver a embriaguez e o resultado de lesões graves ou gravíssimas.

Nada se altera com relação à possibilidade de penas alternativas nos estritos termos do artigo 44, CP nos crimes culposos previsto no código penal, evidentemente. Visto que o artigo 312 –B, CTB somente se aplica aos casos de homicídio culposo ou lesões culposas do CTB. Quanto à possibilidade de aplicação da substituição de penas privativas de liberdade previstas no artigo 44, §§, do CP, nos casos de crimes de trânsito de homicídio ou lesão culposos simples previstos no caput dos artigos 302 e 303, CTB, não existe nenhum reflexo do novo dispositivo limitador.

Como de praxe dispositivos penais gravosos não podem retroagir para prejudicar os acusados em fatos pretéritos, pois que se trata de “*novatio legis in pejus*”. Portanto, a vedação à aplicação de penas alternativas nos casos especificados na Lei 14.071/20 alcançara apenas os fatos ocorridos a partir do dia 12 de abril de 2021. As penas alternativas podem perfeitamente ser aplicadas aos fatos anteriores ainda que estejam qualificados do artigo 302, § 3º. ou 303, § 2º., CTB, desde fato se adequem aos requisitos subjetivos para a concessão do benefício, conforme consta do artigo 44, III, CP.

COLAÇO (2020), em seu artigo “A contramão legislativa: permissão das penas restritivas de direitos”, apresenta importante divergência de análise das alterações introduzidas pela Lei 14.071/20, em face da interpretação criativa e bastante inusitada veiculada pelo autor Márcio André Lopes Cavalcanti. Em sua análise, Colaço observa que aquele autor, interpretação gramatical própria do artigo 312 – B, CTB, afirma que a Lei 14.071/20 não teria efetivamente vedado penas alternativas aos casos ali elencados, mas, ao reverso, reduzido os requisitos para a aplicação da benesse. O crítico Colaço menciona a afirmação do autor de que o legislador, ao fazer menção direta ao inciso I do artigo 44 CP, não teria proibido as penas alternativas nos casos estudados, eis que não teria atuado sobre o “caput” do artigo 44, CP. Destarte, na visão de Cavalcanti, apenas não haveria para os crimes do CTB de homicídio e lesão culposos as exigências previstas no inciso I do artigo

44, CP, mas somente as dos incisos II e III. Dessa forma, ao contrário de proibir penas alternativas, teria o legislador possibilitado de forma mais ampla sua aplicação, mesmo nos casos de crimes qualificados do CTB.

Considera, Colaço que a interpretação restritiva dada por Cavalcante, centrada no aspecto meramente gramatical, é criativa apenas, carecendo de argumentação mais sólida para sustentar-se.

Contraditoriamente, segundo Colaço, em seu próprio texto o autor expõe que a inovação trazida com o artigo 312-B tinha a intenção de criar restrições à aplicação de penas alternativas nos casos enfocados. Em suas palavras:

A Lei nº 14.071/2020 inseriu o art. 312-B do CTB com o objetivo de proibir a aplicação de penas restritivas de direitos para os crimes do art. 302, § 3º e do art. 303, § 2º do CTB. Essa foi a intenção do legislador conforme se observa pelas notícias divulgadas pelos sites oficiais do Senado Federal e da Presidência da República:

“O presidente Jair Bolsonaro sancionou a Lei 14.071, que promove uma série de alterações no Código de Trânsito Brasileiro (CTB). A norma, que foi publicada com vetos na edição desta quarta-feira (13) do Diário Oficial da União, entra em vigor dentro de 180 dias. (...)

“A nova norma prevê também que, em casos de lesão corporal e homicídio causados por motorista embriagado, mesmo que sem intenção, a pena de reclusão não pode mais ser substituída por outra mais branda, restritiva de direitos”.

“O presidente da República, Jair Bolsonaro, sancionou a Lei 14.071/20, com mudanças na lei de trânsito aprovadas pelo Congresso Nacional. Dentre as principais alterações, destacam-se: (...)

Proibir a conversão de pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos quando o motorista comete homicídio culposo ou lesão corporal sob efeito de álcool ou outro psicoativo; ”(grifos nossos).

Entende o crítico que a interpretação meramente gramatical de Cavalcanti jamais poderia ser o melhor caminho no caso em destaque. Colaço ilustra suas críticas mencionando São Paulo: “a letra mata, o espírito vivifica” (Coríntios, 3:6).

O inciso I do artigo 44 estabelece requisitos para as penas alternativas no caso de crimes dolosos. No caso de crimes culposos, não estabelece requisitos, não exige nada, apenas permite amplamente sua aplicação. Ou seja, não é uma norma restritiva, mas permissiva. E é exatamente essa permissão aberta e incontida que passa a ser proibida com

o advento da Lei 14.071/20 e do novel artigo 312 – B, CTB. Portanto, percebe-se que Cavalcanti se equivoca ao interpretar o inciso I do artigo 44, CP como portador de exigências para a possibilidade de aplicação de penas alternativas para delitos culposos. Não há ali exigência alguma e sim o afastamento de exigências, o que é revogado pela Lei 14.071/20 e o advento do artigo 312 – B, CTB. Uma norma proibitiva advinda altera o quadro e invalida a permissividade antes reinante. Ocorre o exato oposto do que criativamente defende o autor em destaque.

Finalmente há que fazer uma observação acerca da futura efetividade dessa alteração legislativa. Vimos que ela promove uma restrição, uma proibição absoluta de substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direito em casos de crimes de Homicídio Culposo e Lesão Corporal Culposa de trânsito quando qualificados nos termos dos artigos 302, § 3º. e 303, §2º., CTB. Pois bem, essa restrição absoluta pela lei de individualização da pena pelo magistrado no caso concreto, já foi objeto de análise e decisões reiteradas pelo STF, concluindo o E. Tribunal que há violação do Princípio da Individualização da Pena, sendo, portanto, tais dispositivos inconstitucionais. E, diga-se mais, isso foi decidido pelo STF em casos envolvendo crimes hediondos ou equiparados. Paradigmática é a decisão do Tribunal Supremo quanto à possibilidade de penas alternativas em casos de Tráfico de Drogas, devendo cada caso concreto ser individualizado e negando-se legitimidade à proibição imposta pelos então artigos 33, § 4º. c/c 44 da Lei 11.343/06 (STF, ARE 663261 e HC 97256).

Embora não se possa na seara jurídica pretender fazer previsões infalíveis, na maioria das vezes sequer seguras, pode-se afirmar que existe uma forte tendência a que o STF venha a declarar a vedação absoluta prevista pela Lei 14.071/20, conforme o novo artigo 312 – B, CTB inconstitucional. Ora, se no caso de Tráfico de Drogas e outros crimes hediondos vem a Corte se manifestando assim, não seria em nada coerente que em meros crimes culposos tomasse outro caminho.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depois da análise dos dispositivos legais que permitem o enquadramento de determinadas condutas sob o aspecto penal constantes no Códex de trânsito, atribuindo um valor sancionatório com resposta estatal aos danos causados ao Estado e à sociedade brasileira, observamos as alterações do texto legislativo estudado vem apresentando sistemática adequação aos fatos, uma vez que, inobstante as repreensões aplicáveis sob o aspecto administrativo, as sanções penais evoluído para um rigor maior na aplicação das penas de condutas criminosas ao volante. Decerto, os aspectos coercitivos e repressivos da norma legal de trânsito vêm merecendo uma atenção especial dos legisladores e dos operadores do Direito, no sentido de que sejam alcançados de forma eficaz pela Justiça os agentes que se sujeitam a condutas perigosas ou danosas. Portanto, seja no texto original

da legislação de trânsito e na penal, a sanção tem uma medida exata a ser aplicada em resposta aos crimes de trânsito.

Toda evolução apresentada na legislação específica tem explicitado a preocupação das autoridades em coibir os excessos que caracterizaram o trânsito terrestre no país nas últimas décadas, pondo um limite na impunidade pujantes de outrora. Portanto, tanto as sanções restritivas da liberdade previstas no ordenamento especial de trânsito objetivam a responsabilidade dos infratores na medida de suas responsabilidades, sem, contudo, querer torna-los marginais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 10520**: informação e documentação: citações em documentos: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6028**: resumos – procedimentos. Rio de Janeiro, 2003.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 14724**: informação e documentação – trabalhos acadêmicos– apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6022**: informação e documentação – artigo em publicação periódica científica impressa – apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

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

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6024**: Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BATISTA, Paulo Roberto. **Princípios administrativos e o Código de Trânsito Brasileiro**. Disponível em: Acesso em: 20 set. 2016. BRASIL. Código de Trânsito Brasileiro. Organizadores Luiz Roberto Cúria, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 17 ed. São Paulo. Saraiva, 2014. BRASIL.

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

Decreto n. 8.324, de 27 de outubro de 1910. Aprova o regulamento para o serviço subvencionado de transportes por automóveis.

Disponível em: Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. **Resolução 432 do CONTRAN**, de 23 de janeiro de 2013. Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes na fiscalização do consumo de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, para aplicação do disposto nos arts. 165, 276, 277 e 306 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro (CTB). Disponível em: Acesso em: 20 ago. 2016. BRASIL.

Lei n. 11.705, de 19 de junho de 2008. Altera a Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, e a Lei n. 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo automotor, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 20 ago. 2016. BRASIL.

Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Motorista que dirige em estado de embriagues. Relator Ministro Luiz Fux. 160 BRASIL. Recurso em Sentido Estrito. Homicídios consumado e tentados duplamente qualificados. Relator Desembargador Luiz Ferreira da Silva. 100 anos de legislação de trânsito no Brasil. 1910-2010. Ministério das Cidades, Departamento Nacional de Trânsito, Conselho Nacional de Trânsito. Disponível em: Acesso em 12 set. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1, parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GARCIA, Ismar Estulano. **Novo Código de Trânsito Brasileiro: crimes de trânsito**. Goiânia. Ed. Cultura e Qualidade, 1997.

GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios, **Legislação penal especial**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

MARCÃO, Renato. **Crimes de trânsito: (anotações e interpretação jurisprudencial da parte criminal da Lei n. 9.503, de 23-9-1997)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOLETA, Paulo. **A origem do trânsito e do CTB**. Uma breve síntese histórica sobre a origem do fenômeno trânsito. Jus Brasil. Disponível em:<http://paulocwb.jusbrasil.com.br/artigos/206526711/a-origem-do-transito-e-do-ctb>. Acesso em: 22 set. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Rizzato. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROSA, André Luiz Matos Miranda. **A correta aplicação da pena privativa de liberdade**. 2010. 36 f. Artigo Científico (Pós-Graduação), Rio de Janeiro, 2010.

Artigos da internet: A contramão legislativa: permissão das penas restritivas de direitos. Autor: **Marcelo Ricardo Colaço**. Publicado em 11/2020. Elaborado em 11/2020. Pesquisado em 22.08.2021.

A aplicação do dolo eventual nos crimes de trânsito por embriaguez ao volante. Autora: **Amanda Vieira Matos**. REVISTA SABER ACADÊMICO N° 24 / ISSN 1980-5950 – MATOS, A.V, 2017. Pesquisado em 18.08.2021.

FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA: ADOÇÃO DE ADULTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

GEICY DE SOUZA LADISLAU:
Graduanda de Direito da Fametro.

RESUMO: O presente artigo científico visa demonstrar a questão jurídica e social que envolve a novel forma de filiação - a socioafetiva – quando se tratar de Adoção de Adulto e este foi criado pelo adotante desde tenra idade e de como esta questão é tratada atualmente pelo doutrina pátria e pelo Poder Judiciário brasileiro, objetivando provocar reflexões no seio acadêmico a respeito da matéria, assim, contribuir para a formação de novas mentalidades jurídicas voltadas para a aplicação do Direito visando o bem estar psíquico, social e econômico do adulto negligenciado ou vítima do abandono afetivo e material, sem as amarras da aplicação literal do texto legal alheio aos anseios da família socioafetiva, para tanto, utilizou-se o método dedutivo e como técnica de pesquisa documentação indireta – com observação sistemática, abrangendo a pesquisa bibliográfica de fontes primárias e secundárias (doutrina em geral, artigos científicos), além de documentação oficial (leis, decisões,), concluindo-se que é necessário uma nova consciência jurídica voltada para os anseios da sociedade.

PALAVRAS CHAVES: Filiação socioafetiva; Adoção; Adulto.

ABSTRACT: This scientific article aims to demonstrate the legal and social issue that involves the novel form of membership- the socio-affective - when it comes to Adult Adoption and this was created by the adopter from an early age and how this issue is currently addressed by the homeland and by the Brazilian Judiciary, aiming to provoke reflections in academic circles on the matter, thus contributing to the formation of new legal mindsets aimed at the application of the Law aiming at the psychological, social and economic well-being of the neglected adult or victim of emotional abandonment and material, without the shackles of the literal application of the legal text alien to the wishes of the socio-affective family, for that, the deductive method was used and as a research technique indirect documentation - with systematic observation, covering the bibliographical research of primary and secondary sources (doctrine in general, scientific articles, etc.), as well as official documentation (laws, decisions, etc.), concluding that a new legal awareness focused on the concerns of society is necessary.

KEYWORDS: Socio-affective affiliation; Adoption; Adult.

INTRODUÇÃO

O Direito de Família no Brasil teve uma grande evolução a da Constituição Federal de 1988, através de princípios inerentes à família (art.1º, o II e III; art. 5º, caput, 2ª parte; e, art. 226, caput, e seus §§ 4º e 7º e art. 277, § 6º).

Nota-se que o art. 5º, da Carta Magna, elenca os direitos e garantias individuais, no entanto, o rol não é taxativo, o que se pode depreender do teor da norma constitucional contida em seu parágrafo 2º: “Os direitos e garantias expresso nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”. Neste desiderato, há de se integrar os princípios constitucionais adotados: igualdade, liberdade e dignidade humana.

No Código Civil de 1916 imperava a estrutura patriarcal, matrimonialista, heteroparental e biológica. Com o advento da Lei nº 10406/2002 que instituiu o atual Código Civil, operou-se um notável avanço para os institutos civis, dentre os quais, o Direito de Família, ramo do Direito considerado por muitos estudiosos como o ramo mais dinâmico do Direito Civil. Aponta-se dentre os avanços, de

família passar a caracterizar-se pela diversidade, baseando-se na procura do afeto e da felicidade de seus membros.

Nesta perspectiva, Novaes (2.000, p. 53) define a família da atualidade como “modelo eudemonista, ou seja, aquela pela qual cada um busca na própria família, ou por meio dela, a sua própria realização, seu próprio bem estar”

Dentro deste contexto, é reconhecida a filiação socioafetiva, tendo por escopo soluções práticas no âmbito do Direito das famílias e com valorização da convivência entre seus membros e a idealização de um lugar onde interage sentimentos, esperança e valores, proporcionando, assim, a cada membro, o sentimento que este é o local que lhe proporcionará sua realização pessoal.

Assim, a filiação socioafetiva de adultos, baseada no afeto e na convivência, para ser reconhecida pelo Poder Judiciário através da Adoção, uma presentes seus requisitos, deve priorizar a autodeterminação do adotando, em caso de colisão com direitos da personalidade do pai biológico, visto o que deve prevalecer é o bem estar psíquico de quem deseja ser adotado por aquele que lhe deu além das condições materiais, lhe deu, principalmente, amor, notadamente quando o adotante já manifestou a vontade de adotar.

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Desde os primórdios da humanidade, o homem sentiu a necessidade de convivência. As relações interpessoais passaram por diversas etapas evolutiva. Dentre estas evoluções, surge a relação socioafetiva, como forma psíquica de autorrealização da pessoa. Por conseguinte, a República Federativa do Brasil, visando construir uma sociedade livre, justa e solidária, traz em sua Carta Magna, princípios que servem de arcabouço à legislação infraconstitucional na persecução do seu reconhecimento no âmbito jurídico, sem contudo,

olvidar-se que, por tratar a matéria baseada em princípios constitucionais e em direitos fundamentais, haverá sempre algum grau de abstração, e, desta forma, possibilitando ao aplicador da norma, no caso concreto, diversas interpretações.

O reconhecimento judicial da filiação socioafetiva deve pautar-se no interesse preponderante dos pais e filho da relação socioafetiva, notadamente quando tratar-se de adoção de adulto, por não mais haver o poder familiar, estes buscam a adoção como forma de completar as suas felicidades proporcionadas pela convivência com amor, afeto, solidariedade e respeito.

2 DOS DIREITOS HUMANOS

Para o entendimento da abordagem do presente trabalho, imperiosa a necessidade de adentrar-se na análise dos Direitos Humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos prima pela dignidade por ser inerente a todos os homens, valorando o convívio social, fundamental para sobrevivência, devendo as atividades públicas, notadamente as leis, voltarem-se ao seu bem estar, direito de ordem ética e de validade universal. Passam, então, as Constituições dos Estados a conter normas pautadas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, positivando verdadeiras conquistas da humanidade como direitos e garantias fundamentais.

O homem é titular de direitos naturais e de direitos positivados. No caso de colisão entre normas, o bem estar da pessoa deve sobrepor-se às normas positivas.

3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direitos Fundamentais são aqueles que expressam fortemente a proteção pretendida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem. Garantem o mínimo necessário para que a pessoa viva de forma digna em uma sociedade, através de princípios constitucionais que os explicam. Assim, não têm caráter absoluto, destarte, podem ser relativados conforme a situação e o conflito de interesses; mudando e evoluindo.

Constituem-se em direitos protetivos baseados no princípio da dignidade da pessoa humana, de caráter declaratório, os quais se concretizam quando positivados em Constituições de um Estado, e, através das Garantias Fundamentais adquirem caráter assecuratório. São valores constitucionais invariáveis, imutáveis, como, por exemplo, o direito à vida; o direito à alimentação

A Constituição Federal brasileira, elenca os Direitos Fundamentais em seus artigos 5º ao artigo 17, porém este rol não é taxativo, pois, há direitos fundamentais explícitos e direitos fundamentais implícitos que deles decorrem.

Os direitos e garantias fundamentais devem acompanhar o processo histórico e as mudanças sociais, adaptando-se às novas realidades, afinal, o homem está no ápice da estrutura do sistema jurídico.

4 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Princípios jurídicos podem ser definidos como sendo um conjunto de padrões de conduta presentes de forma explícita ou implícita no ordenamento jurídico.

Portanto, para se alcançar o entendimento do princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos dele decorrentes, necessário ter em mente o sofrimento experimentado pela humanidade ao longo da História, notadamente os sofrimentos enfrentados na Segunda Guerra Mundial proporcionados pelo nefasto nazismo, os quais geraram uma consciência universal a respeito da necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana, como conquista de valor ético-jurídico intangível.

Neste diapasão, cita-se ainda, a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana, Paulo Otero (2017, p.254) se manifesta:

“dotado de uma natureza sagrada e de direitos inalienáveis afirma-se como valor irrenunciável e cumeiro de todo o modelo constitucional, servindo de fundamento do próprio sistema jurídico: ‘o homem e a sua dignidade são a razão da sociedade, do Estado e do Direito’. Nas palavras de Flávia Provesan, o valor da dignidade humana impõe-se a todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão de qualquer sistema normativo principalmente o sistema constitucional de cada Estado”

A Constituição brasileira de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, adotou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, destarte, de modo, elevando o homem no topo do sistema jurídico, daí, impondo o respeito à integridade física e psíquica das pessoas.

Não obstante a dignidade da pessoa humana não ter sido inserido no rol dos direitos fundamentais, não se pode negar que a dignidade da pessoa humana se relaciona com estes direitos. Como leciona Ana Paula Barcellos “terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles”.

Alexandre de Moraes (2003, p.41), Ministro do Supremo Tribunal Federal, Tribunal Guardião da Constituição, em sua obra “Direito Constitucional, conceitua a dignidade da pessoa humana:

“a dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos”.

Por não trazer conceituação na Constituição Federal, o princípio da dignidade da pessoa humana ganha grau de subjetividade, o que acaba proporcionando diferentes interpretações e aplicações. Contudo, os Tribunais Superiores têm decidido no sentido de minimizar a diversidade de interpretações e de decisões que desvirtuam o sentido e alcance deste princípio, apontando para decisões baseadas no mínimo essencial à vida dos indivíduos, enfatizando a autodeterminação consciente e responsável da própria vida, decidindo com intuito de proporcionar, através do Direito, a felicidade dos indivíduos.

A dignidade da pessoa humana, base dos direitos fundamentais, deve-se sempre ser levada prioristicamente quando da interpretação dos direitos humanos como bem maior a ser protegido. Neste sentido, cita-se os ensinamentos doutrinário de Ana Paula Lemes de Souza (2015, 22):

“A dignidade da pessoa humana se tornou, no ordenamento distintos e inimagináveis para em demandas das mais diversas, trazendo sentidos cada vez mais jurídico brasileiro, uma espécie de totem, símbolo sagrado e indefinível, que circula duplamente entre as dimensões mágicas e práticas. Com seu poder simbólico, passou a figurar em demandas mais diversas, trazendo sentido cada vez mais distintos e inimagináveis para sua mensagem. Nos tribunais, este metaprincípio passou a ser uma espécie de mestre ou xamã na grande manta principiológica ordenamentária, e tem se disseminado como uma palavra chave, ou manta sagrada, invocada como uma entidade jurídico protetora dos oprimidos (ou a depender, também dos poderosos)”.

A Constituição Federal de 1988, dispõe em seu artigo 226:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º Fundado no princípio da dignidade 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.”.

Verifica-se que a Constituição Federal de 1988, com base na dignidade da pessoa humana, consagrou a liberdade de autodeterminação.

5 DOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS

Os direitos personalíssimos ou direitos da personalidade, são aqueles inerentes à própria pessoa humana.

O termo personalidade vem do latim *persona*, derivação do termo *personare*, que significa ressoar, máscara. *Persona* foi o nome dado pelos latinos à máscara utilizadas pelos atores gregos da Antiguidade em suas peças teatrais. Portanto, o termo personalidade deve ser entendido como uma máscara por ser uma construção social, como algo exterior ao homem, aquilo que ressoa do indivíduo, aquilo que o caracteriza perante a sociedade.

O homem ao nascer adquire o direito de personalidade e sua duração é a vida, cessando com a morte. Na lição de Clóvis Beviláqua: “A ideia de personalidade está intimamente ligada à de pessoa, pois exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres.”. (apud, SANTOS, Washington, Dicionário Brasileiro, p. 187)

Neste mesmo sentido, Caio Monteiro (1997, p.91) leciona:

“Como o homem é o sujeito das relações jurídicas, e a personalidade a faculdade a ele reconhecida, diz-se que todo homem é dotado de personalidade. Mas não se diz que somente o homem, individualmente considerado, tem essa aptidão. O direito reconhece igualmente personalidade a entes morais, sejam os que constituem de agrupamento de indivíduos que se associam para a realização de uma finalidade econômica ou social (sociedades e associações), sejam os que se formam mediante a destinação de um patrimônio para um fim determinado (fundações), aos quais é atribuída com autonomia e independência relativamente às pessoas de seus componentes ou dirigentes.”.

Os direitos inerentes à personalidade, desde os primórdios da humanidade já existiam na forma conceitual. Com a evolução da civilização, tornou-se imperiosa a necessidade a conversão em preceitos e a incorporação em lei e Códigos, figurando o homem como sujeito das relações jurídicas, assegurando-lhe condições mínimas de respeito como integrante da sociedade.

A respeito da personalidade, Goffredo Telles, in Enciclopédia Saraiva (1997, p.341), se manifesta:

“Os direitos da personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, honra, a autoria etc. Por outras palavras, os direitos da personalidade são direitos comuns de existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta.”.

Destaca-se que os direitos da personalidade alcançam imensurável dimensão e abrangência devido a sua imensa importância na realização do indivíduo no contexto pessoal e da sociedade. Corrobora neste entendimento, o posicionamento do ilustre mestre Professor Tepedino:

“Os direitos da personalidade, regulados de maneira exaustiva pelo Código Civil, são expressões de cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”. (apud TARTUCE, Manual de Direito Civil, pág. 98).

Portanto, não há prevalência de direito de personalidade em face de outro. O julgador deverá observar o que melhor realiza o indivíduo, resguardando a sua dignidade.

Neste sentido, o Enunciado nº 4 do CJF/STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil, dispõe:

“o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente”. Em complemento foi aprovado o Enunciado de nº 139, na III Jornada de Direito Civil: “os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa fé objetiva e aos bons costumes”.

Importante salientar que, a princípio, os direitos da personalidade não podem sofrer limitação voluntária (caráter ilimitado e absoluto), no entanto, estes caracteres pode comportar exceções, como visto. Estes direitos podem ser subdivididos em dois âmbitos: público e privado. No âmbito público configura-se para efeito de proteção do indivíduo contra o Estado, ou seja, indica um valor constitucional real a ser realizado pelo Estado para alcançar os objetivos fundamentais previstos na Lei Maior (art. 3º, da CF/88).

Desta maneira, o legislador constituinte brasileiro, ao elaborar a Carta Magna, consagrou o princípio da dignidade humana (art. 1º, inciso III) como cláusula geral da tutela da personalidade, ao enunciar direitos e garantias individuais e coletivos, a isonomia, dentre outros. Pode-se afirmar, então, que a personalidade é o ponto de apoio de todos os direitos e obrigações.

6 DO INTERESSE PÚBLICO

O Estado, personificado pelos seus três Poderes, Executivo, Judiciário e Legislativo, justifica a tomada de algumas decisões invocando o denominado “interesse público”.

A Constituição Federal de 1988 não estabeleceu o conceito de interesse público. Por se tratar de uma expressão genérica e abstrata, sua apreciação deverá ser feita no caso concreto, o que acarreta interpretações subjetivas e, não raras vezes, eivadas de equívocos, notadamente em decisões substancialmente baseadas no invocado interesse público em detrimento dos direitos fundamentais.

A doutrina majoritária brasileira concebe que o interesse público é um princípio vigente no ordenamento pátrio e paradigma norteador das ações do Estado. Destarte, entende que há supremacia do interesse público sobre o interesse privado, o que legitima suas ações (de caráter intervencionista) em desfavor do particular. No entanto a prevalência do interesse público em relação ao interesse privado é antagônica ao Estado Democrático de Direito.

Celso Bandeira de Melo (2003, p.59), leciona que “interesse público é o plexo dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade, ou seja, é a dimensão pública dos interesses individuais. Este só será reconhecido quando o ordenamento normativo identificar como tal”.

Nos Estados Democráticos de Direito, o interesse público revela-se pela observância, de parte dos poderes públicos, dos direitos e princípios consagrados na Constituição e nas leis do sistema jurídico, destarte, o alegado princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é totalmente contrário com o paradigma o Estado Democrático de Direito instituído pela Carta Magna de 1988.

7 DA ADOÇÃO

A respeito da adoção, leciona Maria Helena Diniz (2011), p.546) que a adoção:

“é um ato de amor e de responsabilidade para com o próximo, ao decidir pela inserção de uma pessoa em seu seio familiar, mesmo sem laços sanguíneos, proporcionando-lhe os meios materiais e os valores morais”.

A abordagem conceitual do instituto da Adoção, na concepção legal, é muito ampla, daí, a necessidade de apontar a etimologia da palavra “adoção”. Deriva do latim, composta do prefixo ad=para e do sufixo optio= opção. Consiste, portanto, na opção de escolha por vontade das partes. É uma forma artificial de filiação análoga à filiação natural.

A Adoção consiste em um ato jurídico solene pelo qual se estabelece um vínculo de paternidade e tem por objetivo mudar o núcleo familiar do adotando. Possui vários requisitos legais que devem ser respeitados, de forma a prevalecer os interesses e direitos do adotado. É ato irrevogável e personalíssimo.

O instituto da Adoção, na Roma antiga, chamava-se “*ad-rogação*”, a qual era submetida a apreciação da sociedade em público. Era adotada a família como um todo, e não na forma que conhecemos nos dias de hoje, onde uma pessoa adota outra.

Nos séculos XVII e XVIII, em razão da explosão populacional, principalmente nos centros urbanos, o número de asilos para acolhimento para crianças órfãs, conhecidos por orfanatos. Apesar desta denominação, os orfanatos não acolhiam somente os órfãos, acolhiam também as crianças abandonadas ou aquelas entregues pelos próprios pais, por não terem condições financeiras para o sustento das crianças.

7.1 DA ADOÇÃO NO BRASIL

Historicamente, no Brasil colonial e imperial, seguindo as normas da Coroa Portuguesa, a adoção era um processo informal de transferência de guarda para as instituições de caridade ou para famílias, destarte, não havia vinculo legal ou poder familiar. Na verdade, a grande maioria dos adotantes não queria adotar um filho, mas obter mão de obra barata.

A adoção foi regulamentada a partir de 1916, com intuito de resolver a problemática social do concubinato da mulher desquitada, cuja relação tinha reprovação social pelo fato do concubino morar com a sua companheira. Também ficou regulamentado a adoção de menores de idade.

Com a promulgação da Lei Maior de 1988, a adoção tornou-se um processo mais amplo e justo, e, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA/1990, as regras tornaram-se melhores tanto para o adotado como para o adotante.

Em 2002, o novo Código Civil revogou o Código Civil de 1916, regulamentado a adoção de maiores, com aplicação subsidiária das regras gerais do ECA, porém, a adoção de menores de idade permaneceu regulamentada pelo ECA.

A respeito, transcreve-se o artigo 41 do ECA: “A adoção atribui a condição de filho ao adotando, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-se de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”.

O instituto da Adoção, por sua importância para o adotante, para o adotado, para a família, para a sociedade e para o Estado brasileiro, deveria ser mais utilizado e célere em seu processamento.

7.2 DA ADOÇÃO DE CRIANÇAS E DE ADOLESCENTES

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, visa precipuamente a proteção destas pessoas, cujas normas estão voltadas para seus interesses e bem estar, como depreende-se do art. 19 deste Estatuto:

Art. 19. É direito da criança e do adolescente de 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.

Como visto, a norma contida no artigo 19 é a ideal para o desenvolvimento físico e psíquico da criança e do adolescente, no entanto, a realidade brasileira é outra. Inúmeras crianças são abandonadas por seus pais ou por um deles e nem sempre consegue uma família substituta nos termos da lei. Portanto, é gritante o descumprimento da norma do artigo 22, do ECA, senão vejamos:

Art. 22. 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.

Incontáveis casos em que o comando da norma não é obedecido por muitos pais, por diversas razões sociais. Sabiamente, o legislador previu a solução para o abandono material e afetivo de menores, o que se pode observar na redação do artigo 20, do ECA: 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.

Contudo, apesar do abandono material e/ou afetivo, muitos pais biológicos, invocam direitos personalíssimos para obstaculizar a adoção de menores em estado de vulnerabilidade. Daí, o ECA, em seu artigo 39, § 3º, apresentar solução para o impasse:

Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§ 3º Em caso de conflito entre direitos e interesses do adotando e de outras pessoas, inclusive seus pais biológicos, devem prevalecer os direitos e os interesses do adotando.

Nota-se que em caso de impasse entre interesses e direitos de terceiros ou mesmo dos pais biológicos, sempre prevalecerá o que for melhor para o adotando menor. Assim, pode-se afirmar que o legislador relativou direitos personalíssimos dos pais biológicos em favor do adotando menor, alinhando-se ao princípio da dignidade humana adotado na Constituição Federal. Neste mesmo sentido, prossegue o legislador infraconstitucional, no artigo 43, do mesmo diploma legal: "A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos".

Segue o mesmo raciocínio lógico jurídico, o teor do artigo 45, § 1º, do ECA:

Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

§ 1º O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar.

A adoção de menores, no Brasil, como demonstrado, é regulamentada pelo ECA, cujos requisitos são: idade máxima de 18 anos do adotado na data da distribuição da ação; idade mínima do adotante é de 18 anos, independentemente do seu estado civil; diferença mínima de idade entre adotante e adotando de 16 anos; a adoção conjunta de separados, divorciados e ex-companheiros é possível, desde que exista acordo sobre a guarda e direito de visita e desde que tenha ocorrido o estágio de convivência na constância da relação; manifesta vontade do adotante; manifestação do adotado, se maior de 12 anos; estágio de convivência, salvo a sua dispensa legal.

Nota que, o consentimento dos pais biológicos, se conhecidos ou quando não destituídos do poder familiar, é obrigatória, ou seja, é *conditio sine qua non* para que seja deferida a adoção. Porém quando desconhecidos ou destituídos do poder familiar, com óbvio, prescinde de seu consentimento.

Depreende-se do exposto que o instituto da adoção de menores de idade, regulamentado pelo ECA, vai ao encontro dos objetivos fundamentais da Constituição Federal de 1988, no sentido de construir uma sociedade solidária, erradicando a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais, bem como promovendo o bem estar de todos e tutelando a dignidade da pessoa humana.

7.3 DA ADOÇÃO DE ADULTO – RELAÇÃO SOCIOAFETIVA

O processo de adoção de adulto, no Brasil, segue regras específicas e os adotantes têm responsabilidades diferentes das estabelecidas para o adotando de menores de idade. Todavia, as regras gerais de proteção aos interesses do menor, contidas no ECA, são aplicáveis à adoção de maiores de 18 anos, desde que quando menor, o adotando adulto já convivía com o adotante com relação afetiva de pai e filho.

Como na adoção de menor de idade, a adoção de o maior de idade cria uma relação legal de pai/mãe e filho, com todas os direitos inerentes à filiação natural e compromissos legais.

Neste tipo de adoção, o ECA é aplicado subsidiariamente, no entanto, há regras que não se aplicam devido à condição jurídica do adotado. Também não é obrigatória a diferença de idade mínima de 16 anos entre adotante e adotado, e esta diferença é fator de aumento da possibilidade de ser deferido o pedido de adoção. Outra exigência que não ocorre na adoção de maior é a obrigação de frequentar curso preparatório para a adoção, pois o pressuposto deste tipo de adoção é a existência de um relacionamento entre as duas pessoas de pai/mãe e filho, o que, via de regra, se dá com a coabitação.

A adoção de maior de idade, até janeiro de 2003, se dava por Escritura Pública. Porém, com a promulgação do Código Civil de 2002, passou-se a ser somente pela via judicial, senão vejamos:

Art. 1.619. A adoção de maiores de 18 (dezoito)anos dependerá de assistência do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Justifica-se esta exigência em razão do interesse público, vez que desse ato resultam mudança no âmbito dos interesses e deveres de ambos, adotante e adotado, as novas formas de relações familiares e a observação do princípio da dignidade da pessoa humana. Como consequência, o registro original será cancelado e um novo registro será expedido, onde constará nova filiação e o prenome do adotado (não é permitido sua mudança como ocorre na adoção de menor de idade) e novo sobrenome.

A lei não exige a participação dos pais biológicos no processo de adoção de maior de idade, cabendo ao adotante formular pedido na inicial de dispensa. No entanto, o Ministério Público tem se posicionado contrário a este tipo de pedido, primando pela necessidade da citação em nome do interesse público de uso do nome (direito da personalidade). Essa aceitação de interesse público tem sido aceita por parte de membros do Poder Judiciário.

No entanto, não se deve afastar a concepção moderna de democracia que reconhece os cidadãos como pessoas que buscam a realização de desejos e preferências tipicamente seus, assumindo a responsabilidade por suas vidas. É direito personalíssimo, de observação obrigatória por um Estado Democrático de Direito

A pessoa por estar no ápice do sistema jurídico, devem seus direitos humanos ser respeitados, visto que as normas devem voltar-se para seu bem estar, direito de ordem ética e de validade universal fundadas na dignidade da pessoa humana e, destarte, devendo ser a pessoa valorizada na ordem jurídica.

O instituto da Adoção, por sua importância para o adotante, para o adotado, para a família, para a sociedade e para o Estado brasileiro, deveria ser mais utilizado e célere em seu processamento.

Seguindo os ensinamentos alhures apontados, nossos Tribunais vêm firmando jurisprudência tomando por base a autodeterminação do adotando, condicente com os direitos de personalidade e de outros princípios que com estes se relacionam, como depreende-se da decisão nos autos do Recurso Especial nº 2014/0067421-5/STJ, de relatoria do eminente Ministro Ricardo Villas Lobo Cueva, da Terceira Turma, publicado no Diário da Justiça eletrônico, reconhecendo a desnecessidade do consentimento do pai biológico na adoção socioafetiva cuja paternidade restou demonstrada. Cita-se, também, a decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos autos do Recurso de Agravo de Instrumento 0064207-57.2010.8.19.000, de relatoria da eminente Desembargadora Lisa Bottrel Souza – Julgamento no dia 20/12/2010, onde reconheceu a procedência dos embargos contra decisão interlocutória que determinou a emenda da inicial para inclusão no polo passivo dos pais biológicos por se tratar de adoção de maior, cuja obrigatoriedade nos termos do ECA não se aplica por ser de aplicação subsidiária, notadamente que o adotando foi abandonado desde tenra idade.

As decisões apontadas são no sentido de que com a cessação do poder familiar, a vontade do adotante e do adotado é suficiente para o deferimento do pedido de adoção, desde que haja os laços de sentimento entre ambos pela convivência e por os pais biológicos não terem o direito subjetivo de figurar no polo passivo da relação jurídica, não há a necessidade de citação.

A adoção de adulto, por sua importância para o adotante, para o adotado, que na condição de adulto já é plenamente capaz de decidir o que é melhor para sua vida (art. 5º, caput, do CCB), para a família socioafetiva, para a sociedade e para o Estado brasileiro, deveria ser mais utilizado e mais célere seu processamento.

CONCLUSÃO

Foi demonstrado ao longo deste trabalho que o instituto da adoção no Brasil vem evoluindo ao longo de sua História, inicialmente com caráter informal até ser regulamentado pelo Código Civil de 1916. Com advento da Constituição Federal de 1988, conhecida por Constituição Cidadã, tendo por escopo o princípio da dignidade humana, muitos direitos fundamentais, dentre os quais os direitos da personalidade, foram inseridos em seu texto, concretizando-se com as garantias constitucionais.

No entanto, por não ter a Constituição Federal conceituado a dignidade humana, o que se o fizesse, correria o risco de restringir seu amplo alcance, ensejou inúmeras interpretações nos direitos fundamentais individuais e coletivos e, desta forma, proporcionando inúmeras decisões judiciais divergentes.

No que concerne à adoção de menor de idade, a lei infraconstitucional foi mais detalhista, não deixando muita margem para interpretações fora do contexto legal.

O ECA, de caráter protecionista, adotou normas gerais, cuja aplicabilidade subsidiária deverá ser efetivada no processo de adoção de adulto, pois detém o princípio da dignidade humana como escopo.

A Adoção de adulto na legislação brasileira difere da adoção de menor de idade no que concerne à condição jurídica do adotado, notadamente, em relação a sua emancipação civil. Consiste na valorização da relação socioafetiva entre adotante e adotado, relação paterno filial, adquirida no convívio do adulto quando menor em estado de vulnerabilidade do ponto de vista material e afetivo, e, desta maneira, deve ser efetivada pelo Poder Judiciário, que, aliás, vem firmando entendimento da desnecessidade de figurar os pais no polo passivo, destarte, não havendo a obrigatoriedade da citação destes, em consonância com as regras gerais do ECA.

Mas, o Poder Judiciário pode avançar mais na efetiva e célere prestação jurisdicional na adoção de adulto através de edição de Súmula Vinculante quanto à desnecessidade de citação dos pais biológicos, muitos que sequer o adotando conhece, mas que opôs seu nome na Certidão de Nascimento, portanto, cuja citação se torna inviável por desconhecer sua qualificação, o que inviabiliza sua citação editalícia para integrar a relação processual na Ação de Adoção. Por outro lado, o descumprimento dos deveres da paternidade previsto na legislação pátria deveria ser motivo mais que suficiente para afastar a necessidade de figurar no polo passivo e, via de consequência, a desnecessidade de citação.

REFERENCIAS

BRASIL. **Código Civil**. Vade Mecum, 32^a ed. São Paulo: Saraiva.2021.

BRASIL. **Constituição Federal**. Vade Mecum, 32^a ed. São Paulo: Saraiva.2021.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Vade Mecum, 32^a ed. São Paulo: Saraiva.2021.

BRASIL, Escola. **Direitos da personalidade**. Disponível em <https://monografia.brasilecola.uol.com.br/direito/direitos-da-personalidade-direito-ao-nome.htm>. Acesso em 12 de setembro de 2021.

CASSETARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva**, 3^a ed., São Paulo: Atlas, 2017.

DE CARVALHO, Dimas Messias. **Adoção, Guarda e Convivência familiar**, 2^a ed, Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**, 10^a ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

FERREIRA, Rodrigo Gondim. **Direitos da personalidade: análise do artigo 11 do Código Civil de 2002**. Disponível em <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9709/direito-da-personalidde-analise-do-artigo-11-do-codigo-civil-de-2002>>. Acesso em 05 de agosto de 2021.

FILHO, Salomão Ismail. **Uma definição de interesse público e a priorização de direitos fundamentais**. Disponível em <<https://conjur.com.br/2016-mar-28/mp-debate-interesse-publico-priorizacao-direitos-fundamentais?imprimir=1>>.

FRANÇA, Philip Gil. **Interesse Público, um conhecido conceito não determinado**. Disponível em <<https://direitodoestado.com.br/colunistas/philip-gil-frsnca/interesse-publico-um-conhecido-conceito-nao-indeterminado>>. Acesso em 22 de julho de 2021.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. In Conselho da Justiça Federal, Brasília. Out/dez. 2004. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/633/83>>. Acesso em 21 de maio de 2021.

MELO, Nehemias Domingos de. **Princípio da dignidade humana e a interpretação dos direitos humanos**. *Revista Jus navegandi*, Issn 1518-4862 Teresina, ano 26, n. 6395,3jan.2021. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos87693/o-principio-da-dignidade-e-a-interpretacao-dos-direitos-humanos>>. Acesso em 20 de agosto de 2021.

PEREIRA, Aline Ribeiro. **Princípio da dignidade da pessoa humana**. Disponível em <<https://aururum.com.br/blog/principio-da-dignidde-da-pessoa-humana/>>. Acesso em 20 de setembro de 2021.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**, Volume 6, 27^a ed, São Paulo: Saraiva, 2002.



ZANI, Ana Paula. **Direitos da personalidade.** Disponível em <<https://www.aurum.com.br/blog/direitos-da-personalidade/>>. Acesso em 30 de setembro de 2021.

PACOTE ANTICRIME: ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO AUMENTO DA PENA MÁXIMA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

OSEILSON MATOS MORENO JUNIOR:

Graduando em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

PEDRO IWYSON DO MONTE OLIVEIRA¹²

(Coautor)

JULIANO DE OLIVEIRA LEONEL¹³

(Orientador)

RESUMO: O presente estudo visa analisar a constitucionalidade do aumento da pena máxima no direito penal brasileiro, alterado pelo art. 2º da Lei nº 13.964/2020, analisando princípios gerais do direito e a realidade do sistema carcerário. Conforme a metodologia utilizada, tendo em vista o tipo de pesquisa bibliográfica e abordagem dedutiva, foi desenvolvido um estudo em conjunto com doutrina e legislação a fim de averiguar não só a alteração do limite da pena, mas também o todo o contexto social e no âmbito prisional, demonstrando a falta de infraestrutura do sistema carcerário para o recebimento do aumento da pena. Deste modo, ante as vagas justificativas apresentadas para a mudança e o cenário precário das penitenciárias, é possível concluir que esta mudança pelo Pacote Anticrime desvirtua a finalidade educativa da pena, vez que carrega um caráter eminentemente punitivo, além da potencial violação generalizada e sistêmica de princípios constitucionais. Por fim, a atualização da norma deve ser sempre norteada pela irretroatividade de direitos e garantias historicamente conquistados no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Limite Penal, Direito Penal, Inconstitucionalidade, Pacote Anticrime.

ABSTRACT: The present study to analyze the constitutionality of increasing the maximum penalty in Brazilian criminal law, amended by art. 2 of Law No. 13.964/2020, analyzing general principles of law and the reality of the prison system. According to the methodology used, in view of the type of bibliographic research and deductive approach, a study was developed in conjunction with doctrine and legislation in order to investigate not only the change in the penalty limit, but also the entire social context and scope prison, demonstrating a lack of infrastructure in the prison system to receive the increased sentence. Thus, given the vague justifications for the change and the precarious scenario of the penitentiaries, it is possible that this change by the Anti-Crime Package distorts the

¹² Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. *E-mail:* pedroiwyson31@gmail.com.

¹³ Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília – UFC. *E-mail:* julianoleonel@hotmail.com.

education of the penalty, as it carries an eminently pun character, in addition to the potential widespread and systematic violation of constitutional principles. Finally, the updating of the norm must always be guided by the non-retroactivity of rights and guarantees historically achieved in the Democratic State of Law.

Keywords: Criminal Limit, Criminal Law, Unconstitutionality, Anti-crime Package.

Sumário: 1. Introdução. 2. Finalidade e função social da pena. 3. Aumento do limite da pena e princípios gerais do direito. 4. Pacote Anticrime e seu grande potencial encarcerador. 5. Análise da atualização da norma sem margens de retrocessos. 6. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa investigar a constitucionalidade do aumento da pena máxima frente ao Direito Penal brasileiro. A medida trazida pela Lei nº 13.964 de 2019, popularmente conhecida como Pacote Anticrime, eleva o limite de cumprimento para a pena privativa de liberdade aplicada no Direito Penal de 30 (trinta) anos para 40 (quarenta) anos.

Desta forma, tem-se por delimitação do tema o gradativo e impactante processo de perpetuidade da pena - erradicado pela CF/88, onde são levados em consideração a superlotação carcerária e o grande poder de encarceramento que este tipo penal traz ao atual Estado Democrático de Direito. O desenvolvimento do presente estudo terá como berço e metodologia a revisão bibliográfica doutrinária de obras e normas penais sob ótica de possíveis efeitos advindos do aumento do limite de cumprimento da pena privativa de liberdade, tendo em vista os preceitos fundamentais resguardados pela Constituição Federal de 1988.

Tendo isso, o problema de pesquisa questiona: É constitucional a medida trazida pelo art. 2º da Lei nº 13.964 de 2019, que altera a pena máxima no direito penal brasileiro de 30 anos para 40 anos?

Assim, em seu primeiro tópico, o presente estudo desenvolve-se ao analisar o posicionamento doutrinário a respeito da finalidade e função social da pena, uma vez que, tratam-se de conceitos principiológicos norteadores do Direito Penal brasileiro quando se é questionado os fins punitivos relativos a práticas delituosas. Sendo assim, demonstra ainda que tal mudança, no entanto, levanta um questionamento a respeito da violação do art. 5º, inciso XLVII da Constituição Federal de 1988, que consagra o princípio da humanidade das penas, além de vedar o seu caráter perpétuo. Além disso, é cabível o questionamento quanto à finalidade e função social da pena no Direito Penal brasileiro, visto que a pena deve ter um caráter misto – retributivo e ao mesmo tempo educativo.

Assim, em teoria, o apenado estaria perdendo a oportunidade de reeducar-se e posteriormente reinserir-se no meio social, uma vez que quase toda sua vida já teria se passado dentro do ambiente prisional.

A situação do sistema penitenciário do país pode ser evidenciada em apenas um fato: o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Segundo um levantamento realizado pelo portal G1, no início de 2020 o Brasil ocupava a 26ª posição no ranking de países com maior população carcerária, com mais de 710 mil presos. Este é um dado preocupante frente à realidade vindoura, tendo em vista que a tendência é que a população carcerária, que já é uma das maiores do mundo, aumente gradativamente.

Deste modo, objetiva-se no segundo tópico analisar um dos motivos apontados para que o art. 75 fosse alterado, que é o aumento da expectativa de vida da população, visto que o Código Penal foi instituído na década de 40 e naquela época a expectativa de vida da população era menor, justificando assim a necessidade de uma precisa análise desse novo tipo normativo através deste artigo. No entanto, o objetivo do presente estudo trata-se da consideração da realidade carcerária do país, tendo em vista que esta realidade pode afetar diretamente no envelhecimento dos presos. Na verdade, o estado em que vive a população encarcerada tende a decrescer a expectativa de vida destes.

Apesar de ainda ser um tema bastante discutido, alguns estudiosos apontam a idade de 55 anos para que um preso seja considerado idoso, enquanto a população em geral é considerada idosa a partir dos 60 anos de idade. Esta discrepância pode ser uma evidência de que, na realidade, a expectativa de vida da população carcerária não está no mesmo patamar da expectativa de vida em geral, podendo ser um indicador de que tal alteração trazida pelo Pacote Anticrime não devesse ter sido feita, ou ao menos tivesse sido levado em conta este cenário e, conseqüentemente, alterado de forma menos agressiva.

Já o terceiro tópico aborda o fato de que Pacote Anticrime é uma norma legislativa que aparenta e demonstra um grande caráter prisional, o que difere da realidade social precária, que é relatada nos presídios a todo momento, por emissoras televisivas e veículos comunicativos. Deste modo, a atuação conjunta entre o Judiciário e o Legislativo é essencial para que os atos praticados através do instrumento da lei não agravem o processo da superlotação carcerária enfrentada pela sociedade. Cumpre destacar que o encarceramento em massa em nada contribui ou resolve o problema da segurança pública do país, ao contrário do que se almeja com uma severa alteração trazida como esta. Do contrário, apenas eleva o estado desumano ao qual os apenados são submetidos, ao mesmo tempo que aumenta o custo ao Estado para sustentar as penitenciárias.

Por fim, o trabalho demonstra a realidade precária que os prisioneiros vivem nas penitenciárias brasileiras acarretando o surgimento da violação de Direitos Humanos, uma

vez que a superlotação tem levado os encarcerados a situações degradantes, o que não se compactua com os ditames da Constituição Federal de 1988. Sendo assim, neste mesmo sentido, o estudo terá como objetivo fundamental a análise do impacto da mudança do limite da pena privativa de liberdade frente aos direitos fundamentais resguardados na Constituição Cidadã, já que não se pode olvidar que a pena deve restringir apenas a liberdade de locomoção do encarcerado, de modo algum podendo submetê-lo a condições sub-humanas.

2 FINALIDADE E FUNÇÃO SOCIAL DA PENA

O cumprimento das penas privativas de liberdade no Brasil tem a finalidade de “simultaneamente, castigar o condenado pelo mal praticado e evitar a prática de novos crimes, tanto em relação ao criminoso como no tocante à sociedade.” (MASSON, 2020, p. 465), uma vez que o Código Penal segue as diretrizes da teoria mista, levando em consideração a função social da pena. Assim, a pena possui um caráter retributivo, na medida em que impõe um mal justo a quem cometeu um mal injusto, sendo feito, desta forma, a justiça, mas ao mesmo tempo possui um caráter educativo, visto que também tem por objetivo prevenir tanto de forma geral quanto de forma específica a reiteração de uma conduta delitiva.

Entretanto, “a análise da pena criminal não pode se limitar ao estudo das funções atribuídas pelo discurso oficial, definidas como funções declaradas ou manifestas da pena criminal; pelo contrário, esse estudo deve rasgar o véu da aparência das funções declaradas da ideologia jurídica oficial” (SANTOS, 2012, p. 420). De fato, é preciso olhar além das finalidades oficiais e analisar quais são as finalidades no campo da realidade, isto é, na prática.

No campo da realidade, é possível notar que uma das finalidades oficiais há muito tempo foi deixada de lado em detrimento de outra. Temos um cenário em que a pena em nada previne ou ressocializa o infrator, apenas retribui o mal pelo crime cometido, e o resultado não poderia ser outro senão a superlotação do sistema penitenciário. Não bastasse isso, o advento de uma nova lei de caráter eminentemente inquisitorial, que acentua ainda mais a finalidade punitiva da pena e deixa de lado a finalidade ressocializadora, em nada melhora o quadro, mas só tende a piorá-lo.

Brilhantemente afirma Vilarins (2020) que ainda que a teoria adotada pelo ordenamento seja unificadora, a realidade do sistema prisional brasileiro é bem diferente. Na prática, o Estado não consegue prevenir de forma eficaz a reincidência das infrações, dadas as péssimas condições às quais os apenados são submetidos dentro dos estabelecimentos prisionais. Esta realidade vai diretamente de encontro com a Lei de Execução Penal, que assevera o papel do Estado, dispondo em seu art. 10 que “a assistência

ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.” (BRASIL, 1984)

Deste modo, não há sombra de dúvidas de que, ao menos no campo da teoria, a finalidade da pena jamais pode ser meramente retributiva, devendo o apenado receber toda assistência e orientação possível para que possa ser reeducado e reinserido no meio social após o cumprimento de sua pena, e assim ela cumpra sua finalidade por completo.

3 AUMENTO DO LIMITE DA PENA E PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO

Antes do advento da Lei nº 13.964/2019, aprovada em 24 de dezembro de 2019 e em vigor a partir de 23 de fevereiro de 2020, o limite estabelecido pelo art. 75 do Código Penal para o cumprimento de pena privativa de liberdade era de 30 anos. Entretanto, o texto do Pacote Anticrime dilata este limite estabelecido pelo Código Penal, aumentando de 30 para 40 anos o tempo máximo de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Este tempo máximo é imposto como um limite ao Poder Punitivo do Estado, com o objetivo de resguardar o indivíduo de uma possível violência - ou ao menos um excesso de violência, praticado pelo Estado. Tal limitação advém da ideia de garantismo penal defendida pelo brilhante teórico Ferrajoli, que entende que:

o modelo de garantias seria caracterizado por uma cadeia de princípios ou máximas que corresponderiam às restrições necessárias ao poder punitivo nos Estados democráticos de direito. Assim, não seria admissível a imposição de uma pena sem que tenha sido cometido um fato, previsto legalmente como crime, de necessária proibição, gerador de efeitos danosos a terceiros, caracterizado por uma conduta humana exterior provocada por urna pessoa culpável. (FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, 1989, p. 80 *apud* CARVALHO, 2013, p. 250)

Desta forma, a Constituição Federal de 1988 dispõe uma série de princípios fundamentais pelos quais o sistema jurídico-penal deve se guiar, quais sejam: princípio da legalidade, amparado pelo art. 5º, XXXIX da Constituição Federal; princípio da pessoalidade, consagrado no inciso XLV do art. 5º; princípio da individualização da pena, materializado no inciso XLVI do art. 5º, e; princípio da humanidade, presente no inciso XLVII do referido artigo constitucional.

Para a adoção de novos tipos normativos ao regulamento interno, legislador e forense do presente sistema, se faz necessário a observância de costumeiros princípios que regem o Direito brasileiro. Alguns princípios norteadores da Constituição Federal e do

âmbito penal, como o da proporcionalidade que, segundo Cirino (2012), segue a teoria germânica composta por princípios parciais: o da adequação e o da necessidade.

Diante disso, tais ditames parciais da adequação e da necessidade estão voltados ao aperfeiçoamento esperado das possibilidades da realidade, que buscam meios necessários e adequados para fins de proteção ao determinado bem jurídico, ou seja, o fato da existência de possíveis dispositivos normativos caracterizados por excessiva matéria punitiva e até mesmo proporcionais constituem, segundo ele, o “desvalor da ação ou do resultado” em face do fato infracional.

Com relação à Dignidade da Pessoa Humana, afirma Cirino (2012) que a legislação respeitará e garantirá a integridade física e moral do condenado, vez que observadas a Constituição Federal, lei penal e lei de execução penal com o fim de assegurar tais direitos não abrangidos pela sentença condenatória ou ato normativo, tendo em vista que devido ao encarceramento em massa e o grande potencial prisional da lei nº 13.964/2019, têm suas diretrizes violadas gradativamente.

4 PACOTE ANTICRIME E SEU GRANDE POTENCIAL ENCARCERADOR

A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, popularmente chamada de Pacote Anticrime foi uma proposta legislativa apresentada pelo Ministro da Justiça, à época o ex-magistrado Sérgio Moro, que passou a vigorar a partir do dia 23 de fevereiro do ano de 2020. A aprovação do chamado Pacote Anticrime, que previa seu período de *vacatio legis* de apenas trinta dias, fez diversas alterações no Código Penal e também no Código de Processo Penal. Uma de suas alterações foi no art. 75 do Código Penal, que alterou o tempo máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade de trinta para quarenta anos.

As justificativas para essa significativa mudança foram:

- a) Em 1940, a expectativa de vida dos brasileiros era, em média, de 45,5 anos. Em 2018, de acordo com o IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, tal média saltou para 76,3 anos; e
- b) No passado, as penas dos crimes eram menores, e raramente alguém praticava mais de um delito de elevada gravidade. Atualmente, contudo, diversos crimes têm penas máximas altas, e são repetidamente cometidos por algumas pessoas. Exemplificativamente, ao estupro qualificado pela morte (CP, art. 213, § 2º) é cominada a pena máxima de 30 anos de reclusão. Se o sujeito praticasse diversas infrações desta natureza, com o limite de 30 anos indiscutivelmente faria pouca diferença se ele estuprasse duas, três ou mais pessoas, daí resultando a morte das vítimas. Em qualquer

caso, somente poderia cumprir 30 anos de privação da liberdade. (MASSON, 2020, p. 672)

Por se tratar de uma situação de *novatio legis in pejus*, não é possível a retroação da alteração, ou seja, só se aplica a delitos praticados após a vigência da medida.

Além disso, houve a alteração do § 1º do art. 75, que agora prevê que em caso de o agente seja condenado a mais de uma pena privativa de liberdade e a soma for superior ao limite de quarenta anos, elas devem ser unificadas para atender o limite penal.

É de grande saber que o aumento do limite de cumprimento da pena previsto na Lei n. 13.964/2019 tem levantado muitos questionamentos a respeito do seu considerável potencial carcerário. De acordo com Mendes, Martínez (2020), a precariedade existente no sistema prisional brasileiro, levou o Supremo Tribunal Federal a reconhecer em face dos apenados a existência do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional, com o objetivo essencial de diminuir o alarmante índice da população carcerária nos presídios.

Afirmam ainda Mendes, Martínez (2020), que o Pacote Anticrime nasce sob orientação política com anseio da efetividade propagada pelo encarceramento puro e simples, situação essa que diverge dos parâmetros da razoabilidade existente nos tratados internacionais de Direitos Humanos vigentes. Partindo disso, os impactos estruturais/financeiros e humanos causados em face da pena, promovem uma imposição desproporcional de dor aos encarcerados que vai além das finalidades que compactuam com esse instituto.

Seguindo a lógica das palavras de Rui Barbosa, a extensão da pena limite de trinta para quarenta anos significa nada mais do que um eufemismo da pena perpétua ou da pena de morte, visto que o encarcerado é submetido a maior parte de sua vida à privação de sua liberdade, em um ambiente de baixíssima qualidade de vida.

Ademais, a alteração do tempo máximo de cumprimento efetivo da pena privativa de liberdade afeta diretamente a situação do sistema prisional brasileiro. Segundo dados do último levantamento do DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), a população carcerária no ano de 2020 chega a mais de 700 mil pessoas privadas de liberdade, o que coloca o país entre os primeiros no ranking dos que mais encarceram no mundo. A estrutura dos presídios, no entanto, nitidamente não comporta a quantidade de presos, visto que a grande maioria dos presídios apresenta superlotação da capacidade de presos.

Esse é um problema que vem se arrastando há um bom tempo, fazendo com que o Supremo Tribunal Federal declarasse o sistema carcerário como um "Estado de Coisas Inconstitucional" por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347/15, levando em conta a violação generalizada e sistêmica de direitos

fundamentais, além da inércia ou incapacidade das autoridades públicas diante da situação.

O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional por parte da Suprema Corte permite a adoção de medidas que visam auxiliar os demais poderes de forma a contribuir para a melhora da situação carcerária nacional. Algumas medidas adotadas foram a proibição do Poder Executivo contingenciar os valores do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), e a determinação de que juízes e tribunais passem a realizar audiências de custódia em um prazo de até 24 (vinte e quatro) horas do momento da prisão.

Ainda assim, o aumento da pena máxima no Direito Penal diante de um sistema penitenciário totalmente despreparado para essa mudança tende a piorar ainda mais a dura realidade dos presídios. Desta forma, entendem os juristas Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa (2021) que é desnecessário fazer qualquer análise sob a ótica da criminologia para concluir que aumento do tempo de cumprimento das penas não é sinônimo de menos crime ou menos violência, mas sim o contrário, apenas sinônimo de mais barbárie as quais os encarcerados são submetidos dentro dos presídios brasileiros.

5 ANÁLISE DA ATUALIZAÇÃO DA NORMA SEM MARGENS DE RETROCESSOS

Muito se fala em “retrocesso das normas do Direito Penal” em face da atuação no âmbito forense e regulamentar das leis, partindo da falsa visão de que “punir mais significa punir melhor”, na qual só faria sentido se o sistema penitenciário tivesse a infraestrutura necessária para receber os apenados de forma minimamente humana, sem superlotação, com a devida assistência em todos os âmbitos, para que de fato a pena cumpra seu objetivo, finalidade e função ressocializadora da pena. Aduz ainda Saraiva (2020, p. 184) que por certo que quarenta anos no cárcere é uma experiência de morte em vida uma vez que, a reclusão dentro de tais aspectos repassam efeitos de perpetuidade do cárcere privado.

De acordo com a análise de Bitencourt (2018) a respeito das atualizações das leis penais em vista da contemporaneidade da nova sociedade, não se debate a essencialidade as inovações concebidas pelo Direito Penal através dos anos, desde que não retroceda a costumes repudiados pela vigente Constituição Federal, Tratados Internacionais de Direitos Humanos e leis federais. Não se pode abrir mão dos direitos e garantias fundamentais adquiridas historicamente, no qual foram conquistados através da luta da democracia e atualmente são representadas e expressadas por estes meios normativos.

Neste sentido, levando em consideração a possível violação aos princípios norteadores do Direito e a instabilidade do sistema prisional brasileiro, os legisladores não devem se atentar somente ao crescimento da expectativa de vida populacional da comunidade brasileira, mas também em resguardar todos os direitos e garantias

fundamentais conquistados por brasileiros através de vários movimentos populares, adquiridos desde o período colonial até a atual forma de Estado democrático de Direito.

Por certo, a justificativa apresentada pelo legislador para uma alteração tão significativa quanto o aumento do limite de cumprimento da pena privativa de liberdade de 30 para 40 anos não pode, em hipótese alguma, ser tão vaga e generalista. Devem ser analisados diversos outros fatores além do aumento da expectativa de vida da população em geral e a mudança na natureza dos crimes, como o cenário em que se encontram os apenados dentro das penitenciárias, e, conseqüentemente, a reduzida expectativa de vida desta parcela da específica da população, que é a parte diretamente afetada por esta mudança.

O atual condicionamento da crise carcerária que assola o Brasil repassa um contraste semelhante às imparcialidades historicamente registradas, relatadas e presenciadas pela humanidade, como é o caso do surgimento da lei de talião com a legalização do “olho por olho, dente por dente”, estancou de uma certa forma as exterminações tribais causadas pela vingança sem limites ou proporcionalidade desses meios de sanção, que no próprio período medieval, a Inquisição e a própria Igreja Católica sentenciavam a penas desumanas os condenados. Partindo disso, a atual lei nº 13.964/2019 tem o nascimento concretizado através do clamor público e orientação política, satisfazendo uma falsa sensação de justiça com empenho em prerrogativas de inquisição, bem como vários fatores que se demonstram favoráveis para determinadas pessoas e classes sociais, desigualdades essas que nos assolam desde épocas medievais devido aos processos da revolução industrial e globalização.

6 CONCLUSÃO

Conforme referido durante o presente estudo, a alteração do limite de cumprimento da pena privativa de liberdade pelo art. 2º da Lei nº 13.964/2019 possui um grande potencial de ferir direitos fundamentais resguardados pela Constituição Federal de 1988, tal como demonstrado por uma série de razões apontadas.

A priori, é possível identificar que o aumento do limite da pena privativa de liberdade pelo art. 2º do Pacote Anticrime vai de encontro à teoria mista, que rege a finalidade da pena no direito penal brasileiro. Ao dilatar o tempo máximo de cumprimento da pena, a referida legislação abre mão da função educativa/ressocializadora da pena em detrimento da função exclusivamente punitiva, o que viola sistematicamente direitos fundamentais dos apenados.

Sob a ótica constitucional, este aumento do limite de cumprimento da pena privativa de liberdade, advindo de uma legislação de caráter eminentemente punitivo, é potencialmente inconstitucional, vez que as justificativas apresentadas são vagas, sendo

necessário a análise de diversos outros fatores para realizar uma alteração tão significativa quanto o referido aumento do limite da pena, como a realidade em que se encontra os presídios brasileiros, ferindo princípios fundamentais, conforme reconhecido pela ADPF n. 347/15.

Ademais, não se pode olvidar da importância de manter a legislação atualizada ao contexto social e o surgimento de novas necessidades. Entretanto, esta atualização jamais se justificaria ao ferir preceitos resguardados pela Carta Magna, visto que tamanho seria o retrocesso, vislumbrando períodos sombrios da história humana. Deste modo, é essencial que, ao realizar atualizações na norma penal, o legislador cuide de analisar detalhadamente todo o contexto e os impactos a serem causados por tal mudança, seja a curto, médio ou longo prazo.

Isto posto, ante o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pela ADPF nº 347/15, este estudo entende que a alteração do limite de cumprimento da pena privativa de liberdade é inconstitucional, porquanto fere a diversos incisos do art. 5º da CF/88, principalmente o inciso XLVII, que veda a aplicação de penas de caráter perpétuo e cruéis, e o princípio da humanidade, presente no inciso XLVII, tendo em vista que o cumprimento de 40 anos de pena na realidade sub-humana das penitenciárias do país, que viola de forma sistêmica e generalizada os direitos fundamentais dos apenados, acaba por submeter o apenado à morte em vida.

Por fim, cumpre destacar que o presente artigo não possui a pretensão de esgotar e findar a discussão acerca do tema abordado, vez que ainda é um assunto pouco abordado devido ao pouco tempo de alteração. Assim, ainda são necessários mais estudos, enriquecendo o debate acerca desta significativa mudança na pena privativa de liberdade.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal - v. 1: parte geral (arts. 1 a 120). 24. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

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

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Reentradas e reiterações infracionais: um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros/** Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2019

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

_____. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984. **Lei de execução Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm > Acesso em: 1 maio 2021.

_____. Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm > Acesso em: 12 mar. 2021.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF [online]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Inteiro Teor do Acórdão, 09 set. 2015. Disponível em: < <https://goo.gl/vAsbpZ> >. Acesso em: 5 maio 2021.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Presos em Unidades Prisionais no Brasil**. Disponível em: < <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMjU3Y2RjNjctODQzMm00YTE4LWwMDAtZDIzNWQ5YmIzMzk1IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThIMSJ9> > Acesso em: 4 maio 2021.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Pacote Anticrime: um ano depois**. São Paulo: Saraiva, 2021.

MASSON, Cléber. **Direito Penal: Parte geral (arts. 1º a 120)**. 14. ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

MENDES, Soraia da Rosa; MARTINEZ, Ana Maria. **Pacote Anticrime: Comentários críticos à Lei 13.964/2019**. São Paulo: Atlas, 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal - Parte Geral**. 5. ed. - Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

VELASCO, Clara; CAESAR, Gabriela; REIS, Thiago. Brasil tem 338 encarcerados a cada 100 mil habitantes; taxa coloca país na 26ª posição do mundo. **G1**, 2020. Disponível em: < <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/02/19/brasil-tem-338-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-taxa-coloca-pais-na-26a-posicao-do-mundo.ghtml> > Acesso em: 12 mar. 2021.

VILARINS, Jordanna Abadia da Silva de Moraes. **Política criminal e a Função Social da pena**. Âmbito Jurídico. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/politica-criminal-e-a-funcao-social-da->

pena/#:~:text=A%20pena%20tem%20a%20finalidade,fun%C3%A7%C3%A3o%20de%20r
essocializar%20o%20indiv%C3%ADduo%2C > Acesso em: 30 abr. 2021.

UMA ANÁLISE DO TRATAMENTO ACERCA DOS DANOS PSÍQUICOS EM DECISÕES

MARIA MADALENA DOS SANTOS SILVA:

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

GILBERTO ANTÔNIO NEVES PEREIRA DA SILVA ¹⁴

(orientador)

RESUMO: A sociedade atual se depara com o maior índice de agravo de saúde mental em escala global. Estudos demonstram a capacidade do atual cenário veloz em provocar os casos de doenças psicológicas. Sob essa perspectiva, surge a necessidade de reparação de eventuais violações causadas aos direitos de cada pessoa, matéria desenvolvida pelo diploma civil. É de fundamental relevância social e jurídica, uma vez que a pífia exploração acerca da temática traz prejuízos às partes que necessitam da tutela jurisdicional para satisfação do seu direito proporcional ao dano sofrido. A relevância é fundamental, uma vez que a escassa discussão acerca da temática traz prejuízos as partes que necessitam da tutela jurisdicional. Face a este cenário, surge a problemática acerca do tema, a aplicabilidade da Responsabilidade Civil nos casos de configuração de danos psíquicos na lide processual, na qual assumirá a abordagem qualitativa científica, busca uma maior compreensão do tema, assim como, no que se referem aos objetivos, trata-se de pesquisa descritiva uma vez que almeja apresentar o objeto de estudo e, por fim, vale mencionar que se trata de pesquisa bibliográfica, em virtude de realizar levantamentos em livros, artigos, dissertações e documentos, em razão da análise de jurisprudências acerca do tema.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Dignidade da Pessoa Humana e Danos Psíquicos.

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceito de Responsabilidade Civil. Princípio da Dignidade da Pessoa humana. 4. Dos Direitos Fundamentais. 5. Da Responsabilidade Civil. 5.1. Danos Materiais. 5.2. Danos Morais. 5.3. Danos Psíquicos. 5.3.1. Os danos psíquicos e o contexto judicial. 6. Entendimento dos Tribunais Brasileiros. 7. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade atual se depara com o maior índice de agravo de saúde mental em escala global. Como é cediça, a justificativa do atual quadro decorre de muitos fatores, dentre eles a velocidade exponencial de circulação de informações e a maior

¹⁴ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. *E-mail*: mada.santos@icloud.com

³ Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. Mestre em Direito *E-mail*: gilberto0814@gmail.com

acessibilidade de cada indivíduo a estas. Dessa forma, verifica-se a mudança comportamental da sociedade, a qual se torna mais exigente e detalhista, exaurindo horas em redes sociais e transformando-as em vitrine social, palco de constante julgamento. Nessa conjuntura, estudos demonstram a capacidade do atual cenário veloz em provocar a ascensão dos casos de doenças psicológicas.

Em contrapartida, positivamente, o aumento do acesso à informação, trouxe maior conhecimento acerca dos direitos individuais e sociais da população em geral o que, mais uma vez, aumenta a exigência da sociedade no seu devido cumprimento pelas instituições, sejam públicas ou privadas. É nesse cenário de controvérsias que ocorrem vários danos aos mais vulneráveis, podendo ser de natureza material, moral e, até mesmo, psíquica.

A Constituição cidadã de 1988 traz no bojo inicial do seu texto o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Este posicionamento demonstra, conforme os estudiosos, a posição de destaque dada ao referido princípio, o qual irradia em toda a Carta Magna e nos desdobramentos do ordenamento jurídico brasileiro. Inclusive, é imprescindível compreender a sua irradiação nas demais áreas do Direito (BASTOS, 2020).

Outrossim, sob a égide do meta princípio supracitado, verifica-se a incorporação dos Direitos Humanos no texto constitucional, tornando-se, por conseguinte, nos Direitos Fundamentais, os quais são de observância obrigatória e representam limitações à excessos quanto a pessoa na sua individualidade. Sob essa perspectiva, surge a necessidade de reparação de eventuais violações causadas aos direitos de cada pessoa, matéria desenvolvida pelo diploma civil.

Na seara da Responsabilidade Civil, no que se refere aos danos, ocorre uma clara confusão entre o dano psíquico e o dano moral. Contudo, à princípio, sabe-se que, enquanto o Dano Moral é de natureza subjetiva e geral, o Dano Psíquico apresenta-se como identificação de menor complexidade, devido a sua maior especificidade em relação ao dano moral, este gênero, aquele, espécie. Nesse sentido, o presente estudo objetiva esclarecer a necessidade da distinção entre os danos mencionados e os reflexos judiciais decorrentes desta.

Dessa forma, o presente estudo é de fundamental relevância social e jurídica, uma vez que a pífia exploração acerca da temática traz prejuízos as partes que necessitam da tutela jurisdicional para satisfação do seu direito proporcional ao dano sofrido. Ao contrário dos danos materiais, devido a sua subjetividade, o judiciário encontra dificuldade em aplicar razoavelmente suas decisões no que tange os danos morais, com a finalidade de atender e prevenir novos casos decorrentes da mesma situação, visto que é desejável pela sociedade a efetivação do efeito preventivo-repressivo das condenações indenizatórias (JUNIOR, 2012).

Desse modo, este estudo abordará a problemática proposta de forma qualitativa, analisando a jurisprudência pátria à luz da regulamentação jurídica brasileira, fazendo uso, também, de procedimentos técnicos metodológicos, quais sejam: pesquisa bibliográfica, inclusive, por meio eletrônico, através da revisão de livros e pesquisa documental, assim como mediante exame da jurisprudência pertinente ao tema.

2. Conceito de Responsabilidade Civil

Por responsabilidade civil entende-se a obrigação de uma pessoa reparar o dano causado à outra pessoa, seja por sua ação ou omissão, sob sua responsabilidade, seja de um dependente. Logo a responsabilidade civil é uma obrigação legal contínua decorrente da violação da obrigação legal original. No Brasil, o ordenamento jurídico estabelece as regras necessárias para o bom convívio social. Essas regras tratam da responsabilidade civil e garantem que os danos sejam reparados a todos aqueles que as cumprirem por meios amigáveis ou judiciais. Ademais o dever de indenizar decorre tanto de uma conduta comissiva ou omissiva, em relação a primeira o sujeito pratica uma ação, que desta acaba por violar uma norma jurídica imposta em lei, ocasionando danos que necessitam de reparação, no tange a conduta omissiva para que o agente venha ser responsabilizado, é imprescindível, que antes desta omissiva por sua parte, exista uma norma anterior imposta a ele a ser cumprida, assim com a conduta do não agir, causa dano, logo deixou que fazer o que estava imposto pela lei, assim infringir direitos, nesse sentido, aquele que sofreu o dano por a conduta omissiva deve de tal maneira ser indenizado.

Na vida social, qualquer atividade que prejudique outros membros causará certo desequilíbrio esta atividade nociva pode causar danos materiais e morais, portanto, para restaurar um equilíbrio social harmonioso, o autor do dano deve reparar o dano causado.

A obrigação moral ou legal de reparar o dano causado e restabelecer o equilíbrio social transmite de imediato o conceito de responsabilidade, ou seja, a obrigação de pagar, de ser responsável por determinado comportamento ou ação. Na vida social, no estado de direito, começamos a formular códigos de conduta e com eles vêm obrigações e direitos. Ao passo que aquele que infringir os direitos de outrem por meio de atos ilícitos, causando dano material ou moral, a causa do dano é a obrigação estabelecida e regida pela legislação de determinada sociedade, que é o surgimento da responsabilidade civil.

3. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O Estado Democrático de Direito representa a participação ativa da sociedade e compõe como finalidade a garantia do respeito, pelo Estado, aos direitos humanos, às liberdades civis, assim como às garantias fundamentais, refletindo, assim, uma segurança

jurídica necessária para pelo desenvolvimento do indivíduo. Ademais, traz como eixo central de observância e interpretação o princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Por sua vez, pela sua abstração, o princípio supracitado é configurado como de difícil conceituação pela doutrina jurídica brasileira. Assim, mesmo sem um consenso universal, muitos autores estabelecem que este represente a proteção do indivíduo contra os abusos do Estado. Segundo Tavares (2020), além da garantia negativa, da proteção contra a violação de direitos, a dignidade humana representa a afirmação positiva do direito à autodeterminação, a qual é anterior até mesmo da predeterminação da natureza.

Sabe-se que houve um movimento nas mais diversas nações, a começar pelos europeus, na quebra de paradigmas no sentido da formação da sociedade e as funções de cada classe social, seus contextos e seus direitos. Nessa senda, principalmente com o advento da Revolução Francesa e o surgimento do fenômeno da constitucionalização, verificou-se a instituição dos direitos fundamentais como alicerce para a construção de cada nação.

Nesse mesmo seguimento, o Brasil paulatinamente foi incorporando nas suas constituições os Direitos Fundamentais, numa linha não linear, mas importante para o atual contexto pátrio.

Compreendido logo no artigo 1º, inciso III, da Carta da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), o princípio da dignidade da pessoa humana fornece aos operadores do direito e demais intérpretes, um alicerce qualitativo essencial para a correta compreensão de toda a aplicabilidade do ordenamento jurídico, assim como a compreensão da finalidade de cada norma, uma vez que toda a ordem jurídica é pautada e guiada para o devido atendimento ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana (Rivabem, 2020).

Desse modo, também é caracterizado como o princípio norteador da República, como uma base indispensável do Estado Democrático de Direito, o supra princípio flui seus diversos reflexos envolvendo todo o ordenamento jurídico.

Nesse sentido, conforme perfeitamente explana Rivabem (2020), concebe-se este princípio como uma espécie de parâmetro objetivo da hermenêutica jurídica constitucional, visto que a interpretação, integração e, por conseguinte, a aplicação de todo o sistema jurídico brasileiro resta pautado sob o manto da Dignidade da Pessoa Humana.

Nessa conjuntura, é de fácil compreensão que, na verdade, a abstração do magno princípio da dignidade da pessoa humana é imprescindível para sua integralização e

adequação as mais variadas legislações recepcionadas pela CF/88, e futuramente produzidas pelo Poder Legislativo no exercício de sua atividade típica, mesmo que em diferentes épocas e contextos sociais, ou seja, graças a sua abstração, o princípio consegue facilmente se adaptar as particularidades de cada área jurídica e tempo. Assim, tal abrangência possibilita sua incorporação às normas com a devida compatibilização apesar de, em resumo, partir da mesma ideia (BASTOS, 2019).

Outrossim, urge mencionar que existe uma íntima relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais. Em que pese aquele não estar incorporado à este no texto constitucional, observa-se que a razão é proposital pelo constituinte originário na respectiva Assembleia Nacional Constituinte em 1988.

Embora o legislador originário tenha decidido pela localização diversa ao princípio, destacando-o logo no Título I, artigo 1º, da Constituição como fundamento da República brasileira, é incontestável que este se encontra interligado aos Direitos Fundamentais dispostos logo no Título II, assim como supracitado (BRASIL, 1988). A posição estratégica do princípio da dignidade humana o coloca como princípio fundamental, exercendo toda a importância já retromencionada como princípio-vetor.

Assim, atribui-se ainda mais força aos Direitos Fundamentais, uma vez que estes devem estar em estrita observância ao super princípio, que protege todo o direito inerente ao ser humano. Sob a mesma linha de pensamento, Barcellos (2019) dispõe que a dignidade do indivíduo é prestigiada e devidamente alcançada à medida que os seus direitos fundamentais de cada pessoa são observados, ainda que a dignidade não se limite a estes.

Por último, cabe salientar que os Direitos Fundamentais e a Dignidade Da Pessoa Humana compõem o Estado Democrático de Direito, o qual se fundamenta no exercício e aplicabilidade de suas defesas.

4 Dos Direitos Fundamentais

Salienta-se a relevância explicar os Direitos Fundamentais e a sua importância como garantia da não violação dos direitos de cada indivíduo na sua particularidade.

Em rol exemplificativo na Constituição Federal de 1988, os Direitos Fundamentais representam o conjunto de direitos imprescindível para o pleno desenvolvimento da pessoa no meio sociais e individualmente, assim, concretizam os direitos inerentes a cada ser humano com vida. Nesse seguimento, verifica-se a determinação das limitações aos antigos abusos poder estatal, o qual, além de limitado, assume o novo papel de garantidor desses direitos, face à esfera privada de cada indivíduo.

Ademais, é importante diferenciar o notável Direitos Humanos dos Direitos fundamentais, cada vez mais conhecido pela sociedade. Embora sejam estritamente semelhantes, em outras palavras, apesar de dispuserem do mesmo conteúdo, os Direitos Humanos são aqueles dispostos e aceitos no plano internacional. Por sua vez, os Direitos fundamentais possuem seu âmbito de incidência nacional, ou seja, eles se diferenciam quanto ao âmbito do seu positivismo, enquanto os Direitos Humanos pertencem à seara internacional, os Direitos Fundamentais concernem a norma nacional.

Assim, em concordância com Alvarenga (2019), os Direitos Fundamentais constituem sua essência nos Direitos Humanos, porém adquirem esse status à medida que são positivados na Constituição de cada país, enquanto os Direitos Humanos permanecem previstos nos tratados internacionais, sendo, pois, indispensáveis para o respeito à Dignidade Humana.

Nesse sentido, assim se denota a questão, uma vez que o constituinte originário possui a prerrogativa da incondicionalidade e ilimitabilidade, detendo a discricionariedade de estabelecer e incorporar os Direitos Humanos, constitucionalizando-os e, partir desse momento, adquirir a forma de Direitos Fundamentais. Dessa forma, compreende-se que o reconhecimento dos Direitos Humanos precede os Direitos Fundamentais.

Dessa forma, a evolução dos Direitos Fundamentais perpassa um longo e gradativo processo histórico-cultural, representando a repercussão de variados conflitos, revoluções e modificações sociais, em diferentes épocas e para cada território, ascendendo conforme o contexto social de cada sociedade.

À vista disso, em consequência ao desenvolvimento histórico retro mencionado, os estudiosos explicam o surgimento dos Direitos fundamentais destacando marcos fundamental que os caracterizam em dimensões ou gerações, em virtude do seu caráter cumulativo e da não simultaneidade desses direitos, ocorrendo conforme cada contexto social o seu surgimento. Ademais, o conceito de dimensões ou gerações se estabelece em razão da não supressão das realizações anteriores, consoante Santos; Simeão (2020), face ao advento de novos direitos.

Nesse seguimento, tem-se tradicionalmente, em resumo, a classificação em três dimensões e, posterior a constante evolução social e a democratização da internet, a apresentação de mais duas dimensões. Nesse sentido direitos da personalidade são dotados de características especiais porque se destinam a proteger com eficácia todos os atributos de uma pessoa, a fim de proteger e garantir sua dignidade como valor básico. Dessa forma tal proteção aos direitos da personalidade podem ser realizados por muitas áreas do sistema jurídico. Portanto, existem vários regulamentos disciplinares que enfocam esta questão. A proteção do direito da personalidade é basicamente a

obrigação de reparar o dano mental ou delito causado pelo direito da personalidade. Frisa-se o artigo 52 do CC / 02 estipula claramente a proteção do direito da personalidade e artigo 12 do mesmo código trata do princípio da prevenção e da indenização em caso de dano aos direitos da personalidade, além de outras disposições, existem disposições sobre a matéria. Ademais observar-se a consonância entre os direitos fundamentais e o direito da personalidade. Nessa diapasão pode-se dizer que o ordenamento Jurídico Brasileiro protege, expressamente, os direitos da personalidade, seja através de ação preventiva ou como repressão quando no caso o ato, digo, a violação já foi feito ao um direito civilmente protegido.

Fazem parte dos direitos fundamentais os direitos da personalidade materializam direitos subjetivos que individualizam as características e os atributos próprios da personalidade humana. Código Civil Brasileiro aborda em um capítulo próprio, os direitos da personalidade (arts. 11 a 21). Os direitos da personalidade, especialmente no que concerne o direito à vida, à integridade e à liberdade física e moral, oferecem conflito entre os direitos da personalidade, em um ponto, e, de outro, direitos ou bens de natureza diferente, quando se trata de limitar ou negociar um direito da personalidade.

5. Da Responsabilidade Civil

O artigo 186 do Código Civil dispõe da seguinte forma: “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). Surge a partir deste dispositivo legal a ampla matéria da Responsabilidade Civil no direito brasileiro.

Desse modo, a Responsabilidade Civil corresponde à obrigação de reparar o dano que uma pessoa causar a terceiro. Como é cediço, no Direito, a teoria da responsabilidade civil busca determinar as condições as quais um indivíduo pode ser considerado responsável pelo dano sofrido a outra pessoa, assim como precisar em que medida se estar obrigado a repará-lo. Ademais, cumpre informar que a reparação do dano se consuma por intermédio da indenização, quase sempre pecuniária.

Assim, o *códex* civilista reserva o capítulo I, do Título IX que se refere à Responsabilidade Civil, para tratar acerca da obrigação de indenizar, e seu capítulo II acerca da indenização (BRASIL, 2002).

O artigo 927, que inaugura o tema do código civil, estabelece (BRASIL, 2002):

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.

O artigo ora mencionado, ratifica o cerne da questão quanto à reparação do dano, o que pode ser à integridade física, à honra ou aos bens de uma pessoa.

Igualmente, ressalva uma das espécies da responsabilidade no seu parágrafo único, ao trazer a independência da culpa para a configuração da obrigação de reparar o dano, contudo, nos casos prescritos em lei, ou, ainda, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, em risco para os direitos de terceiros.

O tema da responsabilidade sofre bifurcação no sentido determinar a responsabilidade em subjetiva e objetiva. Constitui a principal característica da responsabilidade subjetiva a intenção do à gente, ou seja, a comprovação da existência de dolo ou culpa por parte do causador do dano. Logo, por compreender que esta intenção representa a subjetividade, conceitua-se que a responsabilidade subjetiva é aquela que depende da existência de dolo ou culpa por parte do agente delituoso.

Por sua vez, a responsabilidade objetiva advém da violação ao direito de outra pessoa ou da prática de um ilícito, contudo, independe da aferição de culpa ou dolo para ser provada e questionada. Nesse sentido, a responsabilidade objetiva é exatamente o contrário da Responsabilidade Subjetiva.

Em suma, submergindo rapidamente no parágrafo único do artigo 927, do Código Civil de 2002, em se portando a Responsabilidade Civil na seara do direito privado, verifica-se espaço para a discussão quanto à culpa pelo evento danoso para o nascimento do dever de indenizar. Por outro lado, no campo do direito público e do difuso ou coletivo o dever de indenizar surge, basicamente, com a demonstração da conduta ou ato humano, nexos de causalidade, dano ou prejuízo (MORAES, 2018).

Ademais, depois de superada a classificação da responsabilidade civil, verifica-se a existência dos tipos de dano, qual sejam os danos materiais e os danos morais. Consoante Moraes (2018), o dano material abrange o dano emergente e lucro cessante, o que exige a comprovação documental deste, uma vez que se trata de dano patrimonial. Por seu turno, o dano moral consiste numa lesão a interesse não patrimonial, uma violação a um estado psíquico do indivíduo.

Dessa forma, trata-se a responsabilidade civil o dever em restituir ou restaurar o patrimônio do ofendido, ou fazendo voltar o mais próximo possível ao estado *quo* antes da ação ou omissão causadora do dano (MORAES, 2018).

Ademais, depois de superada a classificação da responsabilidade civil, verifica-se a existência dos tipos de dano, qual sejam os danos materiais e os danos morais. Consoante Moraes (2018), o dano material abrange o dano emergente e lucro cessante, o que exige a comprovação documental deste, uma vez que se trata de dano patrimonial. Por seu turno, o dano moral consiste numa lesão a interesse não patrimonial, uma violação a um estado psíquico do indivíduo.

Dessa forma, trata-se a responsabilidade civil o dever em restituir ou restaurar o patrimônio do ofendido, ou fazendo voltar o mais próximo possível ao estado *quo* antes da ação ou omissão causadora do dano (MORAES, 2018).

5.1 Dos Danos Materiais

Inicialmente, cumpre ressaltar o que fora anteriormente mencionado, o dano material, diferentemente do dano moral, necessita, em regra, de prova efetiva para ser comprovado, uma vez que se atinge o patrimônio material do terceiro.

O artigo 402 do Código Civil, ao determinar que as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar, salvo as exceções expressamente previstas em lei, realiza a subclassificação dos danos materiais em danos emergentes ou lucros cessantes (BRASIL, 2002).

Assim, por se tratar de prejuízos facilmente calculados, o dano material trata dos prejuízos materiais em decorrência de algum dano causado a *outrem*. Assim, os danos materiais correspondem às despesas advindas de uma conduta ilícita, seja de pessoa física ou de pessoa jurídica. Desse modo para corroborar com o exposto expõem-se entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO. DEMANDA CONDENATÓRIA. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS. CONSUMIDOR. ACIDENTE. EXERCÍCIO FÍSICO. ACADEMIA DE PILATES. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO NO BRAÇO. PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NEXO CAUSAL. CONDUTA E DANO. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR. RISCO DA ATIVIDADE. DANO MORAL. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. CABIMENTO. DANO MATERIAL. COMPROVAÇÃO. RESSARCIMENTO. DANO ESTÉTICO. OCORRÊNCIA. COMPENSAÇÃO DEVIDA. CUMULAÇÃO. PRECEDENTE. DEVER DE INFORMAÇÃO. 1. A responsabilidade civil dos fornecedores de produtos e serviços é objetiva, fundada no risco da atividade por eles desenvolvida, ou seja, não é necessário perquirir a existência da culpa. [...] 4. No que tange à fixação do dano moral, considerando os

princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a compensação deve servir de punição e alerta ao ofensor, a fim de proceder com maior cautela em situações semelhantes (efeito pedagógico e sancionador), mostrando-se, na hipótese, o valor fixado razoável e proporcional, considerando as especificidades do caso concreto. 5. O valor da compensação atenderá a repercussão do dano na esfera íntima do ofendido, as suas próprias circunstâncias, a sua extensão e, ainda, ao potencial econômico-social do obrigado ao ressarcimento. 6. Comprovados os danos materiais, por meio de notas fiscais, estes serão devidos. 7. A indenização pelo dano estético visa compensar os reflexos causados na autoestima do indivíduo, em razão das deformidades fisicamente perceptíveis. 8. É permitido cumular valores autônomos, um fixado a título de dano moral e outro a título de dano estético, derivados do mesmo fato, quando forem passíveis de apuração separada, com causas inconfundíveis. (Súmula 387 do STJ). [...] 10. São direitos básicos do consumidor, a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem (art. 6º, inciso III, do CDC). 11. Recurso conhecido e provido.

(STJ- Resp:1763156 RS 2018/0221390-8, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLZZE, Data de publicação: DJ 19/12/2018)

Dessa forma, em regra, cabe à vítima comprovar o dano material sofrido, devendo anunciar o fato que constitui o seu direito e qual a extensão do seu prejuízo. Nessa conjuntura, entende-se que o dano material não permite presunção, ao contrário do dano moral, e, então, torna-se imprescindível a comprovação do fato violado e qual o prejuízo a ser reparado.

5.2 Dos Danos Morais

Por outro lado, identifica-se o dano moral quando o ânimo psíquico, moral e intelectual de uma pessoa são afetados, seja por ofensa à sua honra, intimidade, privacidade, nome, imagem ou em seu próprio corpo físico, o que poderá estender-se ao dano patrimonial caso a ofensa resultar, de alguma forma, o impedimento ou a dificuldade do exercício de atividade profissional da vítima.

Assim, o dano moral se relaciona às lesões sofridas pela pessoa, compondo violações de natureza não econômica, ou seja, é quando um bem de circunscrição moral, como a honra, é atingida negativamente. Nesses casos, compete ao juízo examinar as provas constantes no processo, por intermédio de perícia, testemunhas e

documentos, a fim de prolatar uma sentença que defina o acolhimento ou não da indenização pleiteada pelo agente, assim como, sob a proporcionalidade e a razoabilidade, caso positiva a pretensão, definir o *quantum* da reparação. Entretanto, sabe-se que não existe uma fórmula estabelecida que compreenda a produção da quantificação dos valores de indenização. Nesse sentido, resta ao juiz o dever de analisar caso a caso, conforme as particularidades de cada, sob o manto dos princípios da razoabilidade e da equidade.

Além disso, verifica-se a necessidade de considerar a intensidade e a duração da experimentação do sofrimento pelo requerente, assim como a capacidade financeira e socioeconômica das partes e demais contextos que cada caso possui, especificamente, para mensurar e transformar o dano em pecúnia, capaz de atuar na supressão do dano e na sua prevenção, uma vez que pretende coibir que ações semelhantes futuramente aconteçam.

É de suma importância, também, para a construção da conformação da lesão, analisar o grau de culpa do causador do evento danoso e, assim como supracitado, a extensão desse dano causado, visto que não é finalidade da ação o enriquecimento ilícito do requerente, com valores desproporcionais, porém, também se busca evitar que o magistrado arbitre valores insuficientes para ressarcir à vítima, desconstituindo o cunho pedagógico para a situação confrontada.

Contudo, cumpre mencionar a diferença realizada pela doutrina e concretizada pela jurisprudência de que há uma significativa diferença entre dano moral e mero aborrecimento também chama de dissabor. Apesar de definido a muitos anos, Cianci (2007) define exatamente a diferença entre eles. Segundo a autora, é a concepção de que certos dissabores presentes no cotidiano não justificam reparação por danos morais, visto que fazem parte naturalmente dos desafios diários da vida em comunidade, e não representam humilhação e dor de forma extraordinária, constituindo, apenas, um mero aborrecimento.

Desse modo, o dano moral caracteriza-se como a ofensa ou violação direta e concreta dos bens de cunho moral no que se referem à liberdade, à honra, à saúde física e mental, à imagem, de qualquer pessoa.

Dos Danos Psíquicos

Em que pese à percepção geral enquadrar os Danos Psíquicos como uma subespécie dos Danos Morais, cada vez mais se evolui no sentido de que estes não se confundem. Consoante Santos; Araújo (2019), os danos psíquicos representam a modalidade de responsabilidade civil concebida como lesão parcial ou global das faculdades mentais do indivíduo. Nesse sentido, inauguram os questionamentos acerca

das imprecisões doutrinárias e jurisprudenciais à respeito da utilização de danos morais como sinônimo de danos psíquicos.

Em uma análise precisa do dano moral e psíquico, verifica-se que a presença deste último implica na disfunção, distúrbio ou transtorno mental da vítima, ou até mesmo no desenvolvimento psicogênico ou psico-orgânico que, atingindo as esferas afetiva, intelectual ou volitiva, são capazes de limitar a capacidade do indivíduo em gozar de maneira saudável as convivências individuais, familiares, atividade laborativa, ou sociais (SANTOS; ARAUJO, 2019).

Nesse seguimento, o Dano Psíquico deve ser comprovado através de perícia médica e análise de todo o contexto, caso a caso, uma vez que se trata da seara subjetiva, assim como os Danos Morais. Contudo, evidencia-se a necessidade da rearticulação para criação de novos dispositivos legais, com o escopo de combater mais precisamente o dano e, assim, proteger satisfatoriamente o bem da integridade mental e privacidade mental, tutelado como bem à saúde, que embora pouco discutido, é causado em proporção avassaladora.

Dessa forma, compreendendo o âmbito da proteção à saúde, o Dano Psíquico não se confunde com os Danos Morais, devendo ser adequadamente individualizados a fim de que haja decisões mais justas e que efetivamente atendam o fim pedagógico almejado pelas sentenças indenizatórias. Comprovando esse entendimento o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul através do Acórdão abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. COMENTÁRIO EM REDE SOCIAL. CONTEÚDO OFENSIVO À HONRA DA PARTE AUTORA. INJÚRIA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. Incontroverso nos autos que o requerido publicou na rede social Facebook comentário com expressão de caráter ultrajante e pejorativo a respeito do autor, estando nítida a intenção de ofender-lhe a honra, resta configurada a injúria, impondo-se o reconhecimento dos danos morais, que são presumidos, na hipótese. Direito à livre manifestação do pensamento que deve ser compatibilizada com outros direitos fundamentais, dentre os quais a imagem, honra e dignidade alheias. Dever de indenizar reconhecido. QUANTUM INDENIZATÓRIO. FIXAÇÃO. Em atenção aos parâmetros estabelecidos pela doutrina e jurisprudência pátrias para a fixação do montante indenizatório, atento às particularidades do caso concreto, o quantum de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), acrescido de correção monetária e juros moratórios legais, se mostra razoável e proporcional. Ônus de sucumbência invertido. APELAÇÃO PROVIDA.

(TJ-RS - AC: 70061357265 RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Data de Julgamento: 25/09/2014, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: 07/10/2014)

Nesse quadro, a valoração e extensão do dano moral é prerrogativa atribuída ao julgador, uma vez que o dano moral fere o íntimo do ofendido, sem chance de análise técnica, no caso as alegações somente tem o objetivo de atingir o livre convencimento do magistrado.

5.3.1 Os danos psíquicos e o contexto judicial

Conforme desenvolvido anteriormente, o Dano Psíquico representa uma espécie de dano autônoma ao Dano Moral, uma vez que pode interferir tanto na seara patrimonial quanto na não patrimonial, não sendo, pois, correto condicioná-lo à existência de sofrimento relacionada à lesão sofrida, como realizado no caso dos Danos Morais, visto que compreende a proteção à saúde.

Assim, face a não distinção clara e pacífica entre os Danos Morais e os Danos Psíquicos, constata-se que no contexto judicial a efetivação da plena satisfação do dano ainda caminha paulatinamente.

6. Entendimento dos tribunais brasileiros

Como é sabido, a Constituição Federal de 1988 inaugura no art. 196 os dispositivos que tratam da saúde (BRASIL, 1988):

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Desse modo, de acordo com Santos; Araújo (2019), o direito fundamental à saúde reúne o conjunto de normas que se voltam para o bem-estar físico, mental e social do indivíduo inserido no contexto da comunidade. Assim, não é simplório realizar a divisão entre as regras de direito à saúde e as que se destinam a melhorar as condições sociais das pessoas.

Inicialmente, o Estado assumiu a prestação da saúde como a prestação de um serviço público, posteriormente, surge a concepção de que não se pode resumir a saúde apenas a um aspecto individual, mas de toda a coletividade. Desse modo, o controle dessa seara pelo Estado disponibiliza o tratamento adequado ao comportamento dos indivíduos a fim de garantir a saúde de todos (SANTOS; ARAUJO, 2019).

Após detalhada análise da jurisprudência pátria por meio do portal do Jusbrasil, constatou-se que os tribunais nacionais ainda adotam o posicionamento no sentido da abrangência dos danos morais quando configurados os danos psicológicos ou psiquiátricos.

Assim se pronunciam ao estabelecer que os danos psíquicos ou psiquiátricos constituem apenas o pressuposto fático do qual decorre o dever de reparação patrimonial ou extrapatrimonial e, por isso, entendem que o dano moral compreende também os danos psíquicos decorrentes do mesmo fato.

Contudo, o dano ora em discussão, consoantes Santos; Araújo (2019) se enquadra no conceito de enfermidade, sendo qualificável e quantificado pela medicina legal quanto a par do dano somático. Dessa forma, entende-se, na verdade, que o dano à saúde compreende o dano psíquico enquanto consequência do fato lesivo à saúde psíquica do indivíduo, não se confundindo com os preceitos do Dano Moral. Ante o exposto, constata-se a profunda necessidade do aprofundamento da discussão por toda a comunidade jurídica, legisladores, operadores do direito e sociedade em geral, uma vez que o escasso à temática reproduz sentenças sem a devida satisfação do direito da parte, o que se distancia da real função da tutela jurisdicional.

7. CONCLUSÃO

O Presente estudo buscou aprofundar as reflexões sobre o tratamento a acerca dos danos psíquicos em decisões judiciais, a quais dessas poderam ser mencionadas ao decorrer do estudo, como forma demonstrar os tratamentos dos danos não só psíquico, mas como também acerca do material e moral, em face das decisões judiciais, a luz da responsabilidade civil. Salienta a relevância social e jurídica, e ressalta ainda que os órgãos judiciais têm dificuldade em aplicar razoavelmente suas decisões sobre dano mental para fazer frente e prevenir novos casos que surjam nas mesmas circunstâncias, posto que, a sociedade quer preveni-los e suprimi-los.

A obrigação moral ou legal de reparar o dano causado e restabelecer o equilíbrio social transmite de imediato o conceito de responsabilidade, ou seja, a obrigação de pagar, de ser responsável por determinado comportamento ou ação. Assim é notória a importância da discussão do referido tema, uma vez que, o Estado não pode deixar sem punir, aqueles que violam os direitos de outrem por meio de atos ilícitos e, por seguinte causem danos materiais ou espirituais.

Salienta que a causa do dano é a obrigação estabelecida e regida por legislação, e em decorrência disso tem-se o surgimento da responsabilidade civil. O Direito regulou a proteção física do sujeito e também a proteção emocional, visto que o ser humano não pode ser reduzido somente a uma visão jurídica. Dessa forma, a psicologia jurídica busca

integrar o corpo, a mente e o espírito humanos. Pode-se concluir que embora haja uma diferença entre dano moral e dano psicológico, as pessoas são os principais membros que podem combinar direito e psicologia porque os dois se complementam.

Considerando o exposto, destaca-se a importância da Responsabilidade Civil, pois esta garante as partes o direito de requerer a reparação em caso de lesão ao seu Direito. Salienta-se que a lei poderá contribuir para a diminuição dos índices acerca dos danos psíquicos nas decisões judiciais assim como garante uma gestação saudável entre as partes no litígio judicial. Ademais, a Responsabilidade Civil visa manter o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano, possibilitando assim o reparo a vítima do dano.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, R. Z.de. **Direitos humanos e direitos fundamentais**: conceito, objetivo e diferença. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 8, n. 78, p. 22-31, maio 2019. Disponível: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/159631>. Acesso em: 28 abr. 2021.

BARCELLOS, A.P.d. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2019.

BATOS, A. **Princípio da dignidade da pessoa humana** no Direito brasileiro. **SAJ ADV. Direito e Justiça. 27 mai. 2019**. Disponível: <https://blog.sajadv.com.br/principio-da-dignidade-da-pessoa-humana/>. Acesso: 01 mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 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: 10 de abr. 2021.

_____. **TJ.APELACAO-CIVEL**:AC 700611357265 RS. Relator Paulo Reberto Lessa Fraz. Diário da Justiça do dia 25/09/2014. JusBrasil, 2016 . Disponível: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/478272314/apelacao-civel-ac-70073638991-rs>. Acesso em 29 de de 2021.

_____. **STJ.RECURSO ESPECIAL**:REsp 1763156 RS. Relator Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLZZE, Diário da Justiça do dia 19/12/2018. JusBrasil, 2018 . Disponível: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/858562060/recurso-especial-resp-1763156-rs-2018-0221390-8/inteiro-teor-858562064?ref=serp>. Acesso em 01 Nov de de 2021.

CERVO, A.L.B, P.A; DA.S, Roberto. **Metodologia Científica**. 6. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

CIANCI, M. **O valor da reparação Moral**. [S.l.]: 2007. Editora Saraiva.

Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2021.

GIL, A.C. **Como elaborar um projeto de pesquisa**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014. JUNIOR, Sergio Jose Barbosa. O caráter punitivo nas indenizações por dano moral. A atribuição de um efeito preventivo-repressivo às condenações indenizatórias pátrias. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3456, 17 dez. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23213>. Acesso em: 29 abr. 2021.

LAKATOS, E. M.; MARCONI. M. A. **Fundamentos da Metodologia científica**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MORAES, R.J. A responsabilidade civil subjetiva e objetiva. Contextualização histórico-evolutiva, características e aspectos distintivos, modalidades, aplicabilidade no **direito privado, público e difuso**. Migalhas, 05 ago. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/284802/a-responsabilidade-civil-subjetiva-e-objetiva--contextualizacao-historico-evolutiva--caracteristicas-e-aspectos-distintivos--modalidades--aplicabilidade-no-direito-privado--publico-e-difuso>. Acesso em: 30 abr. 2021.

RIVABEM, F.S. A dignidade da pessoa humana como valor-fonte do sistema constitucional brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. ISSN: 0104-3315 (impresso – até 2013) e 2236-7284 (eletrônico) v. 43, n. 0 (2005). Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/7004/4982>. Acesso em: 10 abr. 2021.

SANTOS, D.C.P; SIMEÃO, Á. O.d.V. Direitos Fundamentais: suas dimensões. Revista Processus Multidisciplinar, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 01- 07, jun. 2020. ISSN 2675-6595. Disponível em: <<http://periodicos.processus.com.br/index.php/multi/article/view/203>>. Acesso em: 05 maio 2021.

SANTOS, M. C.C.L; ARAUJO, M. Aspectos Críticos e Jurídicos do Dano Psíquico e a Neurociência. Fronteiras Interdisciplinares do Direito. V. 1, n. 2, 02 dez. 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.23925/2596-3333.2019v2i2a2>. Acesso: 30 abr. 2021.

SOARES, Priscila B.O. Responsabilidade Civil: Introdução Conceitual. Disponível: <https://jus.com.br/artigos/61088/responsabilidade-civil-introducao-conceitual>. Acesso: 01 de Out de 2021.

TAVARES, A.R. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo. Saraiva, 2020.

VIAPINA, V. N; GOMES, R. Miranda; Albuquerque, G. S. CAVALCANTI. **Adoecimento psíquico na sociedade contemporânea: notas conceituais da teoria da determinação social do processo saúde-doença**. ISSN 2358-2898, Paraná, dez. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/sdeb/v42nspe4/0103-1104-sdeb-42-spe04-0175.pdf>. Acesso: 29 abr. 2021.

ALIMENTOS GRAVÍDICOS: POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO AO SUPOSTO PAI QUANDO NÃO HÁ CONFIRMAÇÃO DE PATERNIDADE

THALYTHA GOMES DA SILVA:

Graduada em Direito pela
Universidade Unirg de Gurupi.

RESUMO: Após a entrada em vigor da lei Nº 11.804/2008 ocorreu a introdução no Ordenamento jurídico brasileiro dos alimentos gravídicos, ou seja, a obrigação do pai de amparar a mãe grávida durante seu período gestacional de forma a garantir uma gravidez sadia e, por conseguinte, a vinda ao mundo de um bebê saudável. Na dicção da lei em comento, bastam indícios de paternidade para que, desde logo, o juiz fixe alimentos, que perdurarão até o nascimento da criança, uma vez que a morosidade poderá acarretar consequências irreversíveis à gestante e ao bebê. Ocorre que, muitas mães agem de má fé sabendo que o sujeito não se trata do verdadeiro pai da criança. Vejamos que, o Código civil em seu artigo 186 prevê expressamente a possibilidade de indenização por danos morais. A pesquisa objetiva analisar profundamente como fica os casos em que o suposto pai cumpre com a obrigação dos alimentos gravídicos e após o nascimento não há confirmação da paternidade, e a divergência existente no ordenamento jurídico. Dessa forma, a pesquisa tem por objetivo geral o aprofundamento do estudo sobre o tema e a contribuição para o enriquecimento do conteúdo sobre os tópicos em análise.

Palavras-chave: Alimentos gravídicos_1. Paternidade_2. Má fé_3. Danos morais_4.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho estuda os alimentos gravídicos e a problemática perante a não confirmação de paternidade após o nascimento do bebê. Vejamos que em um momento tão delicado como a gravidez é preciso que haja cautela e bastante cuidado, para que se possa proporcionar um período saudável tanto para a preservação do nascituro quanto para a gestante.

Logo, muitas mulheres se depararam com o desamparo paterno nesta fase. Com isso, criou-se a Lei Federal nº. 11.804/08, de 05 de novembro de 2008, que inseriu, no ordenamento jurídico os “alimentos gravídicos”, sendo estes necessários no período da gravidez até o parto. Posto que, essa quantia não se trata apenas para a compra de alimentos e sim de tudo que abrange uma vida digna ao bebê.

A referida lei tem por objetivo resguardar o direito da gestante que, representando o nascituro poderá propor a ação de alimentos gravídicos desde a concepção do bebê. Para propor a ação é preciso que haja apenas indícios de paternidade, não sendo necessário portanto a confirmação da mesma, para a fixação dos alimentos.

O tema se faz muito importante pois busca a análise de pontos controversos no ordenamento jurídico brasileiro. Visto que a Lei Federal nº. 11.804/08, não exige a real confirmação de paternidade para a fixação dos alimentos. Desse modo, originou-se a discussão, dado que de um lado se tem a Constituição Federal assegurando os direitos fundamentais a todo ser humano, e de outro a possibilidade de indenização quando não há confirmação de paternidade.

A vista disso, era previsto na lei de alimentos gravídicos em seu artigo 10º, na situação em que após o nascimento da criança a paternidade não fosse confirmada, a mãe responderia pelos danos materiais e morais causados ao suposto pai, nos próprios autos da ação de alimentos.

Para mais, o referido artigo em análise foi revogado, não impedindo, em vista disso, a propositura de uma ação de danos morais perante o prejuízo causado. Na medida que, esse tipo de ação se aplica ao âmbito geral no Direito Civil, não apenas a uma lei específica. Sendo assim, a possível indenização poderá ser provida, a depender da decisão judicial.

1. DOS ALIMENTOS

1.1 Histórico

Primordialmente, cabe ressaltar que as relações familiares sofrem grande interferência da cultura e da sociedade. Ora vejamos, ao analisarmos as disposições do antigo Código Civil de 1916 é possível observar a gigantesca insensatez jurídica quando filhos concebidos fora do casamento eram considerados ilegítimos. Dado que, os mesmos não eram reconhecidos e, conseqüentemente, ficavam abandonados à própria sorte, onde não poderiam sequer receber pensão alimentícia.

Observemos que, contrariando o princípio da dignidade da pessoa humana, a mulher era vista como uma mera cuidadora do lar, sendo possível perceber que a diferença de gênero era concebida de forma absurda. A honra do homem estava acima de tudo, uma vez que a mulher que cometesse qualquer ato atentatório à dignidade do homem, por tal ato se cessaria então a obrigatoriedade da prestação alimentar do homem.

Com o passar dos anos, a sociedade foi evoluindo, a cultura sofreu algumas modificações como recriações de conceitos e quebras de vários tabus, assim como o reposicionamento da mulher nessa nova era, onde passaram a garantir direitos e não eram vistas mais como meras reprodutoras. Acontece que, tais alterações, mudaram radicalmente algumas relações jurídicas, principalmente diante os vínculos familiares e seus temas relacionados.

O código civil de 2002 demonstrou um gigantesco “divisor de águas” em que pese, nele estão expressamente denotadas tais mudanças que vieram a ser acometidas na

sociedade. Portanto, houve a queda da cultura extremamente patriarcal e conservadora. Quebrando a divisão de conceitos entre filho legítimo e ilegítimo, passou assim todo filho a ser legítima e para tanto gozar de direitos iguais, inclusive a prestação alimentar não importando sua fonte de origem (casamento, família homoafetiva, monoparental e etc.).

1.2 Conceito e Características de alimentos

Dado que, o termo Alimentos possui dois significados na sociedade, a primeira diz respeito à substância usada como fonte de energia pelos seres humanos para viver, também conhecida como comida. Todavia, na acepção jurídica do termo, os alimentos têm caráter mais amplo, abrangendo muito mais necessidades do que apenas a comida.

Sendo assim, os alimentos são recursos necessários à manutenção da vida, em suas acepções física, moral e social, destinados àqueles que não podem obtê-los por si mesmos. Guardando em sua essência básica tudo aquilo que é necessário à sobrevivência de qualquer ser humano.

Yussef Said Cahali (2002, p.16) diz que alimentos são as "prestações devidas, feitas para quem as recebe possa subsistir, isto é, manter sua existência, realizar o direito à vida, tanto física (sustento do corpo) como intelectual e moral (cultivo e educação do espírito, do ser racional)".

Nas palavras de Orlando Gomes:

"Alimentos são prestações para a satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. A expressão designa medidas diversas. Ora significa o que é estritamente necessário à vida de uma pessoa, compreendendo, tão somente, a alimentação, a cura, o vestuário e a habitação, ora abrange outras necessidades, compreendidas as intelectuais e morais, variando conforme a posição social da pessoa necessitada". (GOMES, 1999, p. 427).

Para a concretização do instituto é necessário a observação do princípio da dignidade da pessoa humana, onde o mesmo deve ser aplicado em constante acordo com o binômio necessidade x possibilidade (ancorado no artigo 1.694, §1º do Código Civil). Portanto, devem ser analisadas a necessidade daquele que irá vim a receber os alimentos e a possibilidade econômica do prestador dos alimentos.

1.3 Espécies de alimentos

Em consequência disso, vê-se a todo instante, a importância em ressaltar que o termo "alimentos" compreende toda e qualquer necessidade para a preservação da vida do ser humano. Na ênfase jurídica, os alimentos se subdividem em alimentos naturais e

alimentos civis (ou também chamado de cômugros), legais, voluntários e indenizatórios. Portanto, estes ainda se subdividem em provisórios ou permanentes.

Os alimentos naturais dizem respeito ao mínimo vital, ou seja, as necessidades básicas de uma pessoa para sobrevivência. Nessa divisão é englobada a alimentação, tratamento de saúde, vestuário e habitação (há contraposição doutrinária sobre significância do vestuário e da habitação nos alimentos naturais).

Que se pesem os alimentos civis, os mesmos visam a manutenção do status social e status de família. Dado que, estão interligados a outras necessidades além da sobrevivência, como o direito à dignidade, abarcando os itens dos alimentos naturais e envolvendo também educação, lazer e padrão de vida.

A conceituação de alimentos legais ou legítimos vem sendo estabelecida no art. 1.694, do Código Civil. Visto que, são eles os alimentos estabelecidos por lei, decorrentes de parentesco, casamento ou companheirismo.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

“Os legítimos são devidos em virtude de uma obrigação legal, que pode decorrer do parentesco (iure sanguinis), do casamento ou do companheirismo (CC, art. 1.694). (...) Somente os alimentos legais ou legítimos pertencem ao direito de família. Assim, a prisão civil pelo não pagamento de dívida de alimentos, permitida na Constituição Federal (art. 5º, LXVII), somente pode ser decretada no caso dos alimentos previstos nos arts. 1.566, III, e 1.694 e s. do Código Civil, que constituem relação de direito de família, sendo inadmissível em caso de não pagamento dos alimentos indenizatórios (responsabilidade civil ex delicto) e dos voluntários (obrigacionais ou testamentários).” (2014, p. 338/339).

Já os alimentos voluntários correspondem àqueles em que a pessoa não é obrigada a prover os alimentos por lei, porém assume tal obrigação. Podem decorrer de declaração de vontade inter vivos, sendo próprios do direito obrigacional, ou de declaração de vontade causa mortis, em testamento, sendo próprios do direito sucessório, chamados também testamentários.

Por conseguinte, os alimentos indenizatórios, diferentemente dos citados acima, são destinados a indenizar vítima de ato ilícito, decorrentes do reconhecimento da relação obrigacional. Essa espécie de alimentos conforme art. 948, II e 950, do CC não tem como finalidade suprir a necessidade de subsistência do alimentando, mas tão somente compensar a vítima por um prejuízo sofrido.

Portanto, vejamos que apenas os alimentos legais fazem parte do direito de família, sendo assim somente a ele é aplicado a prisão civil por não pagamento. Dessa forma, observamos que os alimentos supracitados ainda se subdividem em: Alimentos Definitivos que se tratam dos permanentes, são aqueles fixados por sentença ou por acordo entre as partes, após a sua homologação transitar em julgado. Existem também os Alimentos Provisórios, instituto esse que se encontra amparado pela Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/68) nela são designados alimentos fixados liminarmente para suprir as necessidades urgentes do alimentado durante o trâmite da ação.

2. Dos alimentos gravídicos

2.1 Aspectos materiais e processuais da lei 11.804/2008

Entrou em vigor no dia 6 de novembro de 2008, a Lei de Alimentos, a Lei nº 11.804/08, que busca disciplinar o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido. Considera-se alimentos gravídicos os alimentos pagos pelo suposto genitor do nascituro para assegurar que o mesmo, por meio da mãe, possa ter uma gestação segura e saudável, garantindo-lhe a sobrevivência digna desde a concepção. Portanto, os alimentos gravídicos se tratam das despesas com assistência médica e psicológica, alimentação diferenciada por parte da Genitora, medicamentos e tantos outros.

Segundo a Lei Federal 11.804/2008 que trata unicamente sobre o tema, em seu artigo 2º, a definição é a seguinte:

" Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive os referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes." (BRASIL. Lei nº 11.804 de 05 de novembro de 2008 – Alimentos Gravídicos).

Assim, com a lei dos alimentos gravídicos a gestante que não possui qualquer ajuda do suposto pai poderá propor ação de alimentos gravídicos em face do mesmo, que se estenderá até o nascimento da criança. Vale ressaltar que, o vínculo entre os genitores não precisa decorrer de casamento ou união estável. Para manter a saúde do nascituro, muitas vezes vem a ser evitado o exame de DNA durante a gestação. Ao mesmo tempo, a mãe não pode esperar o nascimento do mesmo para propor uma ação judicial, sendo assim basta que apenas seja provado os "indícios de paternidade".

De acordo com Arnaldo Rizzardo, “são elementos de prova que evidenciam a paternidade: fotos, endereços comuns, aquisições, e-mails, pagamentos de despesas, declarações de pessoas sobre o convívio ou namoro. Estes podem ser anexados na inicial de modo a gerar uma convicção suficiente de certeza ou de alta probabilidade de que o requerido é o pai”. (RIZZARDO, 2009, p. 276).

Assim nos diz o artigo 6º da Lei em análise:

Art. 6º “Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré”. (BRASIL. Lei nº 11.804 de 05 de novembro de 2008 – Alimentos Gravídicos).

Vejamos a necessidade de se estabelecer quem é o pertencente da legitimidade ad causam ativa desses alimentos. Neste caso a gestante atua como substituta processual, embora a titularidade de direito seja do nascituro, vale dizer, que ela atua de forma indireta, sendo assim em nome próprio na defesa de direito alheio, ou seja, daquele que está prestes a nascer. Desse modo, caso a demandante esteja interdita, seu curador será também o do nascituro. Conforme disposições dos artigos 18 do Código de Processo Civil/2015.

Sob o mesmo ponto de vista, na fixação de alimentos gravídicos é preciso que venha ter-se a observação do binômio necessidade x possibilidade, ou seja, que venha a ter uma ponderação entre as necessidades relativas ao nascituro e a mãe e as possibilidades financeiras do suposto pai. Por outro lado, no entanto, é necessário a observação dos valores para que não sejam cometidas injustiças durante o período gestacional. Logo, após o parto, os alimentos gravídicos são automaticamente convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite sua revisão.

Cabe aqui ressaltar que, em se tratando do domicílio para propositura da ação, o art. 3º da referida lei veio a ser revogado, onde, o mesmo indicava como foro competente aquele do domicílio do devedor(réu). Atualmente, por considerar o estado da gestante e suas condições, a ação de alimentos gravídicos, em regra, será proposta no domicílio da gestante, conforme o disposto no art. 53, inciso II do CPC. Da mesma forma, conforme a Súmula 383 do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

“A competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda.”

4. Do nascituro

4.1 Personalidade jurídica do nascituro

O Código Civil brasileiro (Lei 10.406/2002), em seu artigo 2.º, estabelece que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Sobre o assunto, Maria Helena Diniz leciona que:⁸

Nascituro é aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo; aquele que, estando concebido, ainda não nasceu e que, na vida intrauterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que pertenciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida.

Tendo em vista que, a personalidade jurídica se dá pela capacidade de adquirir direitos e contrair deveres na sociedade, dado que, a mesma é reconhecida atualmente a todo ser humano e independe da consciência ou vontade do indivíduo. Por conseguinte, vejamos que em nossa legislação, é estabelecido que a personalidade se inicia a partir do nascimento com vida. A partir desse conceito, Diniz [12] declara que com base na nossa legislação surge um impasse, pois, embora não tenha personalidade, que apenas começa com o nascimento com vida, o nascituro pode titularizar direitos, como, por exemplo, a busca de alimentos gravídicos (Código Civil, 2002).

Acrescentando-se que, diante a controvérsia sobre a personalidade do nascituro, criou-se três teorias referentes ao início da pessoa natural: a teoria natalista, a teoria da personalidade condicional e a teoria concepcionista. Desta maneira, no que confere a teoria natalista, a personalidade jurídica apenas se inicia após o nascimento com vida. Outrossim, nesta o nascituro não é pessoa, a fim de que o mesmo seja possuidor apenas de mera expectativa de vida.

De acordo com Pereira (2007, p.153):

“O nascituro não é ainda pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito.”

Por outro lado, a segunda teoria se trata da personalidade condicionada, como o próprio nome já menciona a mesma alega que o nascituro é possuidor de personalidade jurídica desde que, com a condição de que nasça com vida, sem o nascimento com vida

não haverá aquisição de personalidade. Ou seja, existe um limite para que possa ser adquirido a personalidade, subordinando assim sua eficácia a um futuro incerto. Caso, poucos momentos depois do seu nascimento, o recém-nascido vier a falecer, mas houver comprovação de um minuto sequer de vida, deverá ser garantido todos os direitos a ele inerentes.

Bem como, de acordo com a teoria concepcionista o nascimento com vida não é condição para conquistar-se a personalidade jurídica. Logo é possível perceber que, o nascituro vem a adquirir personalidade desde a sua concepção, ou seja, a partir do início da sua vida uterina ele já é considerado um humano. Vejamos que nessa corrente não se pressupõem meras expectativas de direitos ao nascituro, assim como na teoria acima citada, a ele são resguardados tanto direitos personalíssimos quanto os patrimoniais. E, portanto, se posteriormente se vierem a nascer com vida os direitos patrimoniais concretos.

Venosa [15] diz que:

O nascituro é um ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento, tratando-se de uma prole eventual. Essa situação nos remete à noção de direito eventual, isto é, um direito em mera situação de potencialidade, de formação, para que nem ainda foi concebido. É possível ser beneficiado em testamento o ainda não concebido. Por isso, entende-se que a condição de nascituro extrapola a simples situação de expectativa de direito.

Portanto, no que se trata ao assunto referente aos alimentos gravídicos a teoria adotada se faz pela teoria concepcionista, onde o mesmo se torna possuidor de direitos no ato da concepção. Ora vejamos, a Constituição da República assegura, no artigo 5.º, caput, dentre outros direitos, o direito à vida, que é considerado o mais fundamental de todos os direitos, já que constitui um pré-requisito à existência e ao exercício de todos os demais. Assim, ao se falar em vida, quer-se protegê-la de forma plena, inclusive a vida uterina.

5. Danos morais

5.1 Conceito

Em especial consideremos que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o instituto do dano moral ganhou uma enorme força perante o ordenamento jurídico brasileiro. Dado que, especificamente no texto do artigo 5^a, X da CF onde,

assegura à parte lesada o direito de indenização pelo dano moral ou material em caso de violação a qualquer dos direitos da personalidade ali descritos.

Em consequência disso, cabe ressaltar que acerca deste tema existem inúmeras definições de doutrinadores brasileiros para o dano moral. Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona o conceituam como “lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2003, p. 55). Neste mesmo sentido, Maria Helena Diniz estabelece o dano moral como “a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo ato lesivo”. (DINIZ, 2003, p. 84).

O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, ao conceituar o dano moral leciona que:

“Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação” (GONCALVES, 2009, p.359).

O doutrinador Yussef Said Cahali sustenta esta espécie de definição, em suas palavras:

“Dano moral, portanto, é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja dor física – dor-sensação, como a denominada Carpenter – nascida de uma lesão material; seja a dor moral – dor-sentimento, de causa imaterial.” (CAHALI, 2011, pag. 28).

Conceitualmente, vale reforçar que o dano moral está vinculado à dor, angústia, sofrimento e tristeza. Além disso vemos que, o mesmo também se vincula a todos os direitos personalíssimos. Visto que, estes se tratam de aspectos inerentes a dignidade da pessoa humana prevista como uma cláusula fundamental no texto constitucional brasileiro. Portanto, eles são intransmissíveis e irrenunciáveis limitando-se inclusive a própria ação do seu titular.

Portanto, por esta razão todos os fatos e circunstâncias presentes no caso devem ser levados em consideração na apreciação da lide pelo juiz, de modo que possa fixar na sentença um valor que se revele suficiente a compensar toda dor e sofrimento enfrentado pela vítima e ao mesmo tempo preservar o caráter punitivo pedagógico dessa modalidade de indenização, nunca perdendo de vista as condições econômicas e sociais das partes envolvidas (Direito Civil, Responsabilidade Civil, 15ª ed., Atlas, p.54).

5.2 Danos morais por falsa atribuição judicial de Paternidade

Tendo em vista que, na disposta Lei de Alimentos Gravídicos (Lei nº 11.804/2008), é estabelecido ao magistrado fixar a pensão alimentícia caso esteja convencido apenas de indícios de paternidade. Desse modo, observemos a não necessidade de uma prova concreta, como por exemplo o exame de DNA. Isto posto, que através de uma demanda judicial proposta de maneira impulsiva, o suposto pai se torna obrigado a pleitear a prestação de alimentos ao nascituro.

Faz-se necessário ressaltar a situação em que após o nascimento do bebê o pai venha a descobrir não ser o verdadeiro genitor da criança. Vejamos que, neste caso o genitor sofre grave ofensa aos seus direitos da personalidade e, por conseguinte, tem violada a sua dignidade como pessoa humana, os quais são dois princípios fundamentais de nosso ordenamento, e suficientes para justificar um pedido de indenização por dano moral.

É de exime importância salientar que, atualmente com a revogação do artigo art. 10 da Lei 11.804/2008 os alimentos prestados de forma indevida não podem ser restituídos. Ou seja, o respectivo artigo relatava que em caso de resultado negativo no exame de DNA a Requerente responderia de forma objetiva pelos danos materiais causados ao Requerido.

No entanto, mesmo com o veto do artigo que tratava da responsabilidade objetiva da Requerente da ação de alimentos gravídicos, ainda permanece a responsabilidade subjetiva. Uma vez que, esta se trata daquela que depende da existência de dolo ou culpa por parte do agente delituoso (mãe) para configuração da responsabilidade.

Em conformidade com este entendimento, o fato de a genitora possuidora de má-fé imputar a responsabilidade de alimentos, sabendo acerca da não paternidade do requerido configura-se abuso de direito. Dessa forma a mãe do nascituro usou durante a gestação do instituto dos alimentos gravídicos para se beneficiar de alguma forma.

Desta feita, imperando-se a má-fé, a mentira, a ocultação da verdade, haverá um ato ilícito. A gestante enganou até o próprio Poder Judiciário para conseguir fins ilícitos, abusou do direito de ação, o que demonstra a sua índole e a configuração do ato ilícito. Os interesses individuais e ilegítimos se sobrepuseram a dignidade da sobrevivência do nascituro e do suposto pai, o que configura uma ilicitude. (VITAL. 2010, pág. 2)

Ensina Douglas Phillips Freitas que:

Além da má-fé (multa por litigância ímproba), pode a autora (gestante) ser também condenada por danos materiais e/ou morais se provado que ao invés de apenas exercitar regularmente seu direito, esta sabia que o suposto pai realmente não o era, mas se valeu do instituto para lograr um auxílio financeiro de terceiro inocente. Isto, sem dúvidas, se ocorrer, é abuso de direito (art. 187 do CC), que nada mais é, senão, o exercício irregular de um direito, que, por força do próprio artigo e do art. 927 do CC equipara-se ao ato ilícito e torna-se fundamento para a responsabilidade civil. (FREITAS. 2011. p.200)

Sob o mesmo ponto de vista, é importante salientar que somente há possibilidade de julgamento e ressarcimento por danos morais após a averiguação e comprovação que a falsa imputação de paternidade lhe trouxe algum sofrimento, ofendendo sua honra e imagem. Ademais, a jurisprudência se manifesta em sentido favorável quanto a indenização por dano moral para aqueles que foram lesados pela falsa imputação de paternidade:

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. IMPUTAÇÃO DE FALSA PATERNIDADE BIOLÓGICA. Sentença de procedência – Inconformismo da ré – Dano moral caracterizado pela inequívoca frustração do autor da paternidade negada após década – Indenização mantida – Precedentes jurisprudenciais do Col. STJ e Eg. TJSP – "Quantum" fixado em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade – Sentença mantida – Aplicação do art. 252 do Regimento Interno deste Eg. Tribunal – Recurso não provido. (TJ-SP - APL: 00029308520148260297 SP 0002930-85.2014.8.26.0297, Relator: Fábio Quadros, Data de Julgamento: 02/06/2016, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 08/06/2016).

DANOS MORAIS. ACUSAÇÃO DE FALSA PATERNIDADE. Ré que imputou paternidade ao autor, sendo que manteve relação com outro homem no mesmo período. Autor que, posteriormente, descobriu não ser pai do menor por exame de DNA. Culpa da ré configurada. Não cumprimento do dever de cuidado, decorrente da ciência de que outro homem poderia ser o pai da criança. Danos morais caracterizados. Situação que gerou transtorno emocional, e abalo anímico. Configuração de todos os elementos da responsabilidade civil. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJ-SP - APL: 00288300920108260007 SP 0028830-09.2010.8.26.0007,

Relator: Ana Lucia RomanholeMartucci Data de Julgamento: 03/04/2014, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 04/04/2014).

Portanto desse modo, analisemos que para a responsabilização da genitora, é utilizada a cláusula geral de responsabilidade civil, haja vista que há ausência de norma específica. É importante ressaltar que, se a genitora agir por erro, acreditando equivocadamente ser verídica a paternidade atribuída, neste caso não é gerado caracterização de obrigação indenizatória. Por outro lado, inquestionavelmente se apurado a conduta dolosa de má-fé perante a atribuição de paternidade do filho o dever de reparação pelos danos causados ao suposto pai e evidentemente incontestável.

CONCLUSÃO

A princípio, a problemática da presente pesquisa parte do contexto de que as gestantes precisam ser asseguradas durante a gestação para garantir uma vida digna ao nascituro nesse período entre a concepção e o parto. Porém observemos que, do outro lado existe um suposto pai que deverá pagar a quantia estabelecida mesmo sem que ele saiba se realmente é o pai do bebê.

Desse modo, é possível situações em que algumas gestantes agem de má fé perante a situação. Vejamos, com a fundamentação da doutrina e da legislação este trabalho visa a possibilidade de responsabilizar civilmente a genitora de má-fé que atribuir falsa paternidade a outrem.

Portanto, sendo demonstrada a conduta dolosa da parte infratora, bem como a má-fé processual, inegável é o dever de reparação dos danos causados ao requerido. Ou seja, a parte lesada não ficará à mercê de seus direitos perante o ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 de julho de 2021.

BRASIL, Lei 11.804/2008. Lei de alimentos gravídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm. Acesso em 09 de julho 2021.

BRASIL. Código Civil. Brasília. Planalto Federal, 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.html> Acesso em 10 julho 2021.

BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 julho 2021.

VENOSA, Silvio. Direito civil: direito de família. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MADALENO, Rolf, BARBOSA, Eduardo. Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo. Atlas. 2015.

Cahali Yusef Said. Dano Moral. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CAHALI, Yusef Said. *Dano moral*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice – Manual de Direito das Famílias. 6. ed. Rev. Atual. Editora Saraiva. 2017.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIUZA, César. Direito Civil. Curso Completo. 17.Ed. Revista dos Tribunais, 2004. 1400 p.

FREITAS, Douglas Philips. Alimentos gravídicos: comentários a Lei n. 11.804/2008 – 3. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil. 6. Ed. São Paulo: Saraiva 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 9 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2016, pág. 05.

PEREIRA Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral Pinto. Direito Civil Sistematizado. 11 ed. Ed.rev. atual. Salvador, Juspodvim, 2021.

VITAL, Rafael Pontes. Responsabilidade civil da genitora pelo recebimento indevido dos alimentos gravídicos, 07/07/2010, disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/16927/responsabilidade-civil-da-genitora-pelo-recebimento-indevido-dos-ali...> > acesso em 25 de outubro de 2021.

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: UMA FONTE NOVA DE DIREITOS

VINÍCIUS DA CONCEIÇÃO SOUZA:

Bacharelado em Direito pela
Universidade de Gurupi – UNIRG.

JOSÉ AUGUSTO BEZERRA LOPES¹⁵.

(orientador)

RESUMO: Neste trabalho acadêmico será abordado o fator histórico das legislações vigentes que dissertam sobre o uso dos dados pessoais, e a evolução das normas que culminaram na criação deste arcabouço jurídico, denominado de Lei Geral de Proteção de Dados. Dentre os objetivos desta pesquisa, está a disseminação de informações relacionadas a criação e aplicação desta lei em modo geral, os benefícios conexos com o desenvolvimento de uma lei própria para tratar sobre os dados pessoais, dos brasileiros, bem como apresentar dados ligados a ausência deste ordenamento e a perspectiva da segurança jurídica em relação ao início da aplicação em território brasileiro, além de elevar o Brasil ao rol de países que tem lei específica sobre o armazenamento, tratamento e disseminação de dados pessoais, permitindo atingir melhores relações com países que possuam diretrizes específicas para esta temática, como a União Europeia, que é pioneira na criação de normas que versem sobre dados pessoais.

Palavras-chave: Banco de dados. Proteção. Automatizado. Privacidade. Regulamentação.

ABSTRACT: Throughout this academic paper, it will be covered the historical factor of the current legislation regarding the use of personal data, and the evolution of norms that peaked at the creation of this judicial structure, the so-called General Data Protection Law. Among the objectives of this research, it's the spread of information related to the origin and implementation of this law in general, the benefits connected to the development of law itself to tackle personal data, from Brazilians, henceforth presenting the data linking the absence of this legal order and the prospective judicial security related to the beginning of the implementation in Brazilian territory; furthermore, it elevates Brazil to the list of countries in which there's specific legislation regarding storage, treatment and dissemination of personal data, allowing attainment of better relationships with countries that have specific guidelines for this theme, like the European Union, the pioneer in norm-creation related to personal data.

Key words: Database. Protection. Automated. Privacy. Regulation.

¹⁵ Professor Orientador do curso de Direito da Universidade de Gurupi – UNIRG.

Sumário: 1. Introdução. 2. Estudo Da Lei Geral De Proteção De Dados 2.1 Dados pessoais 2.2 Dados pessoais sensíveis 2.3 Bancos de dados 2.4 A proteção de dados antes da LGPD 2.5 A Lei Geral de Proteção de Dados 3. Considerações Finais. 4. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Na Constituição Federal do Brasil (1988), no seu artigo 1º, um dos princípios fundamentais é a dignidade da pessoa humana. Como desdobramento desse princípio encontramos no artigo 5º, X e XII o seguinte texto: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas; direitos também celebrados na Declaração Universal de Direitos Humanos (1948).

Com o advento de inúmeros escândalos envolvendo vigilância, redes sociais, empresas privadas, vendas de dados pessoais – muitos colhidos sem consentimento – e até utilização por partidos e candidatos políticos, vê-se a incontestável necessidade de regulamentação da utilização dos dados pessoais visando sua proteção e privacidade (HOSTERT, 2018).

A diretiva 95/46/CE – Relativa ao processamento de dados pessoais – da União Europeia traz, no seu artigo 2º, a, a definição de dados pessoais: informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (titular dos dados); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo, um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrônica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, econômica, cultural ou social dessa pessoa singular.

Com a possibilidade de controle unificado das diversas atividades da pessoa, nas múltiplas situações de vida, que permitem o conhecimento de sua conduta pública e privada, até nos mínimos detalhes, gera-se uma exposição em massa de informações pessoais que são usadas por grandes empresas muitas vezes infringindo direitos garantidos em diversas legislações do mundo.

O tratamento de dados pessoais, em particular por processos automatizados, é, no entanto, uma atividade de risco. Risco que se concretiza na possibilidade de exposição e utilização indevida ou abusiva de dados pessoais, na eventualidade desses dados não serem corretos e representarem erroneamente seu titular, em sua utilização por terceiros sem o conhecimento deste, somente para citar algumas hipóteses reais (DONEDA, 2011).

No Brasil, a Lei n. 13.709/2018, mais conhecida como LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados), promulgada no dia 14 de agosto de 2018, e originária do Projeto de Lei da

Câmara n. 53/2018, foi inspirada no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (*General Data Protection Regulation* - GDPR) de 2016 na União Europeia e possui como principal objetivo a proteção e transparência na utilização de seus dados pessoais.

A LGPD é um marco legal brasileiro de grande impacto, tanto para as instituições privadas como para as públicas, por tratar da proteção de dados pessoais dos indivíduos em qualquer relação que envolva o tratamento de informações classificadas como dados pessoais, por qualquer meio, seja por pessoa natural, seja por pessoa jurídica.

É uma regulamentação que traz princípios, direitos e obrigações relacionadas ao uso de um dos ativos mais valiosos da sociedade digital, que são as bases de dados relacionados às pessoas. A proteção da privacidade individual há muito se faz preocupação para os juristas.

O que resulta ser necessária a instituição de mecanismos que possibilitem à pessoa deter conhecimento e controle sobre seus próprios dados – que, no fundo, é expressão direta de sua própria personalidade (DONEDA, 2011).

Esta pesquisa tem como enfoque a proteção de dados em geral dos dados tratados no ambiente virtual, onde os bancos de dados se estendem a todas as esferas da sociedade, englobando a população brasileira por completa.

2. ESTUDO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

2.1. DADOS PESSOAIS

Os dados pessoais, de maneira simples e clara, são o conjunto de informações acerca de um indivíduo que possam resultar em sua identificação, de maneira direta ou indireta. Algumas dessas informações de identificações são de conhecimento amplo da população, como o nome, registro geral (RG) e o cadastro de pessoa física (CPF).

Mas existem outros dados de identificação de acordo com o Ministério Público Federal (MPF), sendo eles: gênero, data e local de nascimento, telefone, endereço residencial, localização via GPS, retrato em fotografia, prontuário de saúde, cartão bancário, renda, histórico de pagamentos, hábitos de consumo, preferências de lazer; endereço de IP (Protocolo da Internet) e cookies¹⁶ (MPF, 2021).

¹⁶ "pequenos arquivos de texto-gravados no computador do usuário, pelo browser, quando ele visita determinados sites do comércio eletrônico. Têm por escopo guardar alguns dados." (ZANELATO, 2003)

2.2. DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS

Antes de prosseguirmos com o desenvolvimento da aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e o papel que exerciam os ordenamentos antecessores, precisamos destacar o Capítulo II, Seção II, da LGPD.

A legislação atual destacou de maneira significativa a importância da proteção aos Dados Pessoais Sensíveis, que podem ser conceituados como: "dados pessoais sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural" conforme o Tribunal Regional do Paraná (TRE-PR).

2.3 BANCOS DE DADOS

Os Bancos de Dados podem ser descritos como uma coleção organizada de informações, bem estruturada e normalmente armazenados eletronicamente, estes mesmos bancos de dados podem ser controlados por um sistema de gerenciamento de bancos de dados (SGBD).

Existem diversos tipos de bancos de dados, para variáveis funções, segundo o site da Oracle, empresa norte-americana que vende softwares para bancos de dados, em seu portal esta empresa destaca uma das adversidades que foram marco para a criação da LGPD, a segurança dos dados.

Conforme publicação da Oracle, a garantia da segurança de dados é representada por essa dualidade, "Violações de dados estão acontecendo em todos os lugares nos dias de hoje, e os hackers estão ficando mais inventivos. É mais importante do que nunca garantir que os dados estejam seguros, mas também acessíveis aos usuários."

2.4 A PROTEÇÃO DOS DADOS ANTES DA LGPD

A Constituição Brasileira se preocupou com a privacidade dos indivíduos, direito este que é alicerce para a Lei Geral de Proteção de Dados, em seu Artigo 5º, inciso X, a Constituição Federal de 1988 estabelece como inviolável a vida privada, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação (BRASIL, 1988).

Não sendo a única fonte inicial de proteção de dados, anterior a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), o Código de Defesa do Consumidor (CDC) também apresenta em seus artigos, um rol próprio para a proteção e uso de dados do consumidores, se fazendo presente na figura do Artigo 43:

“O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, 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. § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. § 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele. § 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas. § 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público. § 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores. § 6º Todas as informações de que trata o caput deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor (BRASIL, 1990).”

E do Artigo 44:

“Art. 44. Os órgãos públicos de defesa do consumidor manterão cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, devendo divulgá-lo pública e anualmente. A divulgação indicará se a reclamação foi atendida ou não pelo fornecedor. § 1º É facultado o acesso às informações lá constantes para orientação e consulta por qualquer interessado. § 2º Aplicam-se a este artigo, no que couber, as mesmas regras enunciadas no artigo anterior e as do parágrafo único do art. 22 deste código (BRASIL, 1990).”

O Marco Civil da Internet, promulgado pela Lei 12.965 de 2014, também regulamentou em seu texto a proteção de dados, conforme pode se observar no texto do Artigo 3º, incisos II e III, que abordou a proteção da privacidade e a privacidade dos dados pessoais na forma da lei (TJDF, 2017).

A Lei Geral de Proteção de Dados possui grande referência na legislação vigente da União Europeia, a *General Data Protection Regulation* (GDPR), que desde de 25 de maio

de 2018 é aplicável a população da Europa. Visando estar entre os países onde existe uma proteção em relação ao tratamento, armazenamento e disposição dos dados pessoais, de pessoas naturais ou jurídicas, a LGPD possibilitou esta nova fase no ordenamento jurídico brasileiro.

Com a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, através da lei de nº 13.709 de 14 de agosto de 2018, vários doutrinadores começaram a abordar sobre o tema, e os impactos em nossa sociedade. Dentre os doutrinadores escolhidos para ampararem esta pesquisa, Márcio Cots e Ricardo Oliveira tem um papel de destaque, com a publicação da obra “Lei Geral de Proteção de Dados Comentada”, onde o conteúdo explanado é essencial para o conhecimento sobre a função e usabilidade deste novo ordenamento.

2.5 A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

A Lei Geral de Proteção de Dados já em seu Art. 1º apresenta o propósito da criação deste novo ordenamento jurídico, de maneira objetiva transcrevo o texto do artigo mencionado:

“Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (BRASIL, 2018).”

Conforme elenca o artigo supracitado, esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, abrangendo os meios digitais, que no mundo atual é onde os dados circulam em abundância, muitas vezes de maneira irregular ou sem o menor critério de tratamento, possibilitando a exposição da privacidade individual ou coletiva, ferindo os princípios básicos da nossa Carta Magna.

Muito tempo se passou até o desenvolvimento desta Lei específica, em relação ao avanço da tecnologia e dos bancos de dados, pôde-se observar uma lacuna imensa na falta de proteção dos dados pessoais, onde as normas vigentes não aportavam o ambiente virtual como um todo.

Com as diversas incursões hackers aos bancos de dados globais, o que incluem os brasileiros, notou-se que não existia uma maneira eficaz de controle dessa atividade tão lucrativa, como o armazenamento e tratamento dos dados pessoais.

Mesmo após a promulgação da LGPD, os megas vazamentos continuam. Em um trecho retirado de uma matéria do portal de notícias G1, podemos observar a gravidade que é um vazamento de dados, o jornal noticiou o seguinte trecho:

“Os dados foram publicados por um criminoso em um fórum on-line dedicado a comercialização de bases de dados. O mesmo indivíduo ofertou a lista de CPFs gratuitamente é o que vende as outras informações (G1, 2021).”

Com a globalização e os canais virtuais interligados em larga escala, a punição para alguns criminosos parecem não ser possível, já que em muitas vezes o criminoso ou criminosos não residem em solo nacional.

Confirmado pela gigante tecnológica Microsoft, conforme matéria apresentada em seu portal de notícias, a Rússia é apontada como o país de onde saem a maioria dos ataques cibernéticos, mencionando uma informação que já foi debatida nesta pesquisa, o enfoque da usurpação do dados pessoais ou coletivos, para fins escusos ou comerciais (MICROSOFT, 2021).

A LGPD tem dentre seus fundamentos a livre concorrência e a defesa do consumidor, conforme classifica o artigo 2º, inciso VI, da norma legal, fundamento este crucial para o cenário atual, onde os dados pessoais de pessoas naturais são mercantilizados, para que empresas possam aferir lucros, com a manipulação do conteúdo acessado pelos usuários da rede mundial de computadores (BRASIL, 2018).

Essa legislação também se preocupou em classificar as ações que integram o rol dos excludentes, onde se é possível realizar o tratamento dos dados pessoais sem prévia autorização do titular, conforme informa o artigo 4º:

“Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais:

I - realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos; II - realizado para fins exclusivamente: a) jornalístico e artísticos; ou b) acadêmicos, aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e 11 desta Lei; III - realizado para fins exclusivos de: a) segurança pública; b) defesa nacional; c) segurança do Estado; ou d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou IV - provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país

de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei. (BRASIL, 2018).”

A referida lei criou quatro figuras distintas que representam os papéis desempenhados por todas as ações que envolvem dados pessoais, classificados como: Titular, Controlador, Operador e Encarregado. Extraído do corpo do texto da norma, o titular é a pessoa natural a que se referem os dados pessoais que vão ser objeto do tratamento.

O Controlador é a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem compete as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais, já o Operador é pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador.

E por último, o Encarregado, que tem um papel fundamental de ser o canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados possui um papel importante no âmbito da LGPD, que é responsável pelo zelo, implemento e fiscalização do cumprimento desta Lei em todo o território, conforme o artigo 5º, inciso XIX:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: XIX - autoridade nacional: órgão da administração pública responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento desta Lei em todo o território nacional (BRASIL, 2018).

A ANPD, estabelecida com a Medida Provisória nº 869/2018 e convertida na Lei nº 13.853/2019, com fundamentos na Lei Geral de Proteção de Dados, na seara jurídica, possibilita que a LGPD seja cumprida, sendo ela responsável pelas aplicações de sanções administrativas aplicáveis por ela, conforme elenca o Art. 52º, caput: “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 (BRASIL, 2018)”.

Podendo ser desde uma simples advertência, com indicação de prazo para a adoção de medidas corretivas ou até mesmo multa diária no valor de 2% o faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, com limite de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração.

Além destas medidas mencionadas, existe um rol completo sobre as possíveis sanções, conforme é apresentado no Art. 52º, inciso I e seguintes:

I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas; II - 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; III - multa diária, observado o limite total a que se refere o inciso II; IV - publicação da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência; V - bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização; VI - eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração; VII - (VETADO); VIII - (VETADO); IX - VETADO). X - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019) (Promulgação partes vetadas) XI - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019) (Promulgação partes vetadas) XII - (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019) (Promulgação partes vetadas) X - 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; (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019) XI - 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; (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019) XII - proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados. (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019) (BRASIL, 2018)."

Outra figura importante, que foi instituída graças a Lei Geral de Proteção de Dados, é o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e Privacidade (CNPd), que conforme consta no próprio portal do governo brasileiro, a ele é atribuído as seguintes funções:

"As principais atribuições do CNPD são (art. 58-B da LGPD):

Propor diretrizes estratégicas e fornecer subsídios para a elaboração da Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade e para a atuação da ANPD;

Elaborar relatórios anuais de avaliação da execução das ações da Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade;

Sugerir ações a serem realizadas pela ANPD; elaborar estudos e realizar debates e audiências públicas sobre a proteção de dados pessoais e da privacidade; e disseminar o conhecimento sobre a

proteção de dados pessoais e da privacidade à população.” (BRASIL, 2018)

A participação no CNPD é considerada prestação de serviço público relevante, não remunerada. O Conselho se reunirá em caráter ordinário três vezes ao ano e em caráter extraordinário sempre que convocado por seu Presidente (GOV, 2021).

O CNPD é composto por vinte e três membros titulares e suplentes, com mandato de dois anos, designados pelo Presidente da República. Nos termos do Decreto n. 10.474/2020, os seguintes órgãos e entidades possuem representantes no CNPD:

“Art. 15. O Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade será composto por representantes dos seguintes órgãos:

I – um representante da Casa Civil da Presidência da República, que o presidirá; II - um do Ministério da Justiça e Segurança Pública; III - um do Ministério da Economia; IV - um do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações; V - um do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República; VI - um do Senado Federal; VII - um da Câmara dos Deputados; VIII - um do Conselho Nacional de Justiça; IX - um do Conselho Nacional do Ministério Público; X - um do Comitê Gestor da Internet no Brasil; XI - três de organizações da sociedade civil com atuação comprovada em proteção de dados pessoais; XII - três de instituições científicas, tecnológicas e de inovação; XIII - três de confederações sindicais representativas das categorias econômicas do setor produtivo; XIV - dois de entidades representativas do setor empresarial relacionado à área de tratamento de dados pessoais; e XV - dois de entidades representativas do setor laboral.” (BRASIL, 2020)

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi tratado no decorrer deste trabalho, a Lei Geral de Proteção de Dados tem como objetivo preencher o vazio jurídico em relação ao uso dos dados pessoais de pessoas naturais. Como exposto anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro já possuía algumas normas que versam sobre a privacidade.

Contudo, não eram normas específicas para a disponibilização e o tratamento de dados pessoais em território nacional, o que propiciava uma insegurança para a população, já que seus dados estavam suscetíveis a serem expostos. Possibilitando também que os detentores dos bancos de dados utilizassem essas informações de

forma imprudente, além de não investirem em tecnologias para garantir a segurança dessas informações.

Não existia também um órgão responsável por orientar, fiscalizar e punir os responsáveis por tais atos, incidindo na ausência de controle sobre esta matéria. Já com a promulgação da LGPD e a criação da Autoridade Nacional de Controle de Dados, será possível que o Brasil alcance outro patamar na segurança dos dados pessoais.

Além de gerar uma segurança social, jurídica e econômica, a LGPD inclui o Brasil em um ranque de países que contam com ordenamento semelhante, favorecendo que novas parcerias e relações sejam celebradas, respeitando os dados pessoais.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2021. 498 p. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 22 mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 155, n. 157, p. 59-64, 15 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 102, p. 1, 12 set. 1990.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 126, p. 1, 24 abr. 2014.

COTS, M.; OLIVEIRA, R. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Comentada**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. 248 p.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.ouvidoria.defensoriapublica.pr.gov.br/arquivos/File/Legislacao/declaracao.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2021.

Directiva 95/46/ce do parlamento europeu e do conselho. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>. Acesso em: 22 mai. 2021.

DONEDA. D. **A Proteção dos Dados Pessoais como um Direito Fundamental.** Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

GOV – CONSELHO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E DA PRIVACIDADE. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/composicao-1/conselho-nacional-de-protecao-de-dados-pessoais-e-privacidade-cnpd>. Acesso em 07 nov. 2021.

G1 – MEGAVAZAMENTO DE DADOS DE 223 MILHÕES DE BRASILEIROS: o que se sabe e o que falta saber. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/01/28/vazamento-de-dados-de-223-milhoes-de-brasileiros-o-que-se-sabe-e-o-que-falta-saber.ghtml>. Acesso em 07 nov. 2021.

HOSTERT. A. C. **PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA INTERNET: A NECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.** 2018. 11 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/188181/TCC%20%20ANA%20CL%20%81UDIA%20HOSTERT%20%282%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 22 mai. 2021.

In: ZANELATO, Marco Antonio. *Condutas ilícitas na sociedade digital.* In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise. *O direito no século XXI.* São Paulo: Saraiva, 2003. p.379.

MICROSOFT – Ataques cibernéticos russos representam maior risco para governos e outros insights de nosso relatório anual. Disponível em: <https://news.microsoft.com/pt-br/ataques-ciberneticos-russos-representam-maior-risco-para-governos-e-outros-insights-de-nosso-relatorio-anual/>. Acesso em 07 nov. 2021.

MPF – MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL: O que são dados pessoais? Segundo a LGPD. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/servicos/lgpd/cidadao>. Acesso em: 07 nov. 2021.

TJDF – Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/marco-civil-da-internet>. Acesso em: 05 jun. 2021.

TRE-PR – TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL. Disponível em: <https://www.tre-pr.jus.br/transparencia-e-prestacao-de-contas/lei-geral-de-protecao-de-dados/o-que-sao-dados-pessoais>. Acesso em 07 nov. 2021.

O COMÉRCIO ELETRÔNICO EM TEMPOS DE PANDEMIA COM APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

LEONARDO MONTEIRO CASTRO:
Graduando em Direito pelo Centro
Universitário do Norte-UNINORTE.

RESUMO: No início de dezembro de 2019, a cidade de Wuhan, viu o primeiro caso conhecido de doença infecciosa por coronavírus, o novo coronavírus (SARS-CoV-2), denominado COVID-19 e em poucos meses transformou-se em pandemia impondo a todos isolamentos e sujeitando o comércio eletrônico e suas relações negociais foram realizadas através do *e-commerce*. Tais relações podem se dar via notebook, interação de uma pessoa com um banco de dados programado para receber pedidos de compra; ou interação de dois computadores programados para contratarem sem interferência humana. O objetivo geral do presente trabalho é debater sobre os aspectos da situação do consumidor no *e-commerce* em tempos de pandemia. As ofertas de bens e serviços se intensificaram e a vulnerabilidade do consumidor precisa ser acompanhada para combater o desrespeito e a escalada de aumento de preços. Conclui-se que se trata de um instrumento muito importante para a consolidação dos direitos do consumidor em casos específicos. A pandemia pode desencadear mudanças na forma de comprar do consumidor por meio do *e-commerce*. Nesta esteira, fica evidente que o CDC é um mecanismo que auxilia o consumidor para que o mesmo não seja lesado e sob o amparo da lei. Em suma é fundamental em todos os casos analisar que não estejam de acordo.

PALAVRAS-CHAVE: Código de Defesa do Consumidor; Covid-19, Responsabilidade Civil; *E-commerce*.

ABSTRACT: In early December 2019, the city of Wuhan, capital of Hubei Province, China, saw the first known case of infectious coronavirus disease, the new coronavirus (SARS-CoV-2), called COVID-19 and within a few months it turned into a pandemic, imposing isolation on everyone and subjecting electronic commerce, and their business relationships were carried out through e-commerce. Such relationships can be via notebook, telephone or videophone; e-mail; a person's interaction with a database programmed to receive purchase orders; or interaction of two computers programmed to engage without human interference. The general objective of this work is to discuss aspects of the consumer situation in e-commerce in times of pandemic. In the current scenario, the offers of goods and services have intensified and consumer vulnerability needs to be monitored to combat disrespect and escalating price increases. The CDC understands abuses, including excessive increases in the prices of personal protective equipment and food prices in food baskets, especially in the case of health emergencies caused by pandemics, which is also a principle violation of the dignity of the human person. It is concluded that this is a very important instrument for the consolidation of consumer rights in specific cases. The pandemic could

trigger changes in the way consumers buy through e-commerce. In this way, it is evident that the CDC is a mechanism that helps the consumer to not be harmed, and this relationship is supported for a better relationship, in short, it is essential in all cases to analyze that they are not in agreement.

Keywords: Consumer Protection Code; Covid-19, Civil Liability; E-commerce.

INTRODUÇÃO

No início de dezembro de 2019, a cidade de Wuhan, capital da província de Hubei, China, viu o primeiro caso conhecido de doença infecciosa por coronavírus, o novo coronavírus (SARS-CoV-2), denominado COVID-19. Medeiros (2020) enfatizou que a doença A disseminação fácil e rápida do vírus levou a Organização Mundial da Saúde (OMS) a declarar uma pandemia em 11 de março de 2020.

O primeiro caso de COVID-19 no Brasil ocorreu em São Paulo em 26 de fevereiro de 2020. O vírus se espalhou pelo Brasil alguns dias depois, infectando a maioria dos brasileiros, causando uma situação catastrófica e caótica. Diante dessa situação, como forma do país responder à pandemia, e considerar uma variedade de fatores, tais como: conhecimento científico insuficiente, rápida disseminação, desigualdade social e demográfica. O governador e o prefeito escolheram o isolamento social como forma de diminuir a velocidade da infecção. Portanto, é importante notar que a pandemia COVID-19 causou uma crise sem precedentes, afetando a vida e os meios de subsistência das pessoas (CARVALHO *et al.*, 2020).

Conforme Farias (2020) as principais medidas que os países têm tomado para reduzir a disseminação do coronavírus são: isolamento social e o encerramento de todas as atividades desnecessárias. Diante disso, no mercado global, as medidas de isolamento social afetam diretamente a cadeia de suprimentos. Onde as indústrias e escritórios interrompem total ou parcialmente suas atividades o que afetou diretamente a oferta de bens, a queda da produção ou a queda da demanda do consumidor em alguns setores.

Incontestavelmente, as epidemias não afetarão apenas a saúde das pessoas, mas também a saúde do mercado. De acordo com a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), afirma que a cadeia de distribuição global foi afetada, as bolsas de valores em todo o mundo foram fechadas e a demanda por bens de consumo importados e bens manufaturados enfraqueceu, e os preços dos produtos e serviços (incluindo países) aumentaram, mesmo afetando o turismo afeta diretamente o bem-estar das pessoas (MUCELIN; D'AQUINO, 2020).

Para acompanhar os movimentos e demandas sociais, a legislação também deve ser ajustada. Desde que o vírus mudou a rotina do país, no último ano e meio, várias

medidas provisórias foram promulgadas para considerar a Direito do Consumidor. O Código de Defesa do Consumidor (CDC) é um instrumento jurídico de ordem pública e interesse social, pois estipula um direito básico estabelecido pela Constituição Federal de 1988. Dessa forma, visa proteger a parte frágil e inadequada da relação de consumo, que é o consumidor.

Os consumidores não podem e não devem colocar suas vidas e saúde em risco para cumprir o contrato, como viajar, especialmente durante uma pandemia tão grave. Eles não sabem se serão infectados ou infectarão outras pessoas, então não sabem se devem ir a determinado local pode retornar à sua cidade de origem ou sujeito a tais restrições, justamente com o fechamento de estradas e fronteiras, caso em que arriscou até o direito de agir. Após o pagamento do valor, você tem direito a reembolso integral sem nenhum desconto. Se decidir não reagendar, deverá negociar com o prestador de serviço / fornecedor. Dessa forma temos a seguinte problemática: Quais aspectos encontrados no comércio eletrônico em tempos de pandemia com aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC)?

Nesse contexto econômico do Brasil e do mundo, ainda é possível notar que a aplicação do CDC e Decreto Federal nº7.962/2013 não é plena, os fornecedores muitas das vezes aproveitam da fragilidade de fiscalização na internet para obter vantagem indevida sobre o consumidor. Diante da vulnerabilidade do consumidor no comércio eletrônico, no caso de cometimento de alguma infração por parte do fornecedor, é possível buscar amparo tanto por vias administrativas como judiciais tais como: PROCON's, DECON ou no caso do judiciário os Juizados Especiais Cíveis.

O objetivo geral do presente trabalho é debater sobre os aspectos da situação do consumidor no *e-commerce* em tempos de pandemia. Os objetivos específicos delineados são: apresentar as características da evolução internet assim como *e-commerce*; conceituar sobre o direito do consumidor bem como com a responsabilidade civil e analisar o direito do consumidor em tempos de pandemia covid-19.

1.EVOLUÇÃO DA INTERNET

Conhecida por muitos, a origem e evolução da internet iniciou em um período importante da história, seu marco deu-se durante a guerra fria envolvendo duas superpotências, os Estados Unidos da América - EUA e a antiga União das Republicas Socialistas Soviéticas - URSS. O contexto dessa história girou em torno da possibilidade de que o EUA sofresse um ataque que inutilizasse os meios de comunicação convencionais, fazendo com que o Pentágono criasse um projeto de comunicações que permitisse a troca e compartilhamento de informações de maneira descentralizada, onde pudesse sobreviver a destruição de uma parcela de sua infraestrutura, porém, que mantivesse seu funcionamento (FEATHERLY, 2017).

Entretanto somente em 1992, a internet chegou a população comum. O engenheiro Tim Bernes-Lee desenvolveu o conceito de *World Wide Web* (rede de alcance mundial) possibilitando a criação de interfaces gráficas com sites dinâmicos e visualmente agradáveis (EL PAIS, 2014).

Foram feitas muitas pesquisas e aprimoramento ao longo dos anos, o que permitiu uma rápida e intensa popularização do uso da internet, a partir do desenvolvimento de navegadores, como o Mozilla Firefox, Internet Explorer, redes sociais, blogs, entre outros.

Assim, a presença e o uso desta se espalharam pela sociedade, no Brasil, por exemplo, acredita-se que até a segunda década deste século mais da metade de sua população acessa a Internet de alguma forma e/ou diversos motivos. Foram divulgados dados da pesquisa brasileira de mídia que os hábitos de consumo de mídia pela população brasileira, produzidos pela Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República (BRASIL, 2015), que 49% dos indivíduos usam a rede com alguma frequência.

No que se refere à frequência, cerca de 76% das pessoas acessam a Internet todos os dias (BRASIL, 2015). Dados do CGI.Br demonstram cenário similar, onde 71% dos usuários brasileiros acessam a rede diariamente, outros 22% pelo menos uma vez por semana e 5% pelo menos uma vez por mês (NAKAMURA, 2011, p.09).

Logo, com sua vasta popularização, o uso da internet passou a ter diversas finalidades, seja com o objetivo de comunicação, de criação de vínculo social pelo meio virtual, o educacional, ou até mesmo comercial.

Em face desse tipo de avanço tecnológico, o processo de adaptabilidade do profissional da ciência jurídica se mostra em eminente destaque. A mudança no cenário de operações relativas à ciência do Direito, de acordo com Susskind (2013), mostrar-se-á mais expressiva nas próximas duas décadas do que se comparada ao ocorrido nos últimos dois séculos, com o intuito de continuar a garantir os direitos constitucionais de cada indivíduo, ainda que estes estejam inseridos em outro meio, a internet.

E-Commerce

Atualmente a facilidade que a tecnologia da informação proporciona em seus diversos aspectos, revolucionou a perspectiva da sociedade em áreas como, a comunicação, relacionamentos, compras e entre outros, diferentemente de décadas anteriores em que a propagação de dados e informações eram majoritariamente através de meios físicos.

Foi a partir de 1994 que o potencial e a possibilidade de vendas pela internet foram identificados como um novo meio de comunicação direta com os clientes, e que esta

oferecia praticamente os mesmos benefícios de vendas pelos meios de fax, televisão, rádio ou telefone.

É possível conferir no site do Estratégia Digital (2017) que a empresa pioneira no comércio eletrônico foi a norte americana Sears, que em 1888 vendia relógios através de um catálogo que permitia a encomenda de seus produtos via telégrafo. No caso, a Sears criou a inovação estratégica de vender a distância para seus consumidores, mesmo fora das suas lojas, isso em moldes absolutamente diferentes do comércio eletrônico atual.

É possível notar que ao decorrer dos anos houve aperfeiçoamento da internet em diversos segmentos e finalidades, como sites de buscas, redes sociais e sites de compras.

As compras *online* foram criadas pelo inventor inglês Michael Aldrich no ano de 1979, quando criou, em casa, a partir de uma televisão um computador de uso doméstico que por meio de uma linha telefônica tinha a capacidade de fazer processamento de transações (NAKAMURA, 2011, p. 32).

A origem e desenvolvimento do *e-commerce* deu-se nos estados Unidos no ano de 1995 a partir da criação da *Amazon.com* concomitante a outras empresas, e no Brasil, cinco anos após. A partir de então, o processo de compra e venda pela internet tomou grandes proporções (TOREZANI, 2010). É possível observar as variedades em serviços e produtos disponibilizados pela internet, proporcionados pela alta capacidade de atender as demandas de clientes. Sabe-se que com o advento da internet, houveram mudanças significativas nesse mercado, levando em conta sua direta ligação ao nicho da informática e programação, que acabam por atuar como incentivadores da ampliação e propagação desse tipo de comércio.

Segundo Almeida Júnior (2010), pode-se compreender o comércio eletrônico, também chamado de *e-commerce*, como um tipo de transação comercial da qual se utiliza exclusivamente por um equipamento eletrônico com acesso à internet, por exemplo um computador ou celular. Nessa mesma linha, Nakamura (2011) o exemplifica como sendo qualquer procedimento que valorativo feito em um ambiente eletrônico voltado para a demanda de negócios.

Como principais características de identificação de comércio eletrônico, tem-se prioritariamente a comunicação, sendo esta executada por meio de transações de informações à distância, na qual envolve dois lados: fornecedores e consumidores; os dados que se referem as informações relacionadas a este meio e gerenciamento por meio de base de dados que torna possível criar e manter esclarecimentos dos fornecedores e clientes; a segurança, sendo fundamental e indispensável como fator de garantia de integração e privacidade entre o processo de compartilhamento de informações, já que

por ser a distância é necessário que haja formas de se confiar de que os dados prestados não serão fornecidos a terceiros (GUERREIRO, 2009).

Com a crescente busca e preferência por esse mercado, realizou-se um estudo com o intuito de explicar o rápido e acelerado crescimento no que se refere às compras *online*, e os resultados mostraram os seguintes fatores: o preço, a comodidade de poder fazer compras de casa, a facilidade de acesso e variedade de produtos (SOARES; BATISTA; SCANDIUZZI, 2015, p.34-52).

Estudos como esses tratam-se principalmente dos benefícios que os consumidores possuem ao optarem em fazer compras por meio eletrônico, ou seja, esse mercado proporciona compras eficientes a partir de diversos aspectos como a diversidade de oferecimento em opções de escolha, menores preços e personalização de serviços. Há inúmeras possibilidades que facilitam o processo de busca e compra do consumidor, uma vez que esta passa a ter uma fonte ampla e constante de informações que lhe permitem comparar preços, conhecer melhor a prestação de serviços, observar se existem vantagens e/ou desvantagens antes da finalização das compras, dentre outros benefícios que esse mercado proporciona. Por meio dessas características e vantagens citadas, o *e-commerce* disparou nos últimos anos e se consolidou em diversos países, inclusive no Brasil

Produto e serviço *e-commerce*

Os parágrafos 1º e 2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor (CDC), tratam respectivamente dos conceitos de produto e serviço. O legislador constituiu o conceito de produto da maneira ampla onde o considera como sendo qualquer móvel ou imóvel, material ou imaterial que terá um proprietário ou consumidor final, tal como descrito no §1º do art. 3º do CDC.

No artigo 3º, §2º do CDC há a definição do conceito de serviço como um procedimento de aplicação de uma atividade que se destina a alguém dentro do mercado de consumo, desde que neste exista característica de pagamento e recebimento, podendo ocorrer por meio de aspecto bancário, financeiro ou crédito, no entanto restringe a serviço de relações jurídicas onerosas. Entretanto, a jurisprudência admite os casos em que o fornecedor não dependa de remuneração, ao que indica gratuidade no negócio, estabelecendo-se, assim, a configuração de uma relação consumerista, salvo os casos de serviços completamente gratuitos.

Apesar dos benefícios e facilidades apresentadas como vantagens, as compras *online* passam por uma série de processos antes de ser dada como efetivada. Segundo Morais (2012, p.17), o processo de compras inicia pelo cliente, quando este começa sua busca pelo produto e serviço que deseja por meio de coleta de informações necessárias. Esses processos repetem-se com pequenas variações.

Para Guerreiro (2009, p. 32), os consumidores passaram a ficar mais exigentes a partir do advento da globalização, onde a qualidade dos produtos e serviços começaram a ser vistos como fatores primordiais e indispensáveis antes da efetivação da compra, ou seja, passou-se a exigir mais das empresas, onde estas foram pressionadas a buscar um diferencial competitivo se preocupando com os serviços prestados, a entrega dos pedidos e agilidade nos negócios. Dessa forma, a logística passou a ser uma atividade de execução estratégica como método de ganho e fidelização de clientes.

Sobre o processo de pagamento é utilizado neste processo, formas de pagamentos digitais criados e reconhecidas internacionalmente pelos governos e órgãos relacionados. (AZEVEDO; ODONE; COELHO, 2014). O que tem conferido mais segurança nas transações. No entanto, apesar das vantagens, o comércio eletrônico pode apresentar algumas desvantagens como, por vezes, a ausência de segurança. Há o quantitativo de 1,2% de fraudes contabilizadas no comércio eletrônico no cenário mundial. Muitos países dificultam e evitam a aplicação de transações entre outros, conforme a empresa americana *Cyber Source* (HUNT, 2010).

No entanto, segundo Guerreiro (2009), os problemas identificados pelo comércio de compras *online* podem e precisam ser superados, sendo estes:

Fraudes – Mesmo que haja significativa proporção e crescimento de usuários de internet que optam por fazer suas compras utilizando-a com esta finalidade, tem-se a existência de muitos que ainda se sentem inseguros por receios de fraudes. Porém, já existem sistemas que utilizam criptografia com o intuito de esse problema;

Confidencialidade – O uso e compartilhamento de informações somente entre usuários e compradores, embora ainda exista o risco de que essas informações sejam utilizadas por terceiro sem que haja autorização, podendo prejudicar ambas as partes;

Confiança – Uma vez que todo o procedimento é feito à distância, substituem riscos para a empresa e o comprador, exigindo que estas se prestem a confiar uma a outra pelas informações prestadas.

Ainda existem vários obstáculos que a *e-commerce* necessita superar, sendo imprescindível que as empresas invistam e busquem incessantemente as melhorias e investimentos necessários, sob pena de perderem competitividade.

2.DIREITO DO CONSUMIDOR

Segundo Nunes (2018), há três os elementos que caracterizam o consumidor e que permitem identificar as situações em que as relações de consumo serão abrangidas pela legislação consumerista:

O primeiro deles é o subjetivo, (pessoa física ou jurídica), o segundo é o objetivo (aquisição ou utilização de produtos ou serviços) e o terceiro e último é o teleológico (a finalidade pretendida com a aquisição de produto ou serviço) caracterizado pela expressão destinatário final. Interessante observar que não é consumidor apenas quem adquire, mas também quem utiliza (por exemplo, um familiar do adquirente ou quem ganhou de presente um produto) (RAGAZZI, 2010, p.21).

Há descrição e caracterização de consumidor quando identificados esses três elementos subjetivo, objetivo e teleológico. O decreto nº 7962 de 15 de março de 2013 regulamentou a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico, uma realidade do cenário brasileiro já vivida há algum tempo e que carecia de regulamentação jurídica.

O artigo 1º abrange em geral os aspectos tratados pelo decreto, sendo estes:

- I - Informações claras a respeito do produto, serviço e do fornecedor;
- II - Atendimento facilitado ao consumidor;
- III - respeito ao direito de arrependimento

Os artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor descrevem quais informações devem ser disponibilizadas pelos fornecedores em seus sítios eletrônicos, a fim de garantir que o consumidor esteja ciente de tudo o que envolve a relação que está prestes a se instaurar:

Art. 2º Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações:

- I - Nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda;
- II - Endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato;
- III - características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores;
- IV - Discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros;

V - Condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e

VI - Informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta.

Art. 3º Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para ofertas de compras coletivas ou modalidades análogas de contratação deverão conter, além das informações previstas no art. 2º, as seguintes:

I - Quantidade mínima de consumidores para a efetivação do contrato; II - prazo para utilização da oferta pelo consumidor;

III - identificação do fornecedor responsável pelo sítio eletrônico e do fornecedor do produto ou serviço ofertado, nos termos dos incisos I e II do art. 2º

O artigo 4º e seus incisos, tratam do modo de atendimento que deve ser feito, de forma adequada e facilitada frente ao consumidor. Outro ponto levantado nesse mesmo artigo, no inciso VII, são questões referentes à pagamento e à proteção dos dados do consumidor, quesito que enaltece a confiabilidade do consumidor, reafirmando assim o princípio da confiança que é premissa basilar da relação consumerista. Há ainda, o direito de arrependimento do consumidor, este foi inicialmente descrito no CDC em seu art.49 e reiterado no que diz respeito ao comércio eletrônico pelo decreto 7962/13, no art. 1º, III. Houve uma série de discussões a respeito da aplicabilidade deste recurso.

Art. 49: O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados

O direito de arrependimento encontra-se no artigo 5º do decreto 7962/13 regulamentando a utilização do direito de arrependimento. E por fim, o artigo 6º reafirma o princípio da vinculação à oferta, ou seja, o negócio deve se basear na forma em que foi oferecido, respeitando a oferta, prazos, qualidade, quantidade do produto oferecido, entre outras, cumprindo com tudo aquilo que se comprometeu a cumprir no momento do anúncio (BRASIL, 2013).

Responsabilidade civil no código de defesa do consumidor

Conforme consta no Código Civil de 2002 no artigo 186 e 927, toda e qualquer pessoa que por meio de ato ou omissão, ainda que voluntária, negligência ou imprudência provocar danos a outra pessoa, mesmo que seja somente moral, estará cometendo ilicitude, e assim terá por obrigação repará-lo (BRASIL, 2002). O Direito pátrio adota como regra geral a responsabilidade subjetiva porque esta possui como elementos essenciais à comprovação que de haja culpa.

Porém, ao longo dos anos a responsabilidade civil subjetiva passou a ser insuficiente, não se conseguindo mais aplicá-la a todos os casos concretos ao que se refere a imposição de reparação do dano quando fosse necessário, isso porque nem sempre a conduta do autor estava relacionada a um comportamento que se caracterizava como subjetivo. Ademais, no regime de responsabilidade subjetiva, o ônus da prova da culpa do agente é da vítima, mesmo que esta esteja em situação de vulnerabilidade em relação ao ofensor.

Assim, o Código Civil no parágrafo único do art. 927, destaca a responsabilidade objetiva:

Art. 927 – 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.

Como já citado, a teoria da responsabilidade civil objetiva, é conhecida também como a teoria do risco, onde é exigido somente o dano e o nexo de causalidade entre o dano e a ação, independente da prova da culpa. Nesse aspecto, a configuração da responsabilidade é baseada na natureza da atividade e sustenta-se na ideia de que todo aquele que exerce uma atividade que expõe alguém a um risco está obrigado a reparar o dano que causar. Assim, se o agente decidiu lucrar com determinada atividade, deve assumir os riscos a ela inerentes ou dela decorrentes, assim como usufrui dos frutos positivos.

Segundo Venosa (2012), a teoria do risco pode ser exemplificada, a modo de compreensão, como uma empresa que possui a finalidade de apresentar e expor espetáculos chamativos como método de atrair a maior quantidade de pessoas possíveis, no entanto, ainda que a esta seja permitido se utilizar de todas as alternativas legais para que atinja com notoriedade seu intuito em relação aos seus clientes, fica condicionada que a mesma arcará com as responsabilidades cabíveis segundo a lei, caso infrinja ou se utilize de meios que causem danos à outrem.

Diante disso, levando em consideração a esfera do consumo, é imprescindível a compreensão de reparação de dano frente aos riscos e fragilidades em que podem se impostas ao consumidor.

Responsabilidade civil *e-commerce*

Na atualidade, a evolução da internet proporcionou uma revolução na vida das pessoas e dos negócios, oferecendo mais eficiência na comunicação, mostrando uma forma de ampliar as relações entre as pessoas, e isso também chegou ao âmbito da economia, possibilitando oportunidades econômicas às empresas, empregados e consumidores de uma maneira nunca vista antes. Diante dessa capacidade de transformação, tem-se algumas definições.

Segundo Lima (2009) conceitua o comércio eletrônico sendo todas as relações negociais que são realizadas tendo como instrumento o computador. Tais relações podem se dar via notebook, telefone ou videofone; correio eletrônico; interação de uma pessoa com um banco de dados programado para receber pedidos de compra; ou interação de dois computadores programados para contratarem sem interferência humana. Em sentido lato, considera-se comércio eletrônico como todas as transações comerciais efetuadas eletronicamente, com o objetivo de melhorar a eficiência e a efetividade do mercado e dos processos comerciais. Este processo engloba a venda à distância e a venda realizada por máquinas.

Logo, entende-se o comércio eletrônico como qualquer tipo de negócio comercial que resulta na transferência de informação através da internet. A criação de uma loja *online* é vista pelas empresas não apenas como uma atualização, acompanhamento das novas tendências, mas também como uma área de negócio alternativa explorando as suas vantagens face aos métodos tradicionais.

Assim, levando em consideração esse contexto, é importante que haja aplicação de dois imprescindíveis princípios, o da transparência e da boa-fé. Estes consistem na credibilidade em que o comprador acredita e deposita no fornecedor, uma vez que ao se tratar de comércio eletrônico, onde tudo é feito de modo *online*, deve-se lembrar que a confiança é um fator presente durante o processo e caminho para o desenvolvimento desse comércio.

O Código de Defesa do Consumidor trata a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço de uma forma diferenciada, por se tratar de algo que coloca em risco a integridade física, moral e a saúde do consumidor, devido a sua vulnerabilidade, busca proteger mais amplamente o consumidor e está descrita em seus artigos 12 e 14 do CDC:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

É por meio destes que a crescente e constante informatização das mais diversas atividades transforma a tecnologia da informação em uma área cada vez mais relevante economicamente, onde a expansão levou à especialização e, atualmente, é possível encontrar várias áreas de TI dedicadas a tarefas específicas nas mais diferentes áreas com inúmeros utilidades sejam estas, na saúde, na educação, nas relações públicas, economia, política, no mercado, dentre outros. Assegurando, de modo geral, uma maior facilidade de se abordar os interesses individuais e coletivos.

3.DIREITO DO CONSUMIDOR EM TEMPOS DE PANDEMIA COVID-19

Segundo Rezende *et al.* (2020) no atual panorama da economia o *e-commerce* complementam ou até substituem as estruturas físicas. Dessa maneira sua aplicação pode trazer uma série de melhorias interessantes para o desenvolvimento redução de custos com clientes e funcionários, além disso, pode ter maior contato com os clientes, disponibilizando produtos específicos para cada tipo de cliente, portanto, a loja virtual pode ser disponibilizada aos clientes em qualquer dia da semana, a qualquer hora, para reunir e conquistar mais clientes. Desta forma, a empresa terá motivação e destaque no mercado, podendo aumentar as vendas e os lucros.

Os direitos do consumidor são uma garantia fundamentais na atual legislação brasileira, visto que permite equilibrar as relações de consumo, evitar possíveis abusos por parte de fornecedores e proporcionar ao consumidor a possibilidade de recorrer ao âmbito jurídico para indenizar os danos sofridos por ação ou omissão de terceiros. Portanto, no momento é essencial que todo cidadão tenha conhecimento sobre os seus direitos e saiba buscar soluções para os danos sofridos.

Em 2019, um novo vírus surgiu na China, o que mudou completamente a estrutura do consumismo no mundo, o coronavírus foi oficialmente confirmado no Brasil e se espalhou para outras partes do mundo.

O governo local ordenou um “bloqueio” de todas as atividades escolares, *shopping centers*, cinemas e assim foi proibida o funcionamento de acordo com as medias sanitárias. Tendo em vista esses aspectos, o “*e-commerce*” passou a ser uma forma de dar continuidade à economia, visto de forma onde os empresários pudessem sobreviver e não ir à falência e causar desemprego maciço (LIMA; CUNHA, 2021).

Desde o anúncio da pandemia, o primeiro impacto que percebe-se de imediato é, na verdade, o forte aumento dos preços dos produtos de prevenção COVID-19, além de géis alcoólicos, máscaras e luvas. Acontece que muitos comerciantes aproveitaram o momento e aumentaram injustificadamente o preço das mercadorias. Esta conduta se configura como prática abusiva, vedada ao fornecedor, nos termos do artigo 39, inciso X do CDC.

Para Borges (2021) a demanda e as vendas de itens amplamente aclamados tal como máscaras de proteção e álcool in gel, para prevenir a propagação do vírus aumentaram rapidamente em todo o país, o que fez com que as prateleiras das farmácias e estabelecimentos similares ficassem vazias, onde o preço desse alimento elevou absurdamente. Ressalta-se que as práticas desses fornecedores estão criando oportunidades para o consumo predatório desses itens, principalmente ao se considerar que os mais pobres são excluídos, pois essa parcela da população não terá acesso a esses itens e, portanto, estão mais vulneráveis à risco de contaminação.

Desse modo, pode-se dizer que esse consumidor faz parte das mudanças no comportamento do consumidor durante a pandemia, apresentando assim novos hábitos de consumo tanto na compra física quanto na compra *no e-commerce*.

Nesse prisma de elevação de compras *no e-commerce* Freitas *et al.* (2020) informam que há um grande número de abusos e danos aos consumidores registrado. Como fornecedor, use momentos especiais para abusar de sua força econômica ou tecnologia profissional, impor condições desfavoráveis aos consumidores e aumentar injustamente os preços dos produtos ou serviços, em direta afronta direta aos incisos IV e X, do art. 39 do CDC.

O CDC entende os abusos, incluindo aumentos excessivos nos preços de equipamentos de proteção individual e preços de alimentos em cestas básicas, especialmente no caso de emergências de saúde causadas por pandemias, o que também é uma violação princípio da dignidade da pessoa humana. Considerando que os mais pobres têm maior probabilidade de ser vítimas do novo coronavírus, pois já se encontram em situação de vulnerabilidade social, caso não consigam obter as medidas preventivas mais necessárias.

Na concepção de Nunes (2018), há um foco claro nos produtos típicos de consumo, que são produzidos em massa e comercializados por meio de redes de distribuição, e as cotações são fornecidas em dezenas de ferramentas de comunicação para que alguém possa obtê-las no momento oportuno. Essa preocupação do ponto de vista do próprio CDC mostra que os consumidores se tornaram a parte mais vulnerável e desavisada dessa relação de consumo, expostos a vários comportamentos fraudulentos e causaram erros devido à publicidade enganosa.

Muitas pessoas haviam feito reservas de viagens por meio de reservas de hotel, a dúvida que paira é sobre como fica o dinheiro pago. Essa resposta ocorreu com o surgimento da Medida Provisória 948, de 8 de abril de 2020. Caso a empresa não preveja a possibilidade de reescalonamento e disponibilize crédito dentro do prazo, o consumidor terá o direito de solicitar a restituição do valor pago ou estabelecimento de novo prazo em até 12 meses ou nenhum outro acordo com o consumidor.

Se a opção adotada for o reescalonamento, deverá estar de acordo com padrão sazonal, ou seja, período do contrato deve ser respeitado, e o período de 12 meses será calculado a partir do final da decretação de estado de calamidade pública. As mesmas medidas se aplicam à indústria hoteleira em geral, agências de viagens, agências de viagens, locadoras de veículos, cinemas, teatros, plataformas de venda de ingressos, organizadores de eventos, parques temáticos, parques aquáticos, acampamentos, restaurantes, bares, centros de convenções, exposições e locais.

Nesse ambiente, os consumidores são mais vulneráveis nas relações de consumo previamente firmadas, mas seu impacto se estende além da pandemia. Para Cavaliere Filho (2019) falou sobre a vulnerabilidade dos consumidores e a importância do CDC, dessa forma, a vulnerabilidade é o requisito básico para formular o conceito de consumidor; é a origem da formulação do direito do consumidor, sendo o pilar que sustenta toda a sua filosofia. Onde está reconhecido as desigualdades existentes, buscando estabelecer uma verdadeira igualdade entre as partes na relação de consumo.

No que diz respeito ao Juizado Especial, é na esfera cível que o consumidor pode resolver os seus problemas decorrentes das relações de consumo através do Poder Judiciário. De acordo com os objetivos e princípios que norteiam os Juizados é possível que o consumidor peticione ao Juiz, provocando o Judiciário, sem o intermédio de um advogado em casos que o valor da causa seja inferior a vinte salários mínimos. Além disso, os princípios da celeridade processual, aliados aos incentivos à mediação, permitem que as partes em conflito cheguem a um acordo que satisfaça as suas intenções (XIMENES; PIETZSCH, 2020)

Nesse prisma, é essencial que os consumidores precisam de um advogado como intermediário ou com a ajuda da defensoria pública estadual, que fornece cartilhas sobre

direitos e benefícios. E demonstrando também as responsabilidades de consumidores e fornecedores. Em casos mais graves, também pode apelar para o Ministério Públicos, que tem o compromisso de defender os direitos do consumidor e combater os abusos nas relações de consumo.

Quando se trata de compras *online*, o problema mais comum é sobre o direito de arrependimento, como o consumidor não pode ver o item comprado pessoalmente, é muito comum precisar de uma substituição ou devolução permanente. Para tanto, o CDC garante em seu Art. 49 que os consumidores têm o direito de se retirar do negócio no prazo de 7 dias.

Outro fator básico é que a empresa deve garantir o direito à transparência na publicidade. Isso ocorre porque o art. 37 da CDC proíbe toda e qualquer publicidade enganosa definida no primeiro parágrafo do mesmo artigo como qualquer tipo de informação que possa enganar os consumidores. O art. 30 complementa este direito e garante o vínculo entre a cotação do produto e a obrigação do fornecedor de cumprir a cotação. Em caso de recusa do fornecedor, os consumidores dispõem dos meios especificados no art. 35 que para garantir os seus direitos: exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; ou rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

No ano de 2020 foi inserida a suspensão do art. 49 da Lei nº 8.078, que parece haver duas razões básicas para restringir o direito do consumidor de se arrepender durante a epidemia: uma é pragmática, provando que a suspensão do direito de arrependimento é para eliminar possível aglomeração e exposição à poluição, principalmente quando os consumidores estão inseridos em grupos de risco, devolver produtos aos correios, conduzindo assim ao isolamento social.

O segundo motivo, de natureza econômica, comprova que é razoável restringir os consumidores de exercer o direito de arrependimento nos casos de entrega, a fim de proporcionar um equilíbrio na relação que se estabelece entre o fornecedor e o consumidor, e diminuir a continuidade da exploração do fornecedor de atividades de risco de entrega, Mesmo durante o período de distanciamento social. Identificou preocupações sobre como manter o fluxo de caixa do fornecedor para aliviar a grave crise financeira que ameaça micro e pequenas empresas devido ao mercado em retração.

É importante registrar que o direito de arrependimento ou prazo de reflexão, previsto no art. 49 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), o consumidor está autorizado a rescindir o contrato sem justa causa no prazo de até 7 dias, desde que o contrato de fornecimento de produtos e serviços seja celebrado fora da organização comercial. Nesse aspecto específico, o objetivo do CDC é proteger os consumidores que

não tiveram contato com o produto antes, não têm oportunidade de inspecionar o produto e até mesmo proteger as compras por impulso.

Considerando os vários aspectos envolvidos na discussão, um equilíbrio deve ser encontrado, pois por um lado, o direito ao arrependimento não pode ser garantido em toda e qualquer situação em que o produto seja obtido fora da organização comercial - e isso já antes do estado de calamidade provocado pela Covid-19, e, de outro, não se pode prejudicar o consumidor, que tem insculpida na Constituição Federal a garantia da defesa de seus direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este presente estudo tem como finalidade investigar o impacto do comércio eletrônico e a pandemia de coronavírus no que tange ao consumidor. Nesse sentido, de acordo com a análise dos trabalhos atuais, os consumidores são notórios por serem extremamente vulneráveis devido aos laços consumistas que estabeleceram nos meios eletrônicos. A pandemia do coronavírus mudou a realidade em muitos casos e ensinou a sociedade a repensar o contato e até as compras. Conseqüentemente, é necessário estudar quais são os direitos dos consumidores e quais as obrigações que os fornecedores devem cumprir nas relações de consumo. As compras *no e-commerce* mostram como os consumidores estão expostos, todos precisam estar cientes dos riscos enfrentados pelo *e-commerce*.

Percebe-se que o *e-commerce* continuou se desenvolvendo desde sua adoção, proporcionando uma melhor experiência aos consumidores que buscam agilidade e praticidade, e levando a mudanças no comportamento do consumidor neste período. Deste modo, as pessoas percebem que a pandemia Covid-19 é um fator relevante na promoção do comércio eletrônico nos últimos anos, o que criou novos hábitos de consumo de Internet para sociedade.

Os hábitos e decisões decorrentes da pandemia também podem afetar as expectativas de consumo, pois o consumo virtual na vida desses consumidores aumentou substancialmente e é comum. Desta forma, os consumidores que mostram vontade de se adaptarem ao sistema procuram empresas que tenham um impacto positivo na sociedade, verificam padrões que garantam total confiança e seriedade no e-commerce, para que este hábito possa continuar a existir em todas as áreas de serviços virtuais ao consumidor.

Conclui-se que se trata de um instrumento muito importante para a consolidação dos direitos do consumidor em casos específicos. No entanto, como afirmado, a pandemia causada pelo novo coronavírus pode desencadear mudanças na forma de comprar do consumidor por meio do *e-commerce*. Nesta esteira, fica evidente que o CDC é um mecanismo que auxilia o consumidor para o mesmo não seja lesado, e esta relação esteja

amparada para uma melhor relação, em suma é fundamental em todos os casos analisar que não estejam de acordo.

REFERENCIAIS

ALMEIDA JR., E. **Comércio eletrônico (e-commerce)**. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2010.

AZEVEDO, Cristiano Oliveira; ODONE, Marcos Paulo; COELHO, Marcos Antônio Pereira. Estudo sobre a evolução do comércio eletrônico, suas formas de pagamentos digitais e suas preocupações quanto à segurança e a privacidade. **XI EVIDOSOL e VIII Ciltec-Online, junho**, 2014.

BORGES, Romário Soares. **Vulnerabilidade do Consumidor: E-commerce na Pandemia da COVID-19**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 25 nov 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56681/vulnerabilidade-do-consumidor-e-commerce-na-pandemia-da-covid-19>. Acesso em: 25 nov 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. Decreto nº 7962, de 15 de março de 2013. Regulamenta a Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm. Acesso em: 21 nov. 2021

BRASIL. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, DF, 2002.

BRASIL. Presidência da República. Pesquisa brasileira de mídia 2015: hábitos de consumo de mídia pela população brasileira. Brasília: Secretaria de Comunicação Social, 2015.

CARVALHO, Wellington Roberto Gomes et al. Distanciamento social: fôlego para ciência durante a pandemia de COVID-19 no Brasil. **InterAmerican Journal of Medicine and Health**, v. 3, 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

EL PAIS. **A World Wide Web completa 25 anos. Barcelona**: 12 de mar. 2014. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2014/03/11/tecnologia/1394554623_973239.html. Acesso em: 21 nov. 2021.

FARIAS, Heitor Soares de. O avanço da Covid-19 e o isolamento social como estratégia para redução da vulnerabilidade. Espaço e Economia. **Revista brasileira de geografia econômica**, n. 17, 2020.

FEATHERLY, Kevin. ARPANET. United States Defense Program. Encyclopedia Britannica. Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/ARPANET>. Acesso em: 18 nov. 2021.

FREITAS, Maria et al. **Práticas abusivas em tempos de pandemia COVID-19**. Salão do Conhecimento. Disponível em: <https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaokonhecimento/article/view/17806L>. Acesso em: 25 nov. 2021.

GUERREIRO, A. S. **Análise da Eficiência de Empresas de Comércio Eletrônico usando Técnicas da Análise Envoltória de Dados**. 2009. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção) - Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Produção do Departamento de Engenharia Industrial da PUCRio, RJ, 2009.

HUNT, Tara. **O poder das redes sociais**. Editora Gente Liv e Edit Ltd, 2010.

LIMA, Renata; CUNHA, Frazão. **A Proteção do consumidor frente à contratos internacionais de e-commerce: O Fenômeno amazon no brasil e no mundo**. 2021. Artigo Científico (Bacharel em Relações Internacionais) - Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2021.

LIMA, Rogério Montai de. **Relações contratuais na Internet e Proteção Jurídica do Consumidor**. São Paulo: Editora Nelpa: 2009.

MEDEIROS, Eduardo Alexandrino Servolo. Desafios para o enfrentamento da pandemia covid-19 em hospitais universitários. **Revista Paulista de Pediatria**, v. 38, 2020.

MUCELIN, Guilherme; D'AQUINO, Lúcia Souza. O papel do direito do consumidor para o bem-estar da população brasileira e o enfrentamento à pandemia de COVID-19. **Revista de Direito do Consumidor**, p. 17-46, 2020.

NAKAMURA, André Massami. **Comércio eletrônico riscos nas compras pela internet. Trabalho de Conclusão de Curso** (Graduação em Tecnólogo em Processamento de Dados) - Faculdade de Tecnologia de São Paulo, 2011.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. Saraiva Educação SA, 2018.

RAGAZZI, Jose Luis et al. **Direito do Consumidor**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REZENDE, Adriano Alves et al. A reinvenção das vendas: as estratégias das empresas brasileiras para gerar receitas na pandemia de covid-19. **Boletim de Conjuntura (BOCA)**, v. 2, n. 6, p. 53-69, 2020.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **A suspensão do direito de arrependimento do artigo 49 do CDC**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-17/garantias-consumo-suspensao-direito-arrependimento-cdc>. Acesso em: 25 nov. 2021.

SOARES; Carlos H. Hentz; BATISTA, Lucas Pelegrinelli B.; Fernando, SCANDIUZZI. Comércio eletrônico: fatores que estimulam e desestimulam os consumidores. **Rev. Científica Eletrônica UNISEB, Ribeirão Preto**, v.5, n. 5, p.34-52, 2015.

SUSSKIND, Richard. **Tomorrow's Lawyers**. Nova York: Oxford University Press, 2013.

TOREZANI, N. **O crescimento do onlie no Brasil**. Revista iMasters, 2010. Disponível em: <http://imasters.com.br/artigo/9649/e-commerce/o-crescimento-do-e-commerce-no-brasil/>. Acesso em: 17 nov. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 10.

XIMENES, Alexia Praia.; PIETZSCH, Ingo Dieter. **A proteção dos consumidores nas compras pela internet em tempos de pandemia**. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-consumidor/a-protecao-dos-consumidores-nas-compras-pela-internet-em-tempos-de-pandemia/>. Acesso em: 25 jun. 2021.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE EM RAZÃO DA PROPAGAÇÃO DE “FAKE NEWS”

VALLERY EUNICE REIS DE LIMA:
Graduanda em Direito pelo Centro
Universitário UNA Contagem.

THÚLIO FIGUEIREDO MOURÃO CASSIANO

(coautor)

RESUMO: O Presente Artigo visa abordar temas pertinentes à responsabilização civil por danos aos direitos da personalidade em razão das de “fake News”, que consistem na propagação de notícias falsas ou boatos que são transmitidos com a intenção de enganar, difamar ou obter vantagens bem como proveito econômico. O fácil acesso à internet e aos meios audiovisuais nos dias atuais colabora com o aumento imoderado na propagação das “fake News”. Deste modo, o trabalho, em tela busca aprofundar no tema com o intuito de elucidar de forma minuciosa o que são as notícias falsas, e como são propagadas, bem como a responsabilidade civil pelos danos aos direitos da personalidade em virtude da propagação das mesmas.

Palavras-chave: Dano aos direitos de personalidade. *Fake News*.

ABSTRACTS: This Article aims to address issues relevant to civil liability for damages to the rights of the personality due to “false news”, which consists of the propagation of false news or rumors that are transmitted with the intention of deceiving, defaming or obtaining advantages as well as economic benefit. The easy access to the internet and audiovisual media nowadays collaborates with the immoderate increase in the propagation of “fake news”. Thus, the work on screen seeks to deepen the theme in order to elucidate in detail what are false news, and how they are propagated, as well as civil liability for damages to the rights of the personality due to the propagation of the previous ones.

Keywords: Damage to personality rights. fake news

Sumário 1. Introdução. 2. Análise acerca da responsabilidade civil. 2.1. Conduta. 2.2. Culpa ou dolo. 2.3. Nexo causal. 2.4. Dano. 3. Direitos da personalidade. 3.1. Proteção jurídica aos direitos da personalidade. 4. Compreendendo as “fakes news”. 5. Danos aos direitos da personalidade em razão de “fake news” e o papel da responsabilidade civil. 6. Conclusão. 7. Referências.

I - Introdução

O avanço tecnológico proporcionou à sociedade, inegavelmente, diversos benefícios, em especial no que diz respeito ao acesso à informação. Notícias são difundidas de forma cada vez mais rápida, podendo ser acessadas em diversas plataformas e de diversos lugares. Todavia, nem só efeitos positivos o avanço tecnológico nos proporcionou. Dentre os efeitos negativos, estão as *'fakes news'*, ou notícias falsas, que, do mesmo modo, são propagadas em velocidade surpreendente e causam uma série de prejuízos à sociedade. Diante disso, este trabalho se propôs a analisar o fenômeno da *'fake news'* e compreender os diversos prejuízos que decorrem em razão dessa prática, especialmente no que tange os danos causados aos direitos de personalidade, averiguando, para isso o papel da responsabilidade civil na proteção e reparação desses direitos.

Para cumprir com o objetivo aqui proposto, esse trabalho se sustenta em três eixos centrais, a saber: responsabilidade civil; direitos de personalidade; e o fenômeno das *'fakes news'*. Em um primeiro momento, será feita uma análise dos principais pontos da responsabilidade civil no direito brasileiro, buscando, dessa forma, trazer uma compreensão que, ainda que não exaustiva sobre o tema, nos possibilite examinar como a responsabilidade civil influenciará na proteção e na reparação aos direitos de personalidade em razão da propagação de *'fake news'*.

Posteriormente, serão estudadas as principais características dos direitos de personalidade e como ocorre sua proteção jurídica. Além disso, buscar-se-á compreender quais direitos de personalidade podem ser eventualmente violados em razão da propagação de *'fake news'*. Por fim, será investigado o fenômeno das *'fake news'* e suas principais características para, posteriormente, demonstrar como a responsabilidade civil pode auxiliar na proteção aos direitos de personalidade e na sua reparação em caso de violação motivada por propagação de *'fake news'*.

II - Análise acerca da responsabilidade civil

A responsabilidade civil está positivada entre os artigos 927 e 954 do Código Civil, estando presente nos referidos artigos todas as regras atinentes a diversos tipos de responsabilidade, como, por exemplo, a disposta no artigo 932, inciso I, que define a responsabilidade dos pais pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia.¹⁷

Trabalhando sobre o tema, Sérgio Cavalieri Filho afirma que responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo, que surge em razão da violação de uma obrigação que, por sua vez, se trata de um dever jurídico originário.¹⁸

17 BRASIL. Código Civil de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.

18 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 2.

Investigando a noção de responsabilidade civil, Alexandre Cortez Fernandes explica que ela pode ser compreendida de duas formas, quais sejam em sentido amplo e em sentido estrito.

Em sentido amplo, “a responsabilidade civil denota uma situação jurídica em que alguém tem o dever jurídico de indenizar outrem em virtude de obrigação que decorre de uma dada situação fática”.¹⁹

Com relação ao sentido estrito da responsabilidade civil, por sua vez, afirma o referido autor que “é tomada como o específico dever de indenizar oriundo de um dado fato lesivo imputável a um determinado agente”.²⁰

A responsabilidade civil, em resumo, se traduz como um dever reparatório, que surge para determinada pessoa em razão do ato danoso ilícito por ela causado a um terceiro.

Dentre as diversas espécies de responsabilidade existentes, imprescindível para a compreensão do tema aqui proposto a distinção entre a responsabilidade subjetiva e objetiva.

O parágrafo único do artigo 927 do Código Civil²¹ traz a regra geral responsabilidade objetiva, traduzindo-a como uma obrigação reparatória que independe de culpa, devendo ser aplicada em razão de previsão legal ou quando a atividade realizada pelo causador do dano colocar em riscos direitos de terceiros. A título exemplificativo, é possível visualizar a responsabilidade objetiva nas relações de consumo. O Código de Defesa do Consumidor definiu, em seu artigo 12, como objetiva a responsabilidade do fornecedor de produtos. Com isso, é indiferente, para fins reparatórios, a existência de culpa do fornecedor ao causar o ato ilícito ao consumidor.

Acerca do surgimento da responsabilidade objetiva, Bruno Miragem explica o seguinte:

Desenvolve-se no direito contemporâneo a partir do século XIX, em parte como consequência do desenvolvimento industrial e tecnológico daquela época, assim como da crescente urbanização da vida de relações. Justifica-se pela impossibilidade prática, ou mesmo a inutilidade da investigação acerca da presença de culpa como critério para definir a responsabilidade do agente. E representa, ao

19 FERNANDES, Alexandre Cortez. *Direito Civil: responsabilidade civil*. Caxias do Sul: EducS, 2013, p. 12.

20 FERNANDES, Alexandre Cortez. *Direito Civil: responsabilidade civil*. Caxias do Sul: EducS, 2013, p. 12.

21 BRASIL. Código Civil de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.

mesmo tempo, o desenvolvimento gradual de um novo parâmetro ético da vida de relações, que identifica fundamento suficiente para imputação de responsabilidade a alguém, com base no risco que sua atividade expõe à demais pessoas.²²

Dessa forma, como dito, a responsabilidade objetiva se define como a responsabilidade que independe de culpa, sendo facultativa sua existência. Todavia, como alerta Carlos Roberto Gonçalves, a relação de causalidade entre ação e o dano é indispensável ainda que a responsabilidade seja objetiva, tendo em vista que não se pode acusar quem não tenha dado origem ao evento danoso.²³

A responsabilidade civil subjetiva, por sua vez, exige a existência de culpa pelo ato danoso para o surgimento do dever reparatório. Sendo adotada como regra geral, afastada apenas em situações excepcionais ou mediante previsão legal, a responsabilidade subjetiva encontra seu fundamento no artigo 186 do Código Civil, que preceitua: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.²⁴

Arnaldo Rizzardo diz que “pela teoria da responsabilidade subjetiva, só é imputável, a título de culpa, aquele que praticou o fato culposos possível de ser evitado. Não há responsabilidade quando o agente não pretendeu e nem podia prever, tendo agido com a necessária cautela”.²⁵

Conforme se extrai do próprio artigo 186 do Código Civil, para que se configure a responsabilidade civil, deverão ser observados quatro pressupostos, quais sejam a ação ou omissão; a culpa ou o dolo; o nexo causal; e, por fim, o dano.

Esses pressupostos são fundamentais para a compreensão da responsabilidade civil pois, em regra, na ausência de um deles inexistirá responsabilidade, salvo a responsabilidade objetiva, que dispensa a culpa ou o dolo. Assim sendo, importante uma análise de cada um desses pressupostos.

II.A - Conduta

22 MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Direito Civil: *responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 114.

23 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 4: *responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 48.

24 BRASIL. Código Civil de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.

25 RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 34.

O primeiro pressuposto da responsabilidade civil é a conduta do agente, ou seja, a ação ou omissão por ele praticada que dá origem ao evento danoso causado em desfavor de terceiro.

Sérgio Cavalieri Filho, ao trabalhar esse pressuposto, afirma que a conduta é o “comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade seu aspecto psicológico, ou subjetivo”.²⁶

Sílvio Rodrigues explica que a responsabilidade do agente pode surgir em razão de ato próprio, de ato de terceiro que está sob sua responsabilidade ou em razão de danos causados por coisas que estão sob a responsabilidade do agente. Sobre a responsabilidade proveniente de ato próprio, o referido autor explica que é aquela que surge de uma ação pessoal que, ao infringir uma norma, causa prejuízos a terceiro. Acerca da responsabilidade por ato de terceiro, surge quando o agente está legalmente responsável pelos atos de outra pessoa, tal como o pai responsável pelos atos do filho menor. Por fim, a responsabilidade pelos danos causados por coisas que estão sob a guarda do agente surge em razão de ser ele quem está sob o domínio da coisa, como ocorre, por exemplo, em casos de defenestramento.²⁷

II.B - Culpa

A culpa, compreendida em seu sentido amplo, irá abarcar o dolo e a culpa em sentido estrito. O dolo, explica Sílvio Rodrigues, é a conduta do agente que tem como objetivo a realização do dano, ou seja, o agente, de forma intencional, planeja e executa o ato delitivo. A culpa em sentido estrito, por sua vez, ocorre quando o agente não tinha a intenção de causar prejuízos à vítima, mas o faz em razão de imprudência, imperícia ou negligência.²⁸

Conceituando a culpa em sentido amplo, Sérgio Cavalieri Filho afirma que ela irá “abranjer toda espécie de comportamento contrário ao Direito, seja intencional, como no caso de dolo, ou tencional, como na culpa”.²⁹

Cavalieri Filho ainda explica que há no dolo uma ação intencional voltada à prática de um fim ilícito, enquanto na culpa, em sentido estrito, há a violação de um dever de cuidado, que gera como resultado o ato danoso, previsível ou previsto.³⁰

26 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 25.

27 RODRIGUES, Sílvio. *Responsabilidade Civil*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 16.

28 RODRIGUES, Sílvio. *Responsabilidade Civil*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 16.

29 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 31.

30 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 32; 36.

Dessa forma, razoável concluir que, no dolo, sempre existirá a vontade do agente destinada a um fim ilícito, que tem como resultado o dano a um terceiro, enquanto a culpa surge em razão da violação de um dever de cuidado, proveniente de imprudência, imperícia ou negligência. A imprudência se traduz como a falta de cautela ao realizar certa conduta; a imperícia, por sua vez, significa a falta de habilidade técnica para realizar determinada atividade; a negligência, por fim, é compreendida como uma falta de cuidado em razão de conduta comissiva.

A título exemplificativo, o dolo apto a ensejar responsabilidade existe quando determinado agente, de forma intencional, coloca fogo no veículo de um desafeto. A culpa, por sua vez, existiria em uma situação hipotética em que uma pessoa não habilitada assume a condução de um veículo e ocasiona um acidente, vindo a gerar danos em outro veículo.

II.C - Nexo de causalidade

O nexo de causalidade, também chamado de nexo causal, é o terceiro pressuposto da responsabilidade civil, e se traduz como a relação de ato e consequência entre a ação do agente causador do dano e o dano suportado pela vítima. É nesse sentido a explicação de Flávio Tartuce, para quem o “nexo causal constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém”.³¹

Sobre o tema, Sérgio Cavalieri Filho esclarece:

É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta; e o resultado. A relação causal estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano; determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente. Algo assim como: se chover fica molhado.³²

Dessa forma, tendo em vista que o nexo causal constitui o elo entre a conduta e o dano, restará preenchido o pressuposto em análise sempre que, em razão de determinada conduta danosa e ilícita do agente, uma pessoa vier a sofrer prejuízos.

II.D - Dano

31 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 379

32 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 49.

Por fim, resta examinar o último pressuposto da responsabilidade civil, qual seja o dano. Sobre esse pressuposto, Sérgio Cavalieri Filho conceitua-o da seguinte forma:

Subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.³³

O dano se traduz, portanto, como o efetivo prejuízo suportado pela vítima que, em razão de ato ilícito causado por outrem, sofre um dano patrimonial ou moral.

Imprescindível salientar, pois, que ausente qualquer desses pressupostos, prejudicada restará a responsabilidade civil, salvo a responsabilidade objetiva, que surge independentemente da existência de culpa.

III - Direitos da personalidade

Dentre os inúmeros direitos fundamentais para o exercício de uma vida digna, encontramos os direitos da personalidade. Tais direitos possuem, no ordenamento jurídico, distinta importância, tendo em vista que eles garantem ao indivíduo direitos como a integridade física e a honra.

Para Paulo Nader

os direitos da personalidade decorrem unicamente da condição humana e visam a proteger os atributos da personalidade. Não se confundem com os direitos humanos, mas deles se desprendem. Pode-se dizer que os direitos da personalidade constituem expressão do Direito Natural, porque são a-históricos, derivam da ordem natural das coisas e são revelados pela participação conjunta da razão e experiência.³⁴

Carlos Alberto Bittar, investigando o tema, aponta que na doutrina existem duas concepções para os direitos da personalidade, uma positivista e outra naturalista.

Para a corrente positivista, os direitos de personalidade configuram direitos subjetivos que auxiliam na formação da personalidade humana. Sem esses direitos, a personalidade

³³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 77.

³⁴ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil, volume 1: parte geral*. 11. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 198.

do sujeito seria irrealizável e carente de valor, uma vez que inviabilizaria o exercício de diversos outros direitos subjetivos. Todavia, a referida corrente compreende como direitos de personalidade apenas aqueles provenientes do ordenamento positivo, precisando, pois, do reconhecimento do Estado.

A corrente naturalista compreende os direitos de personalidade como faculdades exercidas normalmente pelo homem, se relacionando com as características inerentes à condição humana, sendo, pois, direitos inatos.³⁵

Dessa forma, direitos da personalidade são aqueles que estão intrinsecamente ligados ao indivíduo, sem os quais ele não se desenvolveria de forma plena e digna, motivo pelo qual merecem especial atenção do ordenamento jurídico.

Nesse sentido é que é possível perceber a real importância dos direitos da personalidade. Impossível imaginar, por exemplo, alguém que não tenha resguardado seu direito ao nome, um dos mais importantes direitos da personalidade. Através do nome o sujeito se firma e se reconhece enquanto indivíduo dentro de uma coletividade, se diferenciando dos demais. Tal direito de personalidade deve acompanhar o indivíduo em toda e qualquer situação, jamais podendo ser tolhido. A propósito, oportuno destacar que até mesmo os presos possuem resguardado, de maneira integral, o direito ao nome. A Lei de Execução Penal³⁶ definiu, em seu artigo 41, inciso XI, que os presos possuem o direito ao chamamento nominal, não se admitindo que sejam chamados por números ou alcunhas, protegendo, dessa forma, um direito que é inerente a todo e qualquer ser humano, independentemente de sua situação.

O Código Civil trata dos direitos da personalidade em capítulo próprio, abrangendo os artigos 11 a 21. Nos referidos artigos, é possível encontrar diversas características dos direitos da personalidade, como, por exemplo, a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, presentes no artigo 11. Dizer que os direitos de personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis significa dizer que seu titular não pode transmitir ou dispor de tais direitos.

Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá, ao trabalharem as características dos direitos da personalidade, apontam, além das duas mencionadas acima, que eles são: absolutos; necessários; vitalícios; extrapatrimoniais; imprescritíveis; e impenhoráveis. Por absoluto compreende-se que os direitos da personalidade exigem uma atitude negativa por parte de todos, na medida em que todos devem se abster de praticar atos lesivos aos direitos da personalidade. Necessários pois eles são primordiais para a efetivação da dignidade humana e definidores da própria existência humana. A

35 BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 37; 38.

36 BRASIL. Lei de Execução Penal. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jul. 1984.

vitaliciedade dos direitos da personalidade reside no fato de que eles acompanham o indivíduo por toda sua vida. São extrapatrimoniais pois eles não são suscetíveis de avaliação econômica, ainda que em razão deles possa existir repercussão no patrimônio da pessoa. Os direitos da personalidade são imprescritíveis na medida em que, ainda que seu titular permaneça inerte, eles não serão extintos, não existindo qualquer prazo para seu exercício ou defesa. Por fim, a impenhorabilidade significa que os direitos da personalidade não podem ser transmitidos coativamente a um terceiro em razão de decisão judicial.³⁷

Os direitos da personalidade não constituem um rol fechado, mas sim um rol aberto, ou seja, não apenas aqueles direitos da personalidade expressamente elencados entre os artigos 11 e 21 estão protegidos pelo ordenamento jurídico, mas também diversos outros. É o que ocorre, por exemplo, com o direito à intimidade que, embora não previsto nos artigos mencionados, é um direito de personalidade e como tal dever tratado. De acordo com Paulo Nader, a ausência de um extenso capítulo tratando sobre o tema e elencando diversos direitos da personalidade foi proposital, pois, dessa forma, tornou-se viável o auxílio da doutrina e da jurisprudência na construção da temática.³⁸

III.A - Proteção jurídica aos direitos da personalidade

Conforme demonstrado, os direitos da personalidade possuem especial importância dentro do ordenamento jurídico, uma vez que auxiliam a conferir à pessoa a dignidade que lhe é merecida tão somente pelo fato de ser pessoa. Por esse motivo, a proteção a esses direitos precisa ser efetiva, garantindo aos seus titulares a devida reparação quando violados. Não há que se admitir, tampouco banalizar, em um Estado Democrático de Direito, violações aos direitos de personalidade, pois, caso contrário, restaria prejudicada a própria existência humana.

Por essa razão, o próprio artigo 12 do Código Civil tratou de definir que “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.³⁹

Qualquer pessoa que tenha um direito de personalidade violado por terceiro poderá reclamar judicialmente, cobrando do violador as reparações cabíveis. Explicando a tutela aos direitos de personalidade, Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá dizem que ela pode ser inibitória ou indenizatória.

37 NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. *Direitos da Personalidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 33; 34; 35.

38 NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, volume 1: *parte geral*. 11. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 199.

39 BRASIL. Código Civil de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002

A tutela inibitória tem como escopo impedir que surja, se repita ou continue a lesão ao direito da personalidade. A tutela inibitória irá atuar de forma preventiva, tendo lugar antes da prática do ato danoso, considerando que a ameaça, por si só, já se apresenta como um ato lesivo ao direito da personalidade.⁴⁰

Ainda acerca da tutela inibitória, os referidos autores destacam “que esse tipo de tutela deve ser privilegiado frente a tutela indenizatória, que só terá início após a ocorrência da lesão. É muito mais salutar buscar um instrumento que evite a própria ocorrência do prejuízo do que tentar compensá-lo posteriormente ou reduzir-lhe os efeitos”.⁴¹

Sobre a tutela indenizatória, esclarecem que ela tem o objetivo de reparar os danos causados a determinado direito da personalidade de uma pessoa. Para isso, surge para o violador a responsabilidade civil pelos prejuízos causados, sejam eles físicos ou morais, fazendo com que haja, para o lesado, o retorno ao estado anterior ao dano, restituindo materialmente aquilo que for possível e, aquilo que não o for, compensando.⁴²

Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá ainda explicam que os danos podem ser de natureza material, moral ou estética. O dano material, também chamado de patrimonial, é aquele dano suscetível de apreciação econômica, podendo, por esse motivo, ser economicamente reparado. O dano moral, por sua vez, é a lesão a direitos da personalidade, refletindo no caráter existencial da pessoa, e não patrimonial. O dano estético, por fim, é aquele dano que atinge o corpo humano, causando marcas físicas no mesmo.⁴³

Inegável a importância dos direitos de personalidade para o desenvolvimento da pessoa e, do mesmo modo, a importância de sua tutela. Em qualquer ordenamento jurídico que preze pelo respeito e pelo desenvolvimento da pessoa, os direitos de personalidade serão colocados em primeiro plano e respeitados, coibindo-se quaisquer formas de violações dos mesmos.

40 NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. *Direitos da Personalidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 47.

41 NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. *Direitos da Personalidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 48.

42 NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. *Direitos da Personalidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 49.

43 NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. *Direitos da Personalidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 50;53.

Por esse motivo, importante analisar, como será feito nos tópicos seguintes, como as “fake news” podem impactar negativamente em direitos da personalidade de terceiros, causando danos sérios e irreversíveis.

IV - Compreendendo as “fakes news”

Com o avanço tecnológico e a expansão da internet, o acesso aos meios de informação cresceu significativamente. Além disso, pelas mesmas razões passou a ser, prioritariamente, digital. Os principais jornais do mundo, por exemplo, estão em plataforma digital, permitindo que o cidadão o acesse em qualquer local do mundo.

Outro fenômeno que se observa na atualidade diz respeito aos meios tradicionais de informação, que estão, gradativamente, cedendo espaço aos meios alternativos. O número de pessoas que buscam informações em fontes tradicionais e especializadas como jornais ou revistas vêm caindo significativamente. Segundo Roseli Andrion, sete em cada dez brasileiros se informam pelas redes sociais.⁴⁴

De fato, imensurável os benefícios que a ampliação do acesso à informação nos trouxe, possibilitando, por exemplo, que tenhamos acesso, quase que de forma simultânea, às notícias de fatos que ocorrem em outro continente. Todavia, tal fato nos trouxe também algumas angústias e infortúnios, como é o caso das “fake news”.

“Fake news” é um termo em inglês utilizado para se referenciar a notícias falsas. De acordo com o dicionário de Cambridge, traduz a ideia de histórias falsas, sob aparência de notícias, que se espalham pela internet ou outros meios de comunicação, criadas com o objetivo de manipular opiniões políticas ou como uma brincadeira.⁴⁵

As “fake news” são um fenômeno que vêm crescendo em larga escala nos últimos anos. Diversos são os motivos que dão origem à criação de notícias falsas. Podem ser motivadas por interesses financeiros ou difamatórios, por exemplo. Além de manipular a opinião política ou funcionar como uma simples brincadeira, como dito, a criação de uma notícia falsa pode ter fins outros e também viabilizar a propagação de verdadeiro caos na sociedade, a depender de seu teor e da proporção de sua disseminação.

A disseminação de “fake news” podem ter consequências severas e irreversíveis. Exemplo disso ocorreu em agosto de 2018 no México, ocasião em que dois homens inocentes, após boatos espalhados por redes sociais de que seriam sequestradores de

44 ANDRION, Roseli. *Pesquisa aponta: sete em cada dez brasileiros se informam pelas redes sociais*. Olhar Digital, 2019. Disponível em: <<https://olhardigital.com.br/noticia/pesquisa-aponta-sete-em-cada-dez-brasileiros-se-informam-pelas-redes-sociais/82274>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

45 DICTIONARY, Cambridge. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/fake-news>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

crianças, foram espancados e queimados vivos. O fato ocorreu na cidade de Acatlán, no estado de Puebla, no México. Um jovem e seu tio foram vistos, em determinada ocasião, perto de uma escola infantil. Noutra ocasião, foram presos por perturbar a paz. Após esse fato, surgiram boatos pela cidade de que esses homens seriam sequestradores de crianças, envolvidos com tráfico de órgãos. A notícia falsa tomou significativa proporção após o compartilhamento através do Facebook e do WhatsApp, fato que gerou mobilização social. No dia da prisão, mesmo após declaração da polícia de que eles não eram sequestradores, dezenas de pessoas se aglomeraram na porta da delegacia, até que em determinado momento conseguiram capturar os suspeitos, espancando-os e ateando fogo nos mesmos.⁴⁶

Outro caso de “fake news” que ficou mundialmente conhecido ocorreu em novembro de 2017. Um casal americano lançou uma campanha na internet para conseguir doações para um morador de rua. No caso em questão, o casal divulgou pelas redes sociais mensagens que diziam que, durante uma viagem, eles ficaram sem combustível e, em determinado momento, o referido morador de rua, de posse de seus últimos vinte dólares, adquiriu combustível para ajudá-los. Diante dessa narrativa, a campanha foi divulgada objetivando as doações para o morador. Todavia, a história não passava de uma mentira. Foi arrecada a quantia de mais de quatrocentos mil dólares, tendo sido doada por mais de quatorze mil pessoas. Todo o dinheiro arrecadado foi gasto pelo casal e pelo suposto morador de rua em carros, viagens, cassinos e roupas de luxo.⁴⁷

Os danos decorridos em razão da propagação de “fake news” são, de fato, severos. Um fator que contribui para esse fenômeno são as redes sociais, tais como Facebook e WhatsApp. Através delas, as pessoas compartilham as informações falsas, na maioria das vezes, em razão de não checarem acerca da veracidade das informações. Em pesquisa realizada, apenas 47% das pessoas entrevistadas disseram que sempre verificam se as notícias que recebem são verdadeiras, enquanto 42% disseram que verificam às vezes e 11% nunca o fazem.⁴⁸

Imensurável, pois, os prejuízos que podem advir da propagação de “fake news”. Diante desse cenário, o tópico seguinte busca investigar como as notícias falsas podem

46 MARTÍNEZ, Marcos. *Como as ‘fake news’, no WhatsApp levaram um povoado a linchar e queimar dois homens inocentes*. BBC, 2018. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/salasocial-46206104>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

47 O CASAL e o morador de rua que enganaram o mundo com campanha de doações. BBC, 2018. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/geral-46233140>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

48 9 em cada 10 internautas receberam fake news. IBOPE INTELIGÊNCIA, 2018. Disponível em: < <http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/9-em-cada-10-internautas-receberam-fake-news/>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

causar danos aos direitos da personalidade e, além disso, em que medida a responsabilidade civil pode auxiliar na reparação desses danos.

V - Danos aos direitos da personalidade em razão de “fake news” e o papel da responsabilidade civil

Conforme investigado nos tópicos anteriores, os direitos da personalidade são fundamentais para o pleno desenvolvimento humano, pois é através deles que o sujeito se reconhece e se firma enquanto indivíduo dentro da sociedade e, do mesmo modo, obtém toda a dignidade e respeito que lhe é inerente à condição de pessoa.

Imprescindível, portanto, a preservação ampla e efetiva dos direitos da personalidade, não podendo o Estado violar tais direitos ou admitir que os violem. A tutela aos direitos de personalidade, tanto preventiva quanto a repressiva, precisa ser, sempre, muito eficaz, auxiliando, dessa forma, na proteção a esses direitos.

As “fake news” surgem em um momento de expressivo avanço tecnológico, em que a informação chega às pessoas de forma fácil e rápida, resultando em um alto consumo de conteúdo, que é, por vezes, superficial e, até mesmo, falso. As informações nem sempre são obtidas em meios confiáveis, o que acaba resultando em propagação de diversas notícias falsas por parte daquelas pessoas que não se preocupam em checar a veracidade das informações que consomem. Significativa parte dessa propagação de notícias falsas ocorre através das redes sociais, em especial através de plataformas como WhatsApp e Facebook, conforme pesquisa realizada pelo Ibope Conecta.⁴⁹

Em razão da velocidade de propagação e da abrangência das “fake news”, consequências nefastas podem surgir, tal como o caso do linchamento de dois homens inocentes, mencionado no tópico anterior.

Diante desse cenário, inegável, portanto, que as “fake news” podem atingir diversos direitos da personalidade de terceiros, resultando em prejuízos incalculáveis. Através da propagação de notícias falsas, a honra de determinada pessoa envolvida na notícia falsa pode ser severamente abalada e, dependendo do caso, jamais ser restaurada, tal como ocorrido com Adriana Machado Klein, uma técnica de enfermagem do estado do Rio Grande do Sul.

A técnica em enfermagem ficou surpresa ao chegar em casa e ser informada pela vizinha que ela e o namorado estavam sendo apontados como assassinos de uma criança de nove anos. Foi divulgado pelo WhatsApp um texto, juntamente com a foto do casal,

⁴⁹ 9 em cada 10 internautas receberam fake news. *IBOPE INTELIGÊNCIA*, 2018. Disponível em: <<http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/9-em-cada-10-internautas-receberam-fake-news/>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

que eles eram os responsáveis pelo homicídio de uma criança, tendo como objetivo a venda de órgãos. A notícia se espalhou pela região e trouxe diversas consequências ao casal. Adriana precisou se abrigar em casa de parentes em um município vizinho por algum tempo com medo de sofrer represálias. O namorado da enfermeira precisou se afastar do trabalho por dois dias em razão do episódio e, além disso, não puderam usar o veículo que tinham em razão de ter sido exposta a identificação do mesmo.⁵⁰

Diversos Tribunais já decidiram acerca de situações envolvendo “fake news”, reconhecendo, quando o caso, a violação a direitos da personalidade e determinando a reparação cabível. Recentemente o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios condenou um portal de notícias a pagar indenização por danos morais por divulgar notícia falsa de que uma servidora estaria adulterando ponto eletrônico. Além disso, o portal de notícias também foi condenado a divulgar direito de resposta da servidora em seu site e em suas páginas do Facebook e do YouTube.⁵¹

A propagação de notícias falsas, portanto, poderá refletir na esfera da responsabilidade civil, fazendo com que surja para que cria ou dissemina tais notícias o dever de indenizar perante a pessoa lesada. Conforme preceitua o artigo 186 do Código Civil, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.⁵² Da leitura de tal artigo, não nos resta dúvida que, causado o dano em razão de “fake news”, a pessoa cuja notícia falsa lhe afeta fará jus à indenização. Cumpre esclarecer que ainda que a propagação não gere danos materiais, poderá gerar danos morais, que deverão ser reparados, fazendo com que se restaure o direito de personalidade violado e, quando não for possível, indenizando-o.

⁵³A honra da pessoa figura entre os mais importantes direitos da personalidade, não podendo ser violada. A propagação de “fake news” facilmente poderá violar a honra da pessoa exposta na notícia, resultando, por vezes, em prejuízos irreparáveis. Há que se destacar também que, além das consequências cíveis estabelecidas pela responsabilidade civil, a propagação de “fake news”, quando atingem a honra, podem constituir também um ilícito penal. Os crimes contra a honra consistem em calúnia, difamação e injúria, conforme

50 ARAÚJO, Luiz Antônio. *Como acusação falsa no WhatsApp abalou a vida de uma técnica de enfermagem gaúcha*. BBC, 2018. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46226327> >. Acesso em: 12 mar. 2019.

51 ROBERTO, Wilson Furtado. *Site é condenado a indenizar servidora por divulgação de “fake news”*. Juristas, 2018. Disponível em: < <https://juristas.com.br/portal/2018/12/29/fake-news/#.XIg9oyhKhWw> >. Acesso em: 12 mar. 2019.

52 BRASIL. Código Civil de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.

53 BRASIL. Código Penal. Institui o Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 7 dez. 1940.

disposto nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal, respectivamente. De acordo com os referidos artigos, a calúnia consiste em atribuir falsamente a alguém fato definido como crime; a difamação consiste em imputar a alguém fato que ofende sua reputação; a injúria, por fim, consiste na ofensa à dignidade ou decoro de alguém.

Dessa forma, ainda que determinada pessoa seja condenada a indenizar outra, seja material ou moralmente, em razão da propagação de "fake news", ela poderá também suportar as consequências penais decorrentes em razão de tal ato.

Diante do exposto, fica evidente que a propagação de "fake news" podem abalar os direitos da personalidade, causando aos mesmos diversos tipos de danos e, surgindo o dano ilícito, surge o dever reparatório, albergado pela responsabilidade civil, conforme trabalhado em tópico anterior.

VI - Considerações finais

O presente trabalho se sustentou em três eixos principais, quais sejam: a responsabilidade civil, os direitos da personalidade e as "fake news". Com isso, objetivou-se compreender de que forma as "fake news" acabam por violar os direitos da personalidade e como a responsabilidade civil auxilia na proteção e reparação a tais direitos quando atingidos pelas notícias falsas.

A velocidade da informação, bem como a facilidade e amplitude em seu acesso, é uma importante conquista da humanidade, que foi viabilizada pelo avanço tecnológico ocorrido ao longo dos últimos anos. Infelizmente, dentre os malefícios disso, encontramos as "fake news", que são um fenômeno que se propaga em larga escala dentro de nossa sociedade.

Para combater esse mal, é preciso que a sociedade se conscientize e passe a adotar um posicionamento crítico perante as notícias, realizando a checagem das fontes e das informações. É preciso compreender que, se assim não agirmos, inevitavelmente estaremos violando direitos da personalidade de terceiros, causando com isso, por vezes, danos irreparáveis àquela pessoa que foi injustamente envolvida na notícia falsa. Não é demais lembrar que, como abordado, os direitos da personalidade, constituem parte importante para o desenvolvimento do sujeito dentro de uma coletividade, motivo pelo qual precisam ser amplamente protegidos.

Imprescindível salientar, ainda, acerca das diversas consequências provenientes acerca da propagação de "fake news". Na esfera cível, poderá ensejar em reparação por danos morais e/ou patrimoniais. Na esfera penal, caso a propagação da notícia falsa resulte em crime de injúria, calúnia ou difamação, a pessoa que o realizou poderá sofrer, na pior

das hipóteses, pena de três anos de reclusão. Portanto, as consequências para que propaga notícias falsas poderão ser severas.

Diante disso, é preciso que todos tomem consciência acerca dos severos danos que podem surgir em razão da propagação de “fake news”. Os direitos da personalidade da pessoa envolvida na notícia falsa podem ser severamente abalados e, até mesmo, jamais reparados. Mais salutar a todos e até mesmo mais eficiente que as consequências cíveis e penais para quem propaga a notícia falsa, é conscientização da sociedade acerca desse fenômeno. Perante esse cenário, é preciso que, inicialmente, adotemos uma postura cética perante as notícias que recebemos, de forma que, apenas após uma investigação mais acurada acerca dos fatos, possamos tomá-los como verdade e, a partir de então, divulgá-los. Assim, estaremos nos prevenindo de possíveis consequências jurídicas em razão da propagação de notícia falsa e, ainda, resguardando os direitos da personalidade de terceiros.

VII - Referências

ROBERTO, Wilson Furtado. *Site é condenado a indenizar servidora por divulgação de “fake news”*. Juristas, 2018. Disponível em: < <https://juristas.com.br/portal/2018/12/29/fake-news/#.XIg9oyhKhWw>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. Código Civil de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.

BRASIL. Código Penal. Institui o Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 7 dez. 1940.

9 em cada 10 internautas receberam fake news. *IBOPE INTELIGÊNCIA*, 2018. Disponível em: < <http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/9-em-cada-10-internautas-receberam-fake-news/>>. Acesso em: 10 mar. 2019

ARAÚJO, Luiz Antônio. *Como acusação falsa no WhatsApp abalou a vida de uma técnica de enfermagem gaúcha*. BBC, 2018. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46226327>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

MARTÍNEZ, Marcos. *Como as ‘fake news’, no WhatsApp levaram um povoado a linchar e queimar dois homens inocentes*. BBC, 2018. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/salasocial-46206104>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

O CASAL e o morador de rua que enganaram o mundo com campanha de doações. *BBC*, 2018. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/geral-46233140>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

ANDRION, Roseli. *Pesquisa aponta: sete em cada dez brasileiros se informam pelas redes sociais*. Olhar Digital, 2019. Disponível em: <<https://olhardigital.com.br/noticia/pesquisa-aponta-sete-em-cada-dez-brasileiros-se-informam-pelas-redes-sociais/82274>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

DICTIONARY, Cambridge. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/fake-news>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. *Direitos da Personalidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, volume 1: *parte geral*. 11. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Lei de Execução Penal. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jul. 1984.

RODRIGUES, Sílvio. *Responsabilidade Civil*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 2: *direito das obrigações e responsabilidade civil*. 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FERNANDES, Alexandre Cortez. Direito Civil: *responsabilidade civil*. Caxias do Sul: Educ, 2013.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Direito Civil: *responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 4: *responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

DA IMPOSSIBILIDADE DO RECEBIMENTO DOS ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE DE FORMA CUMULADA

RAIAN GABRIEL FERNANDES BATALHA:
Graduando em Direito pela universidade do norte- UNINORTE.

WINSTON DE ARAÚJO TEIXEIRA⁵⁴

(orientador)

RESUMO: O presente estudo pretende analisar os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que pendem a vedação da concessão dos adicionais de periculosidade e insalubridade, de forma conjunta. Esses adicionais decorrem de pressupostos como um meio ambiente com agentes insalubres ou condições perigosas que afetam a saúde e segurança do trabalhador, a vedação da acumulação está de forma expressa no ART.193, §2º da Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT. Ademais, procura expor breve aspecto de desenvolvimento do trabalho no Brasil, para entendimento da evolução das condições de trabalho e perante os direitos trabalhistas, assim como a observância do texto da Constituição Federal, mais especificamente, o inciso XXIII do art. 7º, que evidencia o direito ao pagamento dos respectivos adicionais aos trabalhadores expostos e do que traz as convenções n.º 148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), da qual o Brasil é signatário. Em face, utiliza-se por métodos exploratórios de pesquisa bibliográfica e análise aos julgados e doutrinas, mesmo que minuciosos, para extrair suas ciências.

Palavras-chave. Saúde. Trabalhador. Adicionais de periculosidade e insalubridade. Vedação da Cumulação.

INTRODUÇÃO

Em análise do texto da Constituição procura observar uma proteção decorrente das relações de trabalho em condições da qual deteriore a saúde e prejudique a segurança dos trabalhadores. Para compreender a concessão dos adicionais, é importante salientar sobre o meio de concessão dos respectivos. Tais são benefícios concedidos ao empregado exposto a condições deteriorantes a sua saúde e segurança, relacionada ao ambiente, ou condição ao qual se sujeitam. Os adicionais são devidos aos trabalhadores para "recompensá-los" pela exposição, mesmo havendo um entendimento pacífico quanto a natureza salarial e não indenizatória dos adicionais. Em meio aos perigos de difícil

⁵⁴ Professor do Centro Universitário do Norte – UNINORTE. Especialista em Direito e Processo do Trabalho e Previdenciário. Doutorando em Ciências Jurídicas pela UFPB. E-mail: winstonteixeira@ufam.edu.br

reparação no labor, como consequência, busca observar o desenvolvimento das condições de trabalho até a efetivação dos adicionais.

Tal pesquisa foi elaborada com base na análise do artigo 193, §2º da CLT, assim como o texto da constituição junto das convenções de n.º 148 e 155 da OIT, e a análise de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema, para extrair compreensão dos fatores pelo qual o legislador ao elaborar o artigo 193 §2º da CLT impossibilitou a concessão conjunta dos adicionais, ainda que decorrente de fatores distintos.

Em relevância, entre outros motivos, existem oportunidades para a ampliação da compreensão em âmbito nacional das condições de concessão dos adicionais, assim como a impossibilidade da disponibilidade de obter os referentes adicionais de forma cumulada, distribuídos aos trabalhadores exposto simultaneamente aos agentes e condições. Analisando assim a disposição do trabalhador no meio ambiente laboral, distinguindo a forma de concessão do adicional de insalubridade e periculosidade e descrevendo os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais pertinentes.

Busca-se colaborar com a compreensão do devido direito, com a referente interpretação presente na nossa Carta Magna, aos trabalhadores que se encontram em tal situação, para melhorar suas condições de trabalho e incentivar o empregador a ter atitudes de manejo e busca de soluções para que os agentes insalubres e condições de trabalho perigosas possam ser sanadas, no que for possível.

1 EVOLUÇÃO DO TRABALHO E A CLT

Anteriormente as condições de trabalho não eram fáceis, inexistia qualquer categoria de normativo ou direito assegurado ao trabalhador, sendo este submetido muitas vezes a condições precárias.

Villela (2010), ao longo dos séculos, o trabalho veio evoluindo e se desenvolvendo de acordo as questões sociais. No latim a palavra "trabalho" é *tripalium*, denominado a um antigo instrumento de tortura, evidenciando esforço, sofrimento, cuidado, encargo.

Nesse contexto, umas das primeiras formas de trabalho não favorável, foi a escravidão, no Brasil se evidencia em meados do século XVI, resultado da colonização dos portugueses que a princípio tentaram escravizar os índios, no entanto, diante as dificuldades encontradas, optaram em realizar o tráfico de homens e mulheres afrodescendentes para os colocarem para trabalhar em suas lavouras de café, minas de ouro, engenhos de açúcar e nas cozinhas de suas fazendas. Contudo, com o passar dos anos, houve fatores que contribuíram para cessar a escravidão no Brasil, dentre estes pode-se citar a principal, a abolição da escravidão no Brasil em 1888, que resultou

gradativamente em implantação de leis que proibia o trabalho escravo. A partir disso, uma série de transformações, ao que se refere o assunto, ocorreram.

Outro importante marco da evolução do trabalho no Brasil se deu pela Revolução Industrial, iniciada no século XVIII na Inglaterra, onde as máquinas passaram a substituir o homem. No entanto, apesar do marco, inexistiam condições que assegurassem um trabalho seguro e adequado. Conforme Boulos Junior (2012, p. 74):

Os ambientes das fábricas eram sujos, escuro e sem ventilação adequada. Havia falta de refeitórios e banheiros, e o ar era quase impossível de respirar. O trabalho era de repetição intensa e as jornadas muito longas. Crianças, homens e mulheres trabalhavam de 14 a 18 horas por dia, com pausas apenas para refeições (JUNIOR 2012, p. 74).

Nesse cenário, onde os trabalhadores eram desvalorizados e tinham seus direitos negados, era notório a importância de leis que regulamentassem as condições de trabalho. Foi nesse momento da história, que no Brasil, o então presidente da República Getúlio Vargas, através de Decreto-Lei nº 5.452 no dia 1.º de maio de 1943, criou a consolidação das Leis do Trabalho (CLT), objetivando principalmente a regulamentação das relações individuais e coletivas de trabalho nela prevista (Artigo 1.º da CLT).

Em meio a importante evolução do Direito do Trabalho no cenário nacional, o Brasil ganha nova Constituição em 1946, a qual foi considerada a mais democrática até então, visto possuir em seu bojo temas como, "a participação dos trabalhadores nos lucros (art. 157, IV), repouso semanal remunerado (art. 157, VI), estabilidade (art. 157, XII), direito de greve (art. 158) e outros direitos que estavam na norma constitucional anterior" (MARTINS, 2012, p. 12), bem como, retirava a Justiça do Trabalho do Poder Executivo e a incluía no Judiciário.

A partir disso, o trabalho no Brasil continuou a passar por intensas reformas com o reconhecimento de uma série de direitos trabalhistas através de leis ordinárias.

2 CONCEITO DE EMPREGADO E EMPREGADOR

Na Consolidação das Leis do Trabalho são conceituadas no próprio artigo 2.º, onde a palavra empregador é caracterizada sendo a referida empresa possuidora do aspecto físico ou jurídico que utiliza da remuneração a outrem para exercer atividades que são de seu interesse:

Art. 2.º — Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

É importante destacar que a empresa empregadora é provida de três importantes e indispensáveis características, são estas: a admissão do empregado, o assalariamento adequado e a direção. A primeira característica refere-se à contratação do empregado que consequentemente, torna obrigatório a responsabilidade da empregadora de fornecer o assalariamento adequado e condizendo a função desempenha pelo empregado, e por fim, no que diz respeito a direção, esta faz jus à autoridade de inspeção e administração dos serviços prestados.

É citado na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu artigo 2.º, a descrição das entidades de fins legais que se equiparam ao empregador:

§ 1.º — Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

Ao nível de esclarecimento, visto que se depara constantemente à dúvida do conceito de empregador. Nascimento (2009) esclarece que, este engloba e diz respeito a definição de empresa e entidades correspondentes, onde a palavra “empregador” é o ente possuidor de empregados, objetivando ou não fins lucrativos.

Como exemplo, pode-se citar os condomínios residências, ainda que destituídos de personalidade jurídica própria, são considerados pertencentes à categoria de empregador, referente à vinculação aos seus empregados. (SUSSEKIND, 2010).

Conforme o artigo 3.º da CLT, a vinculação do empregador com o empregado acaba resultando em uma relação de dependência, onde o empregador necessita da prestação de serviços do empregado e este, presta os serviços que lhe foram conferidos visando o retorno da remuneração em salário. Assim, o empregador é visto como um prestador de serviços contínuos de uma empresa.

Para que um indivíduo seja reconhecido como empregado, este deve obrigatoriamente prestar serviços contínuos, ou seja, os desenvolvimentos de suas atividades laborais na empresa, que não devem ser eventuais, em contrapartida, os indivíduos prestadores de serviço ocasional que não são efetivamente provenientes na empresa, não podem receber essa denominação, pois, são apenas trabalhadores, inexistindo o vínculo empregatício (PINTO, 2003).

Ainda segundo o mesmo autor, é através de poder hierárquico que subsiste a dependência, também denominada subordinação ao empregador detentor de tal poder quanto aos indivíduos prestadores de serviços.

Por fim, pode-se citar como última característica, o que se enuncia pela lei. Sendo esta que, somente serão considerados empregados os indivíduos que atendem os pressupostos do vínculo empregatício em que prestar serviço para a empresa, ainda assim não excluindo a possibilidade de servir uma pessoa física e está ser considerada empregadora.

3 CONDIÇÕES E NORMAS LEGAIS A RESPEITO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

3.1 Adicional de Insalubridade

A palavra salário deriva da palavra latina *salarium*, originando -se da palavra sal, era a forma de pagamento utilizada pelos romanos aos empregados domésticos. O surgimento do salário é uma forma de transformar o sistema de trabalho escravo em um sistema de trabalho livre que traga a sensação de “compensação”, diante disso, existem modalidades especiais de remuneração, incluindo os adicionais, ou seja, um aumento da remuneração dos empregados que prestam serviços em certas condições.

Conforme o artigo 192 da CLT, trabalhar em condições de insalubridade pode fazer com que o trabalhador perceba como adicional o equivalente a 40% (grau máximo), 20% (grau médio) e 10% (grau mínimo) de adicional de trabalho insalubre, para os que trabalham em exposição a agentes insalubres acima dos limites de tolerância, fixados pelo MTE, e calculados sobre o salário mínimo.

Adiante, a súmula 139 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) afirma que, considerado trabalho insalubre, para todos os fins legítimos, faz parte da remuneração do empregado. O subitem 15.3 da Norma Regulamentadora (NR) 15 insiste que, no caso de múltiplos fatores insalubres, apenas o nível mais alto é considerado para atingir a finalidade de aumento salarial sendo vedado o acúmulo de percepção.

Conforme estabelecido no art.189 da CLT, as atividades insalubres referem-se às atividades que habitualmente expõem os empregados a fatores prejudiciais à saúde e excedem o limite legal permitido. Quintana (2016) afirma que, são aquelas que expõem os empregados a fatores prejudiciais à saúde devido à sua natureza, condições ou métodos de trabalho que excedem os limites de tolerância determinados pela natureza e força do agente, além do tempo de exposição aos seus efeitos.

Adiante, as condições insalubres de trabalho estão listadas na NR n.º 15. O decreto de n.º 3.214 /1978 do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) , descreve quais agentes químicos, físicos e biológicos são prejudiciais à saúde dos trabalhadores e estipula os limites de resistência do organismo a essas infrações. Conforme a NR n.º 15, as atividades nas seguintes condições, são consideradas trabalho insalubre: ruído contínuo ou

intermitente, ruído de impacto, exposição a alta temperatura, radiação ionizante, trabalho sob alta pressão, radiação não ionizante, vibração, frio, umidade, agentes químicos insalubres, poeira mineral e agentes biológicos que se caracterizam pela tolerância e inspeção do local de trabalho (SOARES *et al.*, 2015).

Quando se fala em limites de tolerância, significa dizer ser “a concentração ou intensidade máxima, ou mínima, relacionada com a natureza e o tempo de exposição ao agente, que não causará danos à saúde do trabalhador, durante a sua vida laboral” (NR15).

Quanto à competência para aprovar o regime de atividade insalubre, o artigo 190 da CLT enfatiza que o MTE aprovará o regime de atividades e operações insalubres, e passará normas sobre a caracterização de insalubridade, limites de tolerância, agentes agressores, métodos de proteção e acesso dos trabalhadores a esses agentes. As características das condições insalubres serão determinadas pelo conhecimento profissional de médicos ou engenheiros do trabalho registrados no MTE.

Visto que a legislação estipula quais são as substâncias consideradas nocivas à saúde, os laudos periciais por si só não são suficientes para dar direito ao trabalhador o adicional correspondente, sendo necessário estipular no laudo oficial a presença do agente na lista definida NR -15.

3.2 Da neutralização do agente insalubre

No que se refere aos parâmetros para cessação da exposição dos trabalhadores a agentes insalubres, importa ressaltar a norma regulamentadora n.º 15, mais especificamente em seu item 15.4.1, que discorre sobre a possibilidade de eliminação e neutralização do agente insalubre:

A eliminação ou neutralização da insalubridade deverá ocorrer: a) como adoção de medidas de ordem geral que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância; b) com a utilização de equipamento de proteção individual.

Eludindo ao empregador a possibilidade para tomar medidas de proteção, procurando métodos para a diminuição ou eliminação da exposição do trabalhador ao agente insalubre, sanando-os por meio de Equipamentos de Proteção Individual (EPI), ou outros.

constando que, na medida que os adicionais são parcialmente concedidos, a procura do empregador que tem empregados expostos a situações insalubres e perigosas, ou até mesmo exposto a diversos agentes insalubres distintos, deixe de procurar melhorais

na proteção. Nesse sentido, necessário se faz mencionar o entendimento do ilustre Martins (2015, p. 278) que preconiza, in verbis:

O certo, porém, seria o empregador eliminar a insalubridade no local de trabalho ou o empregado não estar sujeito a trabalhar em locais insalubres. O pagamento do adicional não resolve o problema relativo à saúde do trabalhador (MARTINS 2015, p.278)

Portanto, os adicionais que são pagos para contraprestação ao desgaste da saúde do trabalhador, não resolvem a degradação a saúde dele, sendo, mais importante a busca dos meios de combate e eliminação dos agentes insalubres que justamente a “contraprestação” deles.

3.3 Adicional de Periculosidade

O adicional de periculosidade pode ser definido como a contraprestação paga pelos trabalhadores por desempenho profissional em um ambiente de trabalho potencialmente perigoso, que pode causar ferimentos graves ou até mesmo levar a morte em momentos inesperados, afetando sua segurança. O conceito jurídico de perigo pode ser encontrado no artigo 193 da CLT, que descreve:

“São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado por exposição permanente do trabalhador a: I — inflamáveis, explosivos ou energia elétrica; II — roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.”

Diante disso, as atividades e operações perigosas também estão previstas pela NR de n.º 16 do MTE e se aplica a profissionais que trabalham com funções específicas em que estejam relacionadas a inflamáveis, explosivos, energias elétricas e profissionais que lidam no setor de segurança. O artigo 193 da CLT em seu parágrafo 1.º estabelece ainda que o trabalho em condições perigosas assegura ao empregado um adicional de 30% sobre o salário do mesmo.

A identificação e caracterização das condições perigosas e insalubres devem ser realizadas por médico ou engenheiro de segurança do trabalho legalmente habilitado, conforme descrito no artigo 195 da CLT abaixo:

Art. 195. A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo de Médico do

Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho.

Conforme afirmado por Miranda (2010), ele distingue o adicional de periculosidade, porque ao contrário do adicional de insalubridade que afeta a saúde dos trabalhadores, o adicional de periculosidade deve-se considerar que o trabalhador exerce atividades perigosas colocando em risco sua vida ou segurança pessoal, de uma forma iminente.

Pode-se observar que, ao contrário das condições insalubres que afetam a saúde dos trabalhadores, onde as atividades ou operações perigosas na forma de regulamentos aprovados pelo MTE, referem-se à atividades ou operações que envolvam riscos, devido à sua natureza ou métodos de trabalho, portanto, a exposição permanente a:

I- Inflamáveis explosivos ou energia elétrica; II - Roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial; § 4.º - São também consideradas perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta.

A Súmula 364, I do Tribunal Superior do Trabalho, declara que os trabalhadores têm direito ao adicional quando exposto às condições de risco permanente ou de riscos intermitentes. Inapropriado sendo, somente quando o contato ocorre acidentalmente ou quando ocorre por um tempo muito curto.

Se certas condições estipuladas forem atendidas, os trabalhadores terão direito a adicional de periculosidade. Portanto, os trabalhadores devem estar por tempo hábil expostos a determinadas atividades perigosas, além do perigo, os trabalhadores também estarão expostos a riscos, como no caso de um acidente, podendo ser mutilado ou até mesmo levar a morte.

Além dos casos de periculosidade previstos na CLT, a Lei n. 7.369/85, institui aos trabalhadores que laboram em setor de energia elétrica, com sistema elétrico de potencial risco ou com equipamentos e instalações elétricas similares, que evidenciam condições de risco. Sendo devido um adicional de 30%, sobre o salário que recebem.

4 DOUTRINAS E JURISPRUDÊNCIAS SOBRE A IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO

4.1 Aspectos doutrinários

Em tese, ao longo da história, se deu mais atenção ao tratamento de doenças do que à prevenção delas. No entanto, a Organização Mundial da Saúde (OMS), visa proporcionar à todas as pessoas um nível mais elevado de saúde, conceituando saúde

como um estado físico, mental e social completo, que inclui não apenas a ausência de doenças ou fraqueza, e destacam que gozar do melhor estado de saúde possível é um dos direitos básicos de todos, independentemente de raça, religião, convicção política ou condição socioeconômica (AMARO, 2013).

Embora tenha havido relativo progresso em regulamentação, as doenças e acidentes de trabalho continuam afetando a classe trabalhadora. Oliveira (2018) explica que face a esta situação preocupante, os trabalhadores passam a responder, exigindo melhores condições de segurança, higiene e saúde no trabalho, e a questionar a eficácia de compensações adicionais para compensar os riscos ocupacionais. Com base em laudos médicos, a análise de diversos comportamentos que discutem a doença ou incapacidade para o trabalho. Permite constatar que, geralmente, o trabalho insalubre ou perigoso é um dos principais motivos do diagnóstico em caso de doença e / ou acidente.

A legislação trabalhista adota normas para proteger os trabalhadores que desempenham suas funções em atividades insalubres e perigosas, na tentativa de reduzir o impacto dessas atividades na saúde dos trabalhadores. Porém, se as atividades desenvolvidas forem acompanhadas de comportamentos insalubres e perigosos, o empregado sujeito a essa condição terá o direito de escolher o adicional que lhe seja mais benéfico, em vez de acumular percepções dessas duas condições.

Doutrina e jurisprudência majoritária defendem a impossibilidade de acumulação desses adicionais. O principal motivo do uso está contido no art. 193, §2 da CLT:

“São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a: [...] § 2.º - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.”

A doutrina tem um entendimento quase que pacífico de que os sujeitos não têm o direito de acumular adicionais de trabalho insalubre e perigoso quando expostos a tais condições.

Entende-se que o trabalhador deve escolher o adicional que seja mais benéfico para ele, mesmo que ele também esteja trabalhando em um ambiente onde sua saúde seja afetada, ou seja fatal.

Martins (2012) os obreiros não serão impedidos de ter os adicionais, tanto que escolherá a maior renda adicional. Correspondendo com o princípio da legalidade, e que ninguém é obrigado a fazer ou não fazer a menos que seja exigido por lei.

A doutrina minoritária defende que a exposição do trabalhador a agentes múltiplos ocasiona uma corrosão maior ao trabalhador. Se existe a verificação de ambos, não é impossível aceitar os dois em simultâneo. Nesse sentido Magalhães e Guerra (2014):

A não cumulação é extremamente prejudicial ao obreiro, tendo em vista que cada um dos agentes gravosos pode gerar dano a bens distintos, pois enquanto o agente insalubre agride sua saúde, o agente perigoso põe em risco sua integridade física. O fato gerador de cada um dos adicionais é distinto, autônomo; logo o acréscimo financeiro também deveria ocorrê-lo.

Com o seguinte raciocínio, Quintana (2016) explica que as Convenções n.º 148 e n.º 155 da Organização Internacional do Trabalho- OIT que tratam sobre a saúde e segurança dos trabalhadores, ambas ratificadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, por meio do Decreto n.º 1.254, de 29 de setembro de 1994, e apesar de não trazerem a possibilidade de acumulação, por não se evidenciar a expressão “acumulação” não significa ser impossível de acontecer, pois, não há uma vedação.

Em suma, a exposição a agentes autônomos acaba por deteriorar com mais eficácia a saúde e segurança do trabalhador, pois o mesmo é agredido acima dos parâmetros, condicionando-o a um risco maior. Ignorando assim, um dos princípios basilares do direito trabalhista, o princípio da proteção, que em seu bojo estão presentes o princípio da condição mais benéfica e o *in dubio pro operario*, sendo devido, portanto, as normas mais favoráveis ao obreiro.

A maioria dos doutrinadores adota o princípio da legalidade, estipulando que se o obreiro trabalhar em condições perigosas e insalubres, em simultâneo, fica claramente estipulado por lei que o valor extra, não se acumulará. Da mesma forma, Carrion (2011) apontou que a lei impede o acúmulo dos adicionais de insalubridade e periculosidade; o direito de escolher um dos dois pertence aos trabalhadores. As atividades são consideradas perigosas e insalubres, e eles podem escolher as atividades adicionais mais adequadas. Não podendo acumular em nenhuma circunstância.

O art. 193, §2.º, da CLT, assegura o direito do trabalhador de escolher entre um adicional de periculosidade e o adicional de insalubridade, significa que ele não tem o direito de receber os dois em simultâneo. Portanto, ao escolher um adicional, o trabalhador abre mão do outro.

Garcia (2009) enfatiza que há vantagem de estar nessas condições, pois, não é o empregador que escolhe o adicional que for o mais vantajoso. Sendo fundamental o direito de escolha do empregado, não do empregador. Além disso, segundo o autor, na prática, os empregados escolherão o adicional de periculosidade calculados com base no salário-base, em vez do adicional de insalubridade calculado sobre o salário mínimo, a menos que recebam apenas um salário mínimo, por ser mais vantajoso.

A Constituição Federal, de 1988, em seu art. 7.º, XXIII, diz que os empregados têm direito ao recebimento de indenização adicional no exercício de atividades penosas, insalubres ou perigosas, correspondendo os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, bem como outros direitos que visam a melhoria de suas condições sociais: [...] XXIII - Compensação adicional por atividades insalubres ou perigosas, consoante a lei, cerceado em parte pela CLT.

4.2 Aspectos jurisprudenciais

A priori o estudo será pautado da decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Neste acórdão, o recorrente apresentou o Recurso Ordinário para alterar a sentença de primeira instância, alegando que na sentença onde o mesmo pleiteou acumular os adicionais de insalubridade e periculosidade, todavia:

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. CUMULAÇÃO. INVIABILIDADE.

Não é possível a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Adoção da Súmula 76 deste Tribunal, no sentido de que: "O pagamento cumulativo dos adicionais de insalubridade e periculosidade encontra óbice no artigo 193, § 2.º, da CLT, o qual faculta ao empregado o direito de optar pelo adicional mais favorável". Apelo não provido. A C Ó R D Ã O. Vistos, relatados e discutidos os autos. ACORDAM os Magistrados integrantes da 2.ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4.ª Região: por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário interposto pelo autor. R E L A T Ó R I O. Requer a reforma da decisão para que seja autorizada a cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade. Com contrarrazões pela demandada (fls. 448-51), os autos sobem para julgamento. É o relatório. RECURSO ORDINÁRIO DO DEMANDANTE. Cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade. Na petição inicial, o reclamante requer o pagamento do adicional de insalubridade,

tantos quantos forem os agentes insalubres, de forma cumulada com o adicional de periculosidade, por ele já percebido. Com base no art. 193, § 2º, da CLT, e na NR 15 da Portaria 3.214/78 do MTE, o Magistrado sentenciante considera que, no caso de incidência de mais de um fator de insalubridade, é devido o pagamento do grau mais elevado apenas. No mesmo sentido, reputa ser indevida a pretensão de cumular o adicional de insalubridade em grau máximo (apurado pela perícia realizada no processo) com o adicional de periculosidade percebido ao longo do contrato. A decisão a quo determina também que o adicional de insalubridade seja apurado sobre o salário mínimo nacional.

Conforme recurso ordinário interposto pelo recorrente, o recurso impõe o acúmulo de adicional de insalubridade e periculosidade, alegando que trabalhou em ambiente exposto a fatores insalubres e perigosos que ultrapassou o limite de tolerância. O recorrente enfatiza que ele foi exposto a mais de uma condição de insalubridade.

De acordo com o trecho do acórdão:

Ao exame. O demandante foi contratado em 11/04/1989, para exercer a função de auxiliar de segurança industrial (contrato de trabalho, fls. 42-3). O vínculo de emprego perdurou até 20/10/2014, conforme alegações das partes (defesa, fl. 26; e manifestação, fl. 312). O acionante recebia o pagamento do adicional de periculosidade, como indicam os contracheques (fls. 51-115), durante todo o período contratual não atingido pela prescrição. O laudo pericial, elaborado pelo Engenheiro em Segurança do Trabalho, conclui que o reclamante laborava em condições insalubres em grau máximo, pelo contato com substâncias previstas no Anexo 13 da NR 15 da Portaria 3.214/78 do MTE (BRASIL. TRT 4º. Recurso Ordinário nº 0000944- 26.2016.5.04, Recorrente Principal: Micael Barth. Recorrido Principal: Braskem S.A. Relator Desembargador: Gilberto Destro. Porto Alegre, 25 de agosto de 2016).

De acordo com documentos analisados, o recorrente recebeu um adicional por periculosidade e, conforme evidenciado pelo salário fornecido, o laudo pericial elaborado pelo técnico do trabalho, concluindo que o reclamante trabalhou em toda a extensão em condições insalubres.

No entanto, o pedido foi rejeitado. No entendimento do relator, os adicionais de insalubridade e de periculosidade não podem se acumular. Ele utilizou a súmula 76 do mesmo órgão julgador para justificar sua decisão. Nesse caso, a solicitação do recorrente de pagamento de insalubridade além da quantidade de agentes insalubres também é considerada inadequada. Para o relator, a incidência de mais de um fator prejudicial à saúde só é devido o pela maior incidência, segundo o art. 193, § 2º da CLT e também a NR-15 da portaria 3.214/78 do MTE.

Na segunda sentença, o estudo analisou o acórdão da 5ª turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, em que a autora interpôs Recurso ordinário, visando reformar a sentença que exigia a acumulação de adicionais de insalubridade e periculosidade.

Segue a ementa do acórdão:

E M E N T A. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE COM O ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. O pagamento cumulativo dos adicionais de insalubridade e periculosidade encontra óbice no artigo 193, § 2º, da CLT, o qual faculta ao empregado o direito de optar pelo adicional mais favorável. Inexistência de violação aos incisos XXII e XXIII, do artigo 7º, da Constituição. Súmula nº 76 deste Tribunal.

O reclamante alegou ser possível aceitar de forma cumulativa o adicional insalubre e perigoso, justificando o art. 193, § 2º da CLT, permite que os trabalhadores recebam esse recibo e insiste não haver violação dos incisos XXII e XXIII, do art. 7º da CF/88 e súmula 76 deste presente.

A C Ó R D ã O. Vistos, relatados e discutidos os autos. ACORDAM os Magistrados integrantes da 5ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: à unanimidade de votos, negar provimento ao recurso do reclamante. Intime-se. R E L A T Ó R I O. Inconformado com a sentença de improcedência da ação, o reclamante interpõe recurso ordinário. Busca a reforma da sentença quanto ao pedido de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. (fls. 413- 416). Com contrarrazões da reclamada, vêm os autos a este Tribunal, para julgamento. É o relatório. VOTO. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE. O juízo de origem rejeitou o pedido de cumulação de adicionais de insalubridade e periculosidade, considerando que, embora a perícia técnica produzida no presente feito tenha atestado a

existência de insalubridade em grau máximo nas atividades do demandante, este já recebia adicional de periculosidade. Irresignado, o reclamante busca a reforma da sentença para lhe ser deferido o pagamento do adicional de insalubridade em grau máximo calculado sobre o salário básico ou sobre o salário mínimo, com reflexos. Insiste na tese de que é possível a cumulação dos adicionais em questão. Invoca as convenções 148 e 155 da OIT. Transcreve subsídio jurisprudencial e judicioso.

Nesta parte do parágrafo da sentença, o requerente fez referência às Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) nº 148 e 155, e apontou que essas convenções abrem margem para a possibilidade de acumular.

Nesse prisma segue o voto do relator:

Sem razão. A Constituição Federal no inciso XXIII do artigo 7º, implicitamente discrimina a opção entre os adicionais de insalubridade e periculosidade, assim como o parágrafo 2º do artigo 193 da CLT veda a cumulação dos referidos adicionais. A nova Súmula nº 76 deste Tribunal assim estabelece: Súmula nº 76 - ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. ACUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. O pagamento cumulativo dos adicionais de insalubridade e periculosidade encontra óbice no artigo 193, § 2º, da CLT, o qual faculta ao empregado o direito de optar pelo adicional mais favorável. Inexistência de violação aos incisos XXII e XXIII, do artigo 7º, da Constituição. Quanto à aplicabilidade das Convenções Internacionais ratificadas pelo Brasil, como bem referido pelo julgador de origem, entendo que "Não existe em qualquer dos dispositivos tanto da convenção 148 quanto da 155 da OIT previsão para que haja o pagamento cumulativo dos adicionais de insalubridade e periculosidade". Assim, indevida a cumulação de adicionais de insalubridade e periculosidade nos termos do artigo 193, §2º, da CLT. Nego provimento ao recurso ordinário do reclamante.

Corroborando com as jurisprudenciais já existente a turma negou o provimento ao recurso ordinário do reclamante, por compreender a impossibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, ressaltando que as convenções da OIT não fazendo nenhuma alusão à possibilidade de cumulação dos adicionais em questão e ainda sustenta sua decisão nos termos do art. 193, § 2º da CLT.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, os temas expostos estão relacionados à saúde dos trabalhadores, onde visam compensar os danos causados à saúde dos mesmos, concedendo os respectivos adicionais, enquanto os trabalhadores enfrentam riscos iminentes devido ao seu ambiente de trabalho. Já as condições insalubres, ao longo do tempo, os trabalhadores são afetados por fatores químicos, físicos e biológicos que incidirão em sua saúde e gradativamente, levarão à ocorrência de doenças futuras.

As medidas de saúde e segurança dos trabalhadores podem manter as condições normais do ambiente de trabalho, entre a garantia do nível mínimo de bem-estar físico, psicológico e social, através do cumprimento das medidas preventivas legalmente prescritas e ir ao encontro de medidas protetivas mais efetivas, invés de apenas conceder o direito ao pagamento de parcelas pecuniárias, de caráter complementar, em que são conhecidos como adicionais, que fornece condições especiais para trabalhadores expostos.

Embora a possibilidade de acumular adicionais de insalubridade e periculosidade tenha encontrado obstáculos na maioria dos entendimentos da doutrina e da jurisprudência, principalmente devido ao entendimento restritivo do art. 193, § 2º, da CLT, tendente ao pensamento legalista, nesta cláusula, os trabalhadores só podem optar por um adicional, assunto com ampla relevância no direito do trabalho e nas questões sociais, pois, está diretamente relacionado aos direitos decorrentes da exposição direta dos trabalhadores. Portanto, ao formular essa norma, o legislador deixou de observar princípios basilares do direito trabalhista, como princípio da norma mais benéfica, deixando de observar com preocupação à saúde do obreiro, o que a ele era mais benéfico, na qual está protegido em parâmetro constitucional e internacional.

Por fim, observa-se uma visão completamente legalista, não relutante a aspectos inerentes a saúde dos trabalhadores, que de uma forma ou outra, são impactados pelo resto da vida. Desconsiderando assim, pressupostos para melhoria das condições de trabalho.

REFERENCIAIS

AMARO, António Duarte. A crise e os riscos psicossociais no âmbito de segurança e saúde no trabalho. D. d. Coimbra, Riscos Naturais, Antrópicos e Mistos. **Homenagem ao Professor Doutor Fernando Rebelo**, p. 569-584, 2013.

BRASIL Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 364. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SU M- 364. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (2 turmas). Tribunal Regional Federal da 2ª Região TRF-2: 0027713-24.2013.4.02.5101 0027713-24.2013.4.02.5101. Execução fiscal. conselhos de fiscalização profissional. extinção do processo sem julgamento do mérito. fixação do valor da anuidade por resolução. inconstitucionalidade, Brasília, DF. 2014. Disponível em: <https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/504877639/recurso-ordinario-ro-205060920155040204/inteiro-teor-504877649>. Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. NR 15 – Atividades e Operações Insalubres, 2011. Disponível em: http://www.ccb.usp.br/arquivos/arqpeessoal/1360237303_nr15atualizada2011ii.pdf. Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (3º turma). Recurso Ordinário nº 0000767-62.2014.5.04.0761, Recorrente Principal: Jeferson Pires das Neves. Recorrido Principal: Braskem S.A. Relator Desembargador: Gilberto Destro. Porto Alegre, 01 de setembro de 2016

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 47. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html#SUM-47. Acesso em: 16 nov. 2021.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Manual de direito do trabalho. Método, 2009.

JUNIOR, Alfredo Boulos. **História: sociedade & cidadania**. 8. ed.- São Paulo: FTD, 2012.

MAGALHÃES, Aline Carneiro; GUERRA, Roberta Freitas. Uma análise pela cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, v. 21, n. 40, p. 161-181, 2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. Editora Atlas, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho 31**. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MIRANDA, Maria Bernadete. **Curso teórico e prático de direito empresarial**. GZ Editora, 2010.

NASCIMENTO, Amauri. **Iniciação ao direito do trabalho**. 28 ed. São Paulo: Ltr, 2009.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional - De acordo com a Reforma Trabalhista Lei n. 13.467/2017**. 10. ed. São Paulo : LTr, 2018.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de direito individual do trabalho**. São Paulo, LTr. : 2003.

QUINTANA, Elizângela Gomes; AQUILINO, Leonardo Navarro. As novas perspectivas dos adicionais de insalubridade e periculosidade. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**, v. 20, n. 2, p. 93-106, 2016.

SOARES, Mônica Kallyne Portela et al. Aplicabilidade da norma regulamentadora 32 por profissionais da saúde no controle de acidentes biológicos: revisão integrativa. **Revista de Educação da Universidade Federal do Vale do São Francisco**, v. 5, n. 9, 2015.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

VILLELA, Fábio Goulart. **Manual de direito do Trabalho: Teoria e Questões**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

A TRAMITAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL PERANTE O JUDICIÁRIO

WENDERSON HEYTOR RIOS CARDOSO:

Graduando em Direito pelo Centro Universitário
UNA Contagem

MARCOS ANTÔNIO FERREIRA LEMOS⁵⁵

(coautor)

RESUMO: Esta pesquisa tem por escopo abordar os aspectos técnico-jurídicos e processuais das tramitações do inquérito policial, sendo assim em prol deste fim, será, inicialmente, exposto as definições e as características do inquérito policial sendo esse um procedimento investigatório instaurado em razão da prática de um crime. Após realizar a conceituação técnica do inquérito policial torna-se nítida a importância da investigação preliminar, a qual é um procedimento investigativo, sendo esse exercido por meio do exercício do poder de polícia, Polícia Civil, Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal e Guardas Municipais conforme os termos do artigo 4º da Lei de Processo Penal.

Palavras-chaves: Inquérito Policial. Queixa crime. Investigação Preliminar. Ministério Público. Prescrição Penal. Indiciamento. Arquivamento.

ABSTRACT: The scope of this research is to address the technical, legal and procedural aspects of the procedures of the police investigation, and for this purpose, it will initially be exposed the definitions and characteristics of the police investigation, as this is an investigative procedure introduced due to the practice of a crime. After carrying out the technical conceptualization of the police investigation, the importance of the preliminary investigation becomes clear, which is an investigative procedure, which is exercised through the exercise of the power of the police, Civil Police, Federal Police, Federal Highway Police and Municipal Guards as per the terms of article 4 of the Criminal Procedure Law.

Keywords: Police Inquiry. Crime complaint. Preliminary Investigation. Public ministry. Criminal Prescription. Indictment. Archiving.

SUMÁRIO: 1) Considerações iniciais. 2) O inquérito Policial e suas definições. 2.1) O recebimento da queixa crime e investigação preliminar. 2.2) Controle externo do Ministério Público. 3) A importância do inquérito policial no âmbito jurídico. 3.1) Os prazos das movimentações do inquérito policial. 3.1.2) Da prescrição Penal. 4) O indiciamento e arquivamento do inquérito Policial. 5) Conclusão. Referências.

⁵⁵ Graduando em Direito pelo Centro Universitário UNA Contagem

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A presente pesquisa tem por objetivo central abordar os aspectos técnico-jurídicos e processuais das tramitações do inquérito policial.

Em prol deste fim, será, inicialmente, apresentado as definições e as características do inquérito policial sendo esse um procedimento investigatório instaurado em razão da prática de um crime.

Após realizar a conceituação técnica do inquérito policial é nítida a importância da investigação preliminar a qual é um procedimento investigativo sendo esse exercido por meio do exercício do poder de polícia, Polícia Civil, Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal e Guardas Municipais nos termos do artigo 4º da Lei de Processo Penal. Sobre a queixa crime é oferecida a denúncia que contém a exposição do fato criminoso, a denúncia consiste na exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas, conforme dispõe o artigo 41 do Código de Processo Penal.

Com isso e adiante será exposto o controle externo do Ministério Público sendo esse o funcionamento do controle externo o qual funciona na forma em que o Ministério Público pode fiscalizar quaisquer documentos policiais relacionados à sua atividade policial conforme estipula a LC 75/1993, art. 9º, inciso II. Não obstante será versado ainda sobre a importância do inquérito policial no âmbito jurídico, o qual é indispensável por apurar a infração penal e possibilitando o ingresso do titular da ação em Juízo.

Veremos ainda sobre os prazos das movimentações do inquérito policial, sendo esses indispensáveis para a lisura do procedimento e sobre as prescrições penais as quais versão sobre o prazo prescricional em processos criminais é o fim do direito do Estado de punir qualquer pessoa por qualquer comportamento considerado ilegal.

No último ponto será falado sobre o indiciamento e arquivamento do Inquérito Policial, que em partes será decorrido o indiciamento através da autoridade policial no fim do inquérito e movimentado ao Ministério Público o qual tomará as devidas providências apresentado ou não a denúncia ou arquivando ou não a queixa crime, onde há diversas diligências para obter provas contra o suspeito do crime cometido e para descobrir a motivação do crime, o que é de suma importância para o procedimento investigatório.

Neste sentido, o presente estudo não tem o objetivo de esgotar o debate acerca do tema, mas, tão somente, apresentar estudos referentes à dogmática jurídica da técnica sobre a tramitação do inquérito policial perante o judiciário, submetendo-o por tanto à

crítica da comunidade acadêmica, com o intuito de que sejam levantadas justaporia na estrutura do conhecimento, que é provisório.

Submete-se, então, à análise crítica do tema proposto.

2 O INQUÉRITO POLICIAL E SUAS DEFINIÇÕES

O inquérito policial é um procedimento investigatório instaurado em razão da prática de um crime, onde há diversas diligências para obter provas contra o suspeito do crime cometido e para descobrir a motivação do crime, o que é de suma importância para o procedimento investigatório. Neste mesmo raciocínio “o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo (CPP, art. 4º)” (CAPEZ, 2012, p.111), este se trata de procedimento persecutório de caráter administrativo instaurado pela autoridade policial, sendo assim diante do relatório feito pela autoridade policial sobre o procedimento investigativo, esse é encaminhado para o ministério público para que seja feita as observações, a denúncia ou a queixa crime para a propositura da ação penal.

O inquérito pode ser classificado como poder discricionário, sendo assim a polícia tem o direito de operar ou interromper as operações dentro dos limites da lei. Portanto, é lícito à polícia permitir ou rejeitar qualquer pedido de prova do arguido ou da vítima sendo essa atitude pautada dentro das normas do Código de Processo Penal conforme estipula o artigo 14.º do CPP, enquanto a polícia não tiver dúvidas o direito policial é autoaplicável, pois sua concretização jurídica não requer autorização prévia da autoridade judiciária.

Podemos ainda atribuir a classificação de escrito ao inquérito, pois sua finalidade é fornecer o essencial para o titular de um processo penal. Em um processo, todo o conteúdo da investigação será simplificado para escrito ou digitado e, neste caso, a autoridade competente fará uma primeira confirmação, assim como expressa o artigo 9.º do CPP. Sendo o inquérito classificado como sigiloso, somente a polícia pode tomar as medidas necessárias para esclarecer plenamente os fatos, sem colocar quaisquer obstáculos para impedir ou dificultar a coleta de informações, com intuito de ocultar ou destruir provas, influenciar testemunhas entre outros.

Portanto, a lei estipula que as autoridades garantirão o sigilo necessário para o esclarecimento dos fatos ou para o benefício da sociedade durante as investigações, preconizando assim o artigo 5º inciso XII da Constituição Federal. Essa medida de sigilo não se estende ao Ministério Público nem ao Judiciário, uma vez que ambos podem acompanhar as investigações. Os advogados só podem realizar investigações policiais se forem legais, em caso de sigilo judicial, se nos orientarmos em nosso Direito Processual Penal de acordo com o princípio investigativo, não devem ser autorizados a participar no

processo. No entanto, pode processar e revisar registros concluídos ou em andamento, conforme o artigo 7º, XIII e XIV do EOAB.

Ser acusado de um ilícito penal e diante do art. 5º, LXIII, da CF, garante que os presos sejam assistidos por advogados, não há dúvida de que, pelo menos neste caso, os advogados podem não só acessar os autos de inquérito policial, mas também tomar as medidas pertinentes com fins lucrativos. O réu desde que cumpra à versão vinculativa pode ser garantido que o advogado obtenha provas fiáveis durante o processo de investigação, desde que registadas, para que o seu mandatário possa exercer o seu direito de defesa.

Diante disso o inquérito tem característica indisponível, pois uma vez instaurado o inquérito regularmente, em qualquer hipótese, não poderá a autoridade arquivar os autos do inquérito, como prevê o art. 17 do CPP, ele também tem característica obrigatório nas hipóteses de crime apurável mediante ação penal pública incondicionada, a autoridade deverá instaurá-lo de ofício, assim que tenha notícia da prática da infração, tal procedimento está expresso em nosso art. 5º, I, do CPP. Para Guilherme de Souza Nucci:

O inquérito policial conceitua como “um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria” (NUCCI, 2016).

Por fim o conceito de inquérito policial é justamente a apuração dos fatos que configurem uma infração penal e sua respectiva autoria. Para Nucci (2016), além disso, também é uma importante ferramenta que tem por objetivo evitar a procedência de acusações infundadas, portanto atua de certa forma, como espécie de “filtro processual”.

2.1 O recebimento da queixa crime e investigação preliminar

A importância da investigação preliminar a qual é um procedimento investigativa sendo essa exercida por meio do exercício do poder de polícia, a Polícia Judiciária realiza investigações sobre atos criminosos, de acordo com o artigo 144 e as disposições da Constituição Federal. Conforme apontado no artigo 4º da Lei de Processo Penal, as investigações preliminares podem ser realizadas por policiais civis, policiais federais, policiais rodoviários federais e guardas municipais, que, além dos poderes policiais do Ministério Público reconhecidos pelo STF, tem competência para agir de acordo com sua própria autoridade.

Promover investigações criminais com o fim das investigações preliminares, o IP relatado pelo delegado de polícia é enviado ao Ministério Público, o Parquet (promotor) oferecerá a denúncia, que conterà a exposição do fato criminoso descritos nas comunicações de serviço pelos investigadores durante a investigação preliminar, com

todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas, conforme dispõe o artigo 41 do Código de Processo Penal.

Caso a peça acusatória não atenda ao dispositivo legal acima mencionado, o Juiz, de ofício, deverá rejeitá-la. Já em caso de recebimento, caberá à Defesa alegar inépcia da denúncia, quanto à apresentação de resposta à acusação ou defesa prévia, podendo ser mencionado como exemplo os crimes de tráfico.

De acordo com o artigo 46 do Código de Processo Penal, o prazo para apresentação de reclamação quando o réu é preso é de 5 dias a partir do dia em que o Ministério Público recebe o registro do inquérito policial e de 15 dias se o réu estiver solto ou afiançado. Oferecida à denúncia, os autos serão conclusos ao Juiz para análise.

Nessa fase, o Magistrado poderá receber / rejeitar, ou até mesmo determinar diligências. Para o presente dispositivo mencionado acima, destacam-se a rejeição e, principalmente o recebimento da denúncia.

Devemos observar que, nos termos do artigo 395, do CPP:

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

- I - for manifestamente inepta;
- II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou
- III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

(Brasil, 1941)

Ressalto que este dispositivo poderá ser base legal para um pedido de rejeição da denúncia por parte da defesa, em momento oportuno, de modo que cabe ao Advogado estudar muito bem as hipóteses mencionadas acima.

2.2 Controle externo do Ministério Público da atividade Policial

Conforme Thiago André Pierobom de Ávila, o funcionamento do controle externo funciona na forma em que o Ministério Público pode fiscalizar quaisquer documentos policiais relacionados à sua atividade policial conforme estipula a LC 75/1993, art. 9º, inciso II. Isso inclui acesso ao livro de eventos, procedimentos de investigação preliminar, relatórios de diligências em andamento ou publicados, mas ainda não adicionados aos registros de IP, os chamados procedimentos de inteligência criminal e as cláusulas de declaração que compreenderam a descrição normativa.

Para aplicação e exercer deste privilégio de fiscalização descentralizada, a procuradoria pode ingressar gratuitamente nas instituições policiais e penitenciárias LC 75/1993, art. 9º, art. I. Com base no artigo 4º, parágrafo 1º, da Resolução CNMP 20/2007, instituída pela Resolução 121/2015, a visita rotineira à Delegacia de Polícia deveria ser realizada semestralmente, passando o CNMP a exigir o encaminhamento dos laudos de fiscalização como estímulo de induzir sua realização. Os relatórios de visitas devem ser usados para fornecer informações sobre o trabalho da força policial ao Ministério Público, para que novas ações possam ser tomadas com o intuito de melhorar a estrutura do trabalho policial.

Com tudo a maioria dos problemas das delegacias não é exposta pelos órgãos reguladores, sendo esses problemas que versão sobre a sobrecarga de trabalho, falta de servidores, instalação insalubre, insuficiência de recursos materiais, sendo esses veículos e armas e o acúmulo de itens apreendidos no pátio da delegacia. Todos esses pontos elencado acima acaba atrapalhando ainda mais o trabalho da polícia, demorando cada vez mais para resolver um inquérito, resultado esse que obriga a dilatação do lapso temporal o qual fica o inquérito policial na delegacia para que assim, a autoridade Policial pedindo prazos até que consiga ter equipes para dar continuidades nas investigações. Diante disso vemos um loop infinito que ocasiona o não encerramento do crime, acontecendo acúmulo de inquéritos cada vez maior nas delegacias.

Até o presente momento, o CNMP não preparou um relatório nacional que integre essa informação com o intuito de apoiar as ações do Ministério Público no desencadeamento de mudanças. Esta visita deve ser um momento de diálogo institucional, para que o Ministério dos Assuntos Públicos possa dar um feedback às autoridades policiais sobre a qualidade do seu trabalho e propor estratégias conjuntas para melhorar o seu trabalho, portanto, seria ideal que o órgão ministerial ao realizar essas visitas fosse o mesmo órgão com atuação criminal na localidade da unidade policial, ou houvesse uma interface com este órgão.

Para tanto, a atividade de controle externo deverá ser documentada em um procedimento especificamente instaurado para realizar o controle externo da atividade do órgão policial (Delegacia de Polícia), de modo a dar uma organização sistemática ao exercício de sua função de controle externo, permitindo-se, inclusive, a aferição da eficiência do próprio Ministério Público em sua atividade de controle externo da atividade policial.

3 A IMPORTÂNCIA DO INQUÉRITO POLICIAL NO ÂMBITO JURÍDICO

Conforme aponta Romeu de Almeida Salles Jr:

O inquérito policial é um procedimento destinado à reunião de elementos acerca de uma infração penal, sendo esse o conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária, para apuração de uma infração penal e sua autoria, para que o titular da ação penal possa ingressar em juízo, pedindo a aplicação da lei ao caso concreto. (ALMEIDA, 1985, p. 3)

O inquérito policial tem por objetivo levar até o Ministério Público informes sobre a infração, arguindo se essa se apresenta como crime de ação pública, ensejando o oferecimento da denúncia como início da ação penal, através do órgão do Estado-Administração (Ministério Público). Para Carlos Alberto dos Rios (1986), "se o inquérito policial informar sobre fato previsto como crime de ação penal privada, dará oportunidade ao ofendido ou seu representante legal para apresentação da queixa-crime, dando início assim à ação penal".

3.1 Os prazos das movimentações do Inquérito policial

Os autos do inquérito policial passaram a ser processados diretamente entre a Polícia Civil e o MP. Eles serão transferidos da polícia civil para um Juiz de primeiro grau para fins de cadastro e distribuição prévia ao órgão competente. Em seguida, o judiciário fará o cadastramento dos objetos associados aos autos correspondentes e tomará outras providências administrativas. Para o TJMG, no Siscom, o registro do caso aceitará as seguintes transações, processamento direto de consultas independentemente da decisão judicial, sendo esse encaminhado para o Ministério Público e, em seguida, encaminhado para a Polícia Civil.

Considerando-se que não é observada a previsão legal de prazo de duração do inquérito de 30 (trinta) dias, para o investigado solto, e de 10 (dez) dias no caso de investigado preso em flagrante ou preventivamente conforme o Art. 10 do CPP, é necessário à determinação de um prazo máximo para o encerramento de inquéritos que, muitas das vezes, mesmo sem fundamento e sem continuidade das diligências investigatórias, remanescem indefinidamente instaurados.

Nos pedidos de dilação de prazo e, ainda, ao término das investigações, os autos serão devolvidos pela polícia civil diretamente ao ministério público, sem intervenção do judiciário. Nos crimes de ação penal de iniciativa privada, os autos serão remetidos ao juiz de direito competente, antes de serem remetidos ao Ministério Público e à polícia civil. A tramitação direta será realizada, como piloto, pelo prazo de seis meses, nas delegacias de polícia, promotorias de justiça e juízos criminais, excluídos os feitos afetos aos juizados especiais criminais.

Note-se então o problema gerado pela Lei 12.234, de 5 de maio de 2010, que, objetivando coibir a prescrição virtual ou em perspectiva, acabou com a prescrição em

concreto para o período anterior ao início da ação penal. Ou seja, no período da investigação, entre a data do fato e a data do recebimento da denúncia, não há prazo prescricional com base na pena ao final aplicada para aquele crime específico, mas tão somente pelo prazo prescricional em abstrato, o qual se baseia nos alargados prazos do Art. 109 do Código Penal.

Em tese, por exemplo, para um crime de furto simples, poderá haver inquérito por 8 (oito) anos incluindo-se o tempo para denúncia e seu recebimento, tendo em vista que este interrompe o prazo prescricional, conforme o Art. 117, I, do Código Penal, para um estelionato, o inquérito pode durar 12 (doze) anos, já para um delito de lavagem de dinheiro, a investigação inquisitorial poderá durar 16 (dezesesseis) anos, e para um fato tido como tráfico de drogas, ou para um homicídio, poderá perdurar o inquérito por 20 (vinte) anos.

3.1.2 Da prescrição penal

Portanto, o prazo prescricional em processos criminais é o fim do direito do Estado de punir qualquer pessoa por qualquer comportamento considerado ilegal. Quando uma pessoa comete um ato considerado crime, o Estado, como responsável pela manutenção da ordem social, abre a possibilidade de punir a pessoa de acordo com as disposições legais que determinem o ato cometido como crime.

No entanto, a ação punitiva do Estado deve ser executada no prazo prescrito por lei. O descumprimento desse prazo resultará em prescrição, que nada mais é do que a perda do direito do Estado de aplicar a pena ao fato anteriormente tipificado.

Porém, nem todos os crimes tomam como exemplo o racismo previsto na Lei nº 7.716/89, que inclui o ato de uma pessoa agredir outra pessoa ou grupo por discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou nacionalidade, bem como o crime de feminicídio e o crime de estupro, que depois do projeto revisado foi proposto Emenda Constitucional (PEC) 75/2019, da senadora Rose de Freitas que colocam ambos os crimes citados no rol dos crimes imprescritíveis.

4 O INDICIAMENTO E ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL

A instauração de inquérito policial é um ato complexo, sendo que nas ações penais públicas o Juiz é responsável pelo pedido expresso do Ministério da Administração Pública (decisão judicial). Devido à indisponibilidade do procedimento de investigação, as autoridades policiais não podem apurar o arquivamento da investigação conforme o Art. 17.º do CPP, nem podem solicitar ao juiz um processo penal público devendo assegurar o sigilo necessário à elucidação do fato.

Segundo o STF, em função da reversão caótica do procedimento, o magistrado não pode decidir o arquivamento do inquérito policial segundo sua competência, mas caso o faça será punido com correções parciais, entretanto isso não o impede, mas da mesma forma não impede o tribunal de julgar ex-officio o tribunal do HC, com o objetivo de impedir a investigação de casos ilegais ou de abuso de poder.

Seguindo as premissas apresentadas pelo inquérito policial o ato criminoso carece de justificativa, há atipicidade formal ou material que evidencia os fatos, taxa de incidência a manifestação de motivos de exclusividade ilegal, além de não ser responsabilizada, a culpa é claramente excluída, assim o motivo da extinção da pena do agente é comprovado como, por exemplo, medicamentos prescritos, morte do agente etc.

Quando o judiciário considerar apropriado tomar outras medidas convencionais para esclarecer o crime, ou sem fazer quaisquer suposições, o judiciário pode discordar da aplicação. Na verdade, se o juiz discordar do pedido de inscrição feito pelo órgão ministerial existem as seguintes possibilidades:

O departamento Público Nacional conforme o Art. 28 do CPP, o qual contempla as funções anormais de Juízes, fiscais dos princípios do crime público obrigatório, e o registro deve ser encaminhado ao procurador-geral da República;

O Ministério Público, no caso de promoção do contencioso do MPF, onde o Juiz do demandante não concorde, o processo deve ser encaminhado à segunda câmara de coordenação e revisão, exceto para casos e jurisdições derivados de PGR conforme exemplifica a Lei Complementar 75/93 em seu Art. 62.

Se o Procurador Geral da Justiça insistir em submeter, o Juiz será obrigado a tratar. Por outro lado, se o PGJ se recusar a se candidatar a promoção e nomear outra agência o MP para entrar com recurso diante do Art. 28 do CPP, deverá a agência ministerial designada atuar como chefe e não podendo recusar o pedido, de acordo com o STJ:

Não há necessidade de falar sobre o crime ao patrocinador natural e ao princípio da independência funcional. A acusação é um ato praticado pelo chefe de polícia, no qual uma pessoa é acusada de um crime sob investigação durante uma investigação policial. Portanto, se houver indícios de que uma pessoa cometeu um crime visado pela investigação, às autoridades policiais iram processá-lo formalmente, desde que não seja abusada a decisão da autoridade policial que ordenou a ação penal. (HC 44434 / PE, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 12/05/2005).

Isso constituirá um desenvolvimento natural após o início da investigação policial e será acionado para determinar um fato típico. Por outro lado, se as provas colhidas na fase de investigação forem frágeis, deixando a pessoa em situação indiscutível, e não houver mais fundamento, a denúncia não terá mais efeito, e, se apurada, a denúncia terá a seguinte característica; A contenção ilegal pode ser compensada por habeas corpus. No entanto, nada impede que, com dados mais específicos posteriormente, continue o processo formal do agente.

A jurisprudência, incluindo o Supremo Tribunal Federal, sempre tendeu no sentido de que, uma vez recebida uma denúncia e iniciado o processo penal, o processo do réu não é mais aplicável. Isso significa que se o agente não tiver sido processado formalmente na esfera policial, uma vez recebida a denúncia, a conduta deixará de ser considerada, mesmo por iniciativa do Ministério das Relações Públicas ou mesmo por ordem judicial. A base é que, uma vez iniciado o processo penal, o ato de demonstrar que há provas do crime do réu não tem sentido prático. A acusação é um comportamento típico do inquérito policial, que só se aplica ao seu âmbito sendo essa determinada pela polícia. Findada essa etapa, com o processo judicial, não há espaço para sua concretização. Sendo verdade que a acusação, por não ter sido executada, não constará no registo criminal do agente, mas passará a constar no processo penal em curso contra o arguido, razão pela qual não há prejuízo.

A promulgação da Lei nº 12.830/13 reforça o argumento de que uma das funções exclusivas do delegado é a ação penal, que será conduzida por conduta razoável, por meio da análise técnico-jurídica dos fatos, da identidade do autor, importância e as suas circunstâncias conforme o artigo 2.º, e artigo 6 da Lei nº 12.830/13. De acordo com alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal, recentemente em decisão do ministro Edson Fachin o qual concedeu habeas corpus de ofício para que fosse cassada decisão judicial na parte em que determinava à autoridade policial que procedesse ao indiciamento do paciente.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo se sustentou na tramitação do inquérito policial perante o judiciário, trazendo a tona os principais conceitos de inquérito policial, as principais atribuições da polícia judiciária e informada assim todas as precariedades encontradas nos órgãos autônomos incluídos o ministério Público. Abordamos também a queixa crime, sendo essa a denuncia a qual expõem o fato criminoso para a autoridade policial, essa por sua vez não podendo ser confundida com a denúncia que de fato é feita pelo Ministério Público à Justiça.

Devemos lembrar que a tratativa sobre o controle externo do Ministério Público é de especial apreciação, pois essa fiscaliza a atividade policial no que tange ao inquérito

policial, esse por sua vez tem suas precariedades tão somente por não haver controle de fiscalização estipulado em Lei. Dentro dessa perspectiva existe o abuso dos prazos de movimentação do inquérito policial para com o Ministério Público, causado assim morosidade no decurso dos processos, afetando também as investigações devido ao lapso à temporal.

Por fim, abordamos o indiciamento e arquivamento do inquérito policial, tendo o indiciamento caráter especial e taxativo, pois esse deve ser feito somente pelo Delegado de Polícia, que ao final do inquérito é incumbido de realizar o relatório final onde deve conter os autores e motivação do crime, feito isso e havendo autoria e materialidade devera o Delegado movimentar para o Ministério Público como inquérito relatado, com isso fica a cargo do Ministério Público arquivar ou apresentar a denúncia a Justiça.

Com isso observa-se que existem falhas de modo geral tanto por parte do Ministério Público quanto por parte da Polícia Judiciária, fazendo-se necessários melhores fiscalizações de ambas as partes tanto para o decurso da investigação quanto para o excesso de movimentações do inquérito policial.

REFERÊNCIAS

ALBERTO. Carlos dos Rios. **Teoria e Prática do Inquérito Policial**, Bauru, 1986, pp. 15-6.8.

ALMEIDA. Romeu de Salles Jr. **Inquérito Policial e Ação Penal**, São Paulo, 3ª ed., 1985, p. 3.

AMMP. **Tramitação direta de inquéritos entre a Polícia Civil e o Ministério Público de MG**, Publicado no *União*. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <https://ammp.org.br/tramitacao-direta-de-inqueritos-policiais-ja-tem-data-agendada-para-inicio/> > Acesso em 21 nov. 2021.

BRASIL. **Código de Processo Penal de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm > Acesso em 03 nov. 2021.

BRASIL. **Código Penal de 1940. Institui o Código Penal**. *Diário Oficial da União*. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm > Acesso em 03 nov. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 03 nov. 2021.

BRASIL. **Lei complementar N° 75, 20 de maio de 1993.** Diário Oficial da União. Disponível: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leicom/1993/leicomplementar-75-20-maio-1993-354948-publicacaooriginal-1-pl.html#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20organiza%C3%A7%C3%A3o%2C%20as,do%20Minist%C3%A9rio%20P%C3%ABlico%20da%20Uni%C3%A3o.&text=Art.&text=%C2%A7%201%C2%BA%20Os%20%C3%B3rg%C3%A3os%20do,livre%20exerc%C3%ADcio%20de%20suas%20fun%C3%A7%C3%B5es.> > Acesso em: 05 nov. 2021.

BRASIL. **Lei N° 12.234, 5 de maio de 2010.** *Diário Oficial da União.* Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/a-lei-nb0-12.234-de-5-de-maio-de-2010-e-as#:~:text=Em%2005%20de%20maio%20de,altera%20a%20reda%C3%A7%C3%A3o%20d,o%20art.&text=109%20e%20110%20do%20Decreto%2DLei%20no%202.848%2C%20de,p,ara%20excluir%20a%20prescri%C3%A7%C3%A3o%20retroativa.>> Acesso em 02 nov. 2021.

BRASIL. **Lei N° 12.830 de 20 de junho de 2013.** *Diário Oficial da União.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm > acesso em 04 nov. 2021.

BRASIL. **Lei N° 7.716 de 5 janeiro de 1989.** *Diário Oficial da União.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.716%2C%20DE%205%20DE%20JANEIRO%20DE%201989.&text=Define%20os%20crimes%20re,sultantes%20de,eu%20sanciono%20a%20seguinte%20Lei%3A&text=1%C2%BA%20Ser% C3%A3o%20punidos%2C%20na%20forma,de%20ra%C3%A7a%20ou%20de%20cor.> Acesso em 04 nov. 2021.

BRASIL. **Lei N° 8.906 de 4 de julho de 1994.** Estatuto da OAB. 1994. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm > Acesso em 01 nov. 2021.

BRASIL. **Redação dada pela Lei nº 9.043, de 9.5.1995.** Diário Oficial da União. Brasília, 9 de maio de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9043.htm > Acesso em: 04 nov. 2021.

BRASIL. **Resolução dada pelo CNMP 20/2007, instituída pela Resolução 121/2015.** Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-0201.pdf> > Acesso em 25 nov. 2021.

BRASIL. **Senado Federal.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136775> > Acesso em 22 nov. 2021.

Carlos Alberto dos Rios, **Teoria e Prática do Inquérito Policial**, Bauru, 1986, pp. 15-6).[8]

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

IBCCRIM. **A Razoável Duração do Inquérito Policial**, 2021, Disponível em:

<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/8392> Acesso em: 22 out. 2021.

NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. **Manual de processo penal e execução penal** – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PIEROBOM, Thiago André de Ávila, **Fundamentos do controle externo da atividade policial**, 2016.

STJ. **HC 44434** / PE, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 12/05/2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm > Acesso em 30 out. 2021.

STF. **HC 44434 / PE**, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 12/05/2005.

Inquérito Policial, Publicado no DireitoNet, 2006, Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/resumos/exibir/101/Inquerito-policial> Acesso em: 22 out. 2021.

TJMG, 2017, Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portaltjmg/informes/tramitacao-direta-de-inqueritos-entre-a-policia-civil-e-o-ministerio-publico-de-mg.htm> Acesso em: 22/02/2021.

A VULNERABILIDADE DAS MULHERES VÍTIMAS DE TRÁFICO PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DA LEI 13.344/2016

KEYLLA VIEIRA SANTOS: Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho.

MARCUS VINICIUS DO NASCIMENTO LIMA ⁵⁶

(orientador)

RESUMO: A presente pesquisa se volta ao estudo da vulnerabilidade das mulheres vítimas de tráfico para fins de exploração sexual no Brasil sob a perspectiva da lei 13.344/2016. Desse modo, o principal objetivo do estudo foi analisar como a vulnerabilidade das mulheres vítimas de tráfico de pessoas no Brasil tem sido interpretada pela doutrina e jurisprudência, após a lei 13.344/2016, bem como revisar a bibliografia em direito penal sobre o conteúdo. Nesse sentido, o desenvolvimento do estudo teve como base a revisão bibliográfica com abordagem dedutiva. Visto isso, a pesquisa abordou as principais discussões sobre contexto histórico do tráfico de mulheres, analisou como o Protocolo de Palermo definiu o crime e suas principais implicações no contexto mundial. Além disso, buscou traçar a evolução do tráfico de mulheres na legislação brasileira, analisando como a vulnerabilidade das mulheres está sendo discutida pelos tribunais brasileiros e doutrinadores. Diante disso, restou demonstrado que é necessário um estudo aprofundado pelos tribunais brasileiros em relação as posições de vulnerabilidades das vítimas do tráfico de pessoas, tendo em vista a necessidade de analisar qual situação socioeconômica e psicológica que a mulher se encontrava no momento em que aceitou a proposta ofertada pelos aliciadores.

Palavras-chave: situação de vulnerabilidade; legislação brasileira; estudo aprofundado.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Contexto histórico do tráfico de mulheres para fins de exploração sexual. 3. A evolução do tráfico de pessoas na legislação brasileira. 4. A vulnerabilidade das mulheres vítimas de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual. 5. Dados sobre o tráfico de mulheres para fins de exploração sexual no Brasil. 6. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O tráfico de pessoas consiste no recrutamento, transporte, transferência, alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras

⁵⁶ Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho- UNIFSA, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, E-mail: marcus.n.lim@gmail.com

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, de acordo com o decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004 (BRASIL, 2004).

Trata-se de um assunto muito complexo e bastante relevante para a sociedade, haja vista ser um crime silencioso, que acontece em todos os lugares do mundo, destruindo as vidas de milhares de pessoas.

Além disso, as mulheres são as principais vítimas, vez que são vistas apenas como uma mercadoria, tendo a sua subjetividade feminina totalmente desconsiderada. Tais fatores as expõem a um nível de vulnerabilidade muito maior, principalmente quando se trata de exploração sexual.

Assim sendo, eis o problema de pesquisa: como a vulnerabilidade das mulheres vítimas de tráfico para fins sexuais vem sendo interpretada, após a Lei 13.344/2016?

Desse modo, nota-se que uma das principais causas desse crime estar inteiramente relacionada com o papel da sexualidade na sociedade se dar pelo fato de o gênero feminino compartilhar de vulnerabilidades comuns.

Tais fatores têm raízes culturais associados ao patriarcado, que ainda está bastante presente na cultura mundial. Assim, como consequência desse sistema, muitas mulheres são alvos do tráfico humano, por serem vistas apenas como um objeto sexual.

Nesse sentido, o tema tem fundamental importância para sociedade, visto que se trata de um crime que afeta principalmente mulheres vulneráveis. Além disso, contribuirá com a comunidade científica do Centro Universitário Santo Agostinho, pois trará informações de grande relevância para o estudo do crime.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DO TRÁFICO DE MULHERES PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL

Desde a colonização, o tráfico de pessoas faz-se presente no Brasil. De acordo com Jesus (2003), devido ao constate deslocamento de pessoas, surgiu o tráfico de mulheres brancas, estas eram trazidas da Europa para serem sexualmente exploradas nos países que havia um crescimento capitalista.

Nessa diáspora, entre os séculos XVI e XVII, os nativos africanos estavam sendo trazidos para as terras brasileiras com a finalidade de serem explorados pelos seus “donos” de todas as maneiras possíveis, sujeitando-se ao regime escravocrata e servindo apenas como um “objeto lucrativo”.

Os negros e negras eram trazidos para o país em condições extremamente precárias, dentro das embarcações praticavam-se todas as formas de violência, inclusive a violência sexual. De acordo com lei vigente em 1883, as escravas poderiam ser comercializadas como prostitutas, além dos seus donos receberem o lucro dessa prática, conforme relata Nabuco (2010).

Além dessas condições, ao chegar ao país, as escravas eram submetidas a um trabalho árduo, humilhações e estupros praticados pelos seus donos, tendo que suportar todas as violências do sistema escravista.

Nesse contexto, é notório que o tráfico de pessoas sempre existiu e durante um longo período histórico foi considerado como uma prática normal. Assim, a primeira discussão sobre o assunto aconteceu em um Congresso no ano de 1902 em Paris que denominava o problema como “tráfico de brancas”. Contudo, a abordagem só era referente às mulheres descentes e puras, não trazendo para o debate a situação da exploração das prostitutas, muito menos de mulheres negras (RESENDE, 2019).

Após o fato, diversos documentos foram criados com o intuito de discutir e combater o tráfico. No entanto, somente em 1921 o título “tráfico de brancas” foi substituído por “tráfico de mulheres e crianças”.

Em seguida, em 1949 foi editada pela ONU a Convenção e Protocolo Final para a Repressão do Tráfico de Seres Humanos e Exploração da Prostituição que representou uma grande evolução ao declarar que a escravização de pessoas para prostituição afrontava a dignidade e os direitos fundamentais das pessoas. Contudo, o ingresso dessa convenção só aconteceu em 1958, quando se promulgou o decreto nº 06 (CASTILHO, 2019).

O Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional só foi aprovado em 2000. Entretanto, a promulgação só aconteceu em 2003, e o Brasil passou aderir apenas em 2004, por meio do decreto nº 5.015 (LOPES, 2017).

Conhecido como Protocolo de Palermo, esse documento foi considerado fundamental no enfrentamento do tráfico de pessoas, visto que abrangeu diversas condutas que violam os direitos humanos, deixando de citar apenas exploração para fins de prostituição.

Contudo, mesmo o Brasil adotando o Protocolo de Palermo como instrumento de enfrentamento do tráfico, a tipificação do crime do Código Penal continuava obsoleta. Até

o ano de 2005 o crime de tráfico fazia referência apenas as mulheres, e o bem jurídico tutelado eram os costumes, ou seja, o crime não protegia a liberdade individual da mulher, mas sim como a prostituição era vista na sociedade.

Somente em 2016, com a edição da lei nº 13.344 houve uma adequação do crime aos moldes do Protocolo de Palermo. Na referida lei, o legislador optou por referenciar uma série de medidas em relação à prevenção, cooperação e segurança quanto ao enfrentamento do tráfico. Além disso, revogou os artigos do código penal que tratava do tráfico de pessoas e inseriu o art. 149-A (BRASIL, 2016).

Desse modo, o crime passou a proteger vários bens jurídicos, tendo como principal a dignidade da pessoa e liberdade individual, além da integridade corporal, o estado de filiação e a dignidade e autodeterminação sexual (JESUS, 2020).

É importante salientar que devido à globalização, especificamente às novas tecnologias, meios de transportes e fluxos migratórios crescentes favorecem o tráfico de pessoas.

No paradoxo do mundo capitalista, principalmente em países emergentes, as desigualdades sociais, os baixos salários e péssimas perspectivas de melhoria de condições faz com que inúmeras pessoas saiam de cidades, regiões e países em busca de melhores oportunidades.

Tais fatos contribuem para a exploração sexual, principalmente das mulheres, que além das desigualdades socioeconômicas, sofrem com as discriminações de gênero. Assim, essas mulheres pobres e marginalizadas são atraídas por falsas oportunidades e submetem-se ao mercado do sexo.

Desse modo, trata-se de um crime bastante complexo, conforme visto, possui inúmeras ações e meios para ser realizado, além de possuir uma finalidade de exploração. Nota-se que o crime possui definição bastante ampla e por isso é possível inúmeras interpretações doutrinárias.

Além disso, é um delito silencioso, com baixos índices de denúncias, pois existem muitas dificuldades de identificação. Ademais, as vítimas têm vergonha da sua condição de vulnerabilidade, e por medo dos aliciadores não acionam o sistema jurídico.

3 A EVOLUÇÃO DO TRÁFICO DE PESSOAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Conforme relatado, o Brasil adotou o Protocolo de Palermo somente em 2004, após a adoção deste, surgiu a necessidade de realizar alterações na lei penal que tratava sobre o tráfico humano.

Dessa maneira, foi editada a lei nº 12.015/2009 que modificou o artigo 231 e incluiu o artigo 231-A, ambos do Código Penal, as tipificações fazia parte do título VI que tratava dos crimes contra a Dignidade Sexual (BRASIL, 1940).

Nesse sentido, os artigos 231 do Código Penal cuja redação foi dada pela lei nº 12.015/2009 trazia a redação do crime de tráfico internacional de pessoas, no qual o caput tratava a definição do crime como: promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro (BRASIL, 1940).

O parágrafo primeiro aduzia que incorria na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la (BRASIL, 1940).

O parágrafo segundo trazia as hipóteses do aumento de pena, dentre elas, se a vítima fosse menor de 18 (dezoito) anos; por enfermidade ou deficiência mental, não tivesse o necessário discernimento para a prática do ato; se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; e por último se houvesse emprego de violência, grave ameaça ou fraude (BRASIL, 1940).

O artigo 231-A abarcava os casos de tráfico dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual, trazia a mesma redação do aumento de pena no caso do tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual (BRASIL, 1940).

Posto isso, é importante analisar as diferenças entre o tipo penal anterior e atual. A lei nº 13.344/2016 revogou os artigos supracitados e trouxe a inovação do art. 149-A do Código Penal com uma nova redação.

Assim, segundo o art. 149-A, o tráfico de pessoas consiste em agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; submetê-la a qualquer tipo de servidão; adoção ilegal; ou exploração sexual (BRASIL, 1940).

Ainda, de acordo com o parágrafo primeiro a pena é aumentada de um terço até a metade se o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las; o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência; 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 a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional. Em consorte, o parágrafo segundo aduz que a pena será reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa (BRASIL, 1940).

É notório que os núcleos do tipo da antiga redação do crime eram muito restritos, e que o emprego de violência, grave ameaça e fraude eram considerados como aumento de pena, ou seja, não necessitava do consentimento para a caracterização do crime. Além disso, o crime de tráfico interno de pessoas era trazido no art. 231-A e na atual redação, o tráfico internacional foi incluído como aumento de pena.

De acordo com Brasil (2017, p. 14):

A ação consiste nos atos de agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher, não necessariamente nesta mesma ordem, nem cumulativamente. Ou seja, basta que o agente recrute, ou transporte, ou aloje para que o elemento ação se configure. O segundo elemento é o meio que consiste na grave ameaça, a violência, a coação, a fraude ou o abuso. A coação pode ser física, moral ou psicológica. A fraude acontece quando o traficante usa de artifícios fraudulentos como contratos de trabalho falsos, promessas de emprego, casamento, para obter sua concordância. O abuso ocorre quando o agente usa do seu poder (por exemplo, numa relação hierárquica) ou da posição de vulnerabilidade da pessoa a ser traficada (dificuldade financeira ou familiar) para coagi-la a aderir a sua conduta.

Assim, observa-se que a legislação brasileira ampliou o rol de ações, incluindo aos atos de agenciar, aliciar e comprar, não inclusos no Protocolo de Palermo. Com isso, é notório que houve um avanço nesse sentido. Ademais, a legislação anterior abarcava apenas a exploração sexual.

4 A VULNERABILIDADE DAS MULHERES VÍTIMAS DE TRÁFICO DE PESSOAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL

A vulnerabilidade é um conceito muito importante para o enfrentamento do tráfico de pessoas, pois esta atinge a capacidade e autonomia de um indivíduo influenciando em suas decisões (GUERALDI, DIAS, 2014).

Nesse sentido, de acordo com Guerardi, Dias (2014), a vulnerabilidade está inteiramente atrelada à prática criminosa na qual a vítima é exposta, em especial as

mulheres que são preferenciais no mercado da exploração sexual, sendo submetidas a condições degradantes.

Em consonância, esse ponto sempre foi muito importante quando se trata de tráfico para fins de exploração sexual, assim como a questão do consentimento. O bem jurídico tutelado é a liberdade individual, assim em caso de inexistência de lesão a liberdade individual, não existiria tipicidade na conduta.

Contudo, as situações de vulnerabilidade são muito específicas devido às fragilidades das vítimas e consentimento acaba sendo induzido por questão de sobrevivência. De acordo com Pinto (2019), os indivíduos que se encontram em situações socioeconomicamente instáveis e não conseguem oportunidades passam a ser mais vulneráveis ao tráfico humano, diante dessa condição, as suas escolhas não consideradas de livre decisão.

Nota-se que nessa situação existe evidente abuso por parte do traficante que se aproveitou da condição de fragilidade socioeconômica da vítima, que não tinha alternativa e preferiu aceitar um suposto emprego sem nenhuma segurança.

Assim, segundo Carneiro (2019, p. 19) a vulnerabilidade é uma situação, em que se encontra uma pessoa ou um grupo que, nesse caso, por questões sociais e institucionais, não têm seus direitos fundamentais respeitados, responsabilidade da qual não se exime o grupo dominante que insiste em descumprir a lei.

Dessa forma, a interpretação do artigo 149-A do Código Penal em relação a situação de vulnerabilidade das mulheres sobre o livre consentimento em realizar a atividade sexual terá que ser analisada de acordo com as condições de cada vítima, observando a situação econômica, psicológica, familiar e a desigualdade de gênero.

Em consonância com o exposto, a lei 13.344/2016 preceitua que os Estados tomarão e reforçarão medidas, para reduzir os fatores como a pobreza, o subdesenvolvimento e a desigualdade de oportunidades que tornam essas pessoas, especialmente mulheres e crianças, vítimas do tráfico (BRASIL, 2016).

Visto isso, percebe-se que a referida lei reconhece a vulnerabilidade das mulheres e traz isso como um problema para ser enfrentando. Assim, é importante analisar as decisões dos tribunais. Entretanto, por se tratar de uma lei recente e por ser um crime silenciado, existe uma dificuldade em encontrar decisões que versam sobre o assunto.

A turma do TRF 1ª Região decidiu dar provimento ao um recurso de apelação criminal, processo nº 0005165-44.2011.4.01.3600/MT interposto por três réus condenados em 1ª instância, absolvendo os réus e declarando atipicidade da conduta, conforme ementa do julgado abaixo:

PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS. EXPLORAÇÃO SEXUAL DE MULHERES. ART. 231 DO CÓDIGO PENAL.

CONDUTA PRATICADA NA VIGÊNCIA DA LEI 11.106/2005. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 13.344/2016.

(TRF1ª Região, AC n. 0005165-44.2011.4.01.3600/MT, relator Des. Monica Sifuentes).

Desse modo, nota-se que o Tribunal Regional Federal decidiu a luz do art. 149-A do Código Penal, visto que na data da apelação os artigos 231 e 231-A já tinham sido revogados. Com isso, decidiu que o crime não se caracterizou porque as mulheres que trabalhavam como prostitutas estavam ali por livre e espontânea vontade.

Assim, observa-se que os réus foram condenados em primeira instância porque as elementares do crime não exigiam ameaça, força, coação, rapto, fraude, engano ou abuso de vulnerabilidade em um contexto sexual, mas com a superveniência da lei 13.344/2016 exigiu-se o uso desses meios.

Contudo, a relatora não informou na decisão se houve um estudo sobre a situação de vulnerabilidade das mulheres, analisou apenas provas documentais e testemunhos recolhidos. Assim, mesmo comprovado que as mulheres estavam alojadas e trabalhando, não existe uma certeza em relação ao livre consentimento, pois as formas de vulnerabilidade são diversas.

No mesmo sentido, decidiu o TRF 3ª Região ao reconhecer o *abolitio criminis*, absolvendo os réus condenados em 1ª instância pela prática do crime de tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual, conforme ementa do julgado abaixo:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS. ARTIGO 231 CAPUT DO CÓDIGO PENAL. CONDUTA PRATICADA NA VIGÊNCIA DA LEI 11.106/2005. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 13.344/2016. VIOLÊNCIA, GRAVE AMEAÇA E FRAUDE QUE FIGURAVAM NA FORMA QUALIFICADA DO REVOGADO ARTIGO 231-A DO CP, PASSAM A CONSTITUIR CIRCUNSTÂNCIAS ELEMENTARES DO ARTIGO 149-A DO CP. ABOLITIO CRIMINIS CONFIGURADA COM RELAÇÃO À FIGURA SIMPLES DO REVOGADO ARTIGO 231-A DO CP, NA REDAÇÃO DA LEI 11.106/2005.

(TRF 3ª Região, 0003569- 27.2007.4.03.6181/SP, Relator Des. Márcio Mesquita).

Nota-se que se trata de um caso que os réus também foram condenados pela prática do crime do art. 231 e 231-A, contudo na data da apelação a lei 13.344/2016 já estava em vigor. Destaca-se que o argumento utilizado na decisão é que na denúncia não há referência a grave ameaça, violência ou fraude. Além disso, as vítimas tinham dado o seu consentimento ao abarcar, tendo plena consciência do propósito da viagem.

Contudo, ao analisar o relatório da decisão observa-se que devido a antiga redação do crime não exigir abuso à vulnerabilidade ou a qualquer outro os meios da atual redação, não houve um aprofundamento em relação à vulnerabilidade. Com isso, não há como concluir se essas vítimas estavam sendo expostas a situações que viciam o consentimento.

Desse modo, de acordo com Medeiros (2013) são múltiplos os fatores que contribuem para materializar a situação de vulnerabilidade, entre eles está a desigualdades e discriminação contra as mulheres, o desemprego, serviços de saúde e as péssimas condições de moradia.

Em consorte, um estudo realizado pela UNODC (2018) examinou a prática da questão do “abuso de vulnerabilidade” em 12 países e restou demonstrado que esses países estão aplicando o conceito de vulnerabilidade de forma bastante diversificada.

Assim, restou demonstrado que a maioria dos países que incluiu explicitamente o termo abuso de posição de vulnerabilidade dentro da definição do crime se preocupa em investigar mais a situação da vulnerabilidade do que o próprio abuso. Assim, a presença de situação irregular no país, pobreza podem ser suficientes para demonstrar que existe a presença da vulnerabilidade (UNODC, 2018).

O referido documento também preceitua que as vítimas de tráfico não podem se identificar como tal e algumas podem até voltar voluntariamente a situações de exploração. Além disso, afirma que a irrelevância do consentimento pode ser mais difícil em relação a situação de abuso de poder ou posição de vulnerabilidade (UNODC, 2018).

Nesse sentido, é notório que o núcleo do tipo abuso trazido no artigo 149-A necessita ser interpretado diante das situações de vulnerabilidades, tendo em vista que são situações recorrentes, presentes na maioria dos casos de tráfico para fins de exploração sexual.

Conforme visto, as interpretações dos tribunais estão sendo omissas nesse quesito, deixando de averiguar a situação da vítima diante do crime em que foi submetida, tendo em vista que maioria das pessoas exploradas são mulheres e meninas de baixa renda, que se encontram em situações como a pobreza, o desemprego, e a baixa escolaridade.

5 DADOS SOBRE O TRÁFICO DE MULHERES PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL NO BRASIL

Segundo o Relatório Nacional Sobre o Tráfico de Pessoas (BRASIL, 2017), a Secretaria Nacional de Política das Mulheres revela que entre 2014 e 2016, 317 mulheres foram vítimas de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, tanto interno quanto internacional e apenas 05 homens.

Contudo, vale ressaltar que a coleta desses dados ainda é muito frágil, pois não existe uma política que faz um levantamento dos perfis das vítimas, sequer o gênero. Além disso, a justiça não disponibiliza um banco de dados. Desse modo, as informações são retiradas apenas das instituições que prestam assistência às vítimas, como o disque 180 (BRASIL, 2017).

Outrossim, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2017) foram registrados 442 processos criminais de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual.

Visto isso, apesar do art. 10 da lei nº 13.344/2016 afirmar que o poder público é autorizado a criar um sistema de informações visando à coleta de dados que auxiliem no enfrentamento do tráfico, na prática existem dificuldades devido à falta de política voltada para o recolhimento de informações.

Nesse sentido, é importante ressaltar que a lei nº 13.344/2016 trata sobre a prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas, traz em seu art. 2º os princípios que o enfrentamento do tráfico de pessoas atenderá, dentre eles: o respeito à dignidade da pessoa, a não discriminação por motivo de gênero, orientação sexual, origem étnica ou social, procedência, nacionalidade, atuação profissional, raça, religião, faixa etária, situação migratória ou outro status, transversalidade das dimensões de gênero, orientação sexual, origem étnica ou social, procedência, raça e faixa etária nas políticas públicas e a atenção integral às vítimas diretas e indiretas, independentemente de nacionalidade e de colaboração em investigações ou processos judiciais (BRASIL, 2016).

Nessa seara, o tráfico de mulheres é uma violação dos seus direitos humanos e das suas liberdades individuais, causando dano e sofrimento físico e psicológico. Além disso, o modelo patriarcal é responsável por deixar as mulheres em maior situação de vulnerabilidade, pois de acordo com o IBGE (2021) estas ainda ganham 20,5% a menos que os homens.

A Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para Fins de Exploração Sexual Comercial no Brasil (Pestraf) realizada em 2002 aponta que no Brasil o tráfico para fins sexuais possui o maior índice de mulheres e garotas negras e morenas, com idade entre 15 e 17 anos (BRASIL, 2003).

Desse modo, apesar da Constituição Federal de 1988 estabelecer que todos são iguais perante a lei, sem qualquer distinção, garantindo a dignidade da pessoa e que ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento desumano e degradante, o tráfico de mulheres viola todos essas garantias constitucionais, infringindo as leis e os direitos básicos.

Convém ressaltar que de acordo com a Convenção Americana De Direitos Humanos (1969) na qual o Brasil é signatário, ninguém poderá ser submetido a escravidão ou servidão e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas.

No entanto, conforme a PRESTRAF (2002) o tráfico de mulheres para fins de exploração sexual é uma das mais visíveis formas desse crime, o que demonstra a enorme desigualdade de gênero.

Com isso, percebe-se que apesar de existir diversos regulamentos que proíbem essa prática, a construção social em relação ao papel feminino faz com que estas se tornem as principais vítimas do tráfico para fins sexuais.

Em um questionário disponibilizado pela Polícia Federal dirigido aos Delegados Federais que atuam nas investigações do tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual, coletados por Resende (2018) demonstrou que os delegados federais responderam que o tráfico de pessoas é importante, contudo não é considerado prioritário.

Além disso, quando questionados sobre outros crimes, como tráfico de drogas, corrupção e contrabando, responderam que o crime de tráfico de pessoas é considerado igualmente gravoso. Contudo, na prática não está merecendo a mesma atenção dos demais crimes.

Outrossim, a Constituição Federal de 1988 aduz que os poderes da União são harmônicos e independentes entre si, essa harmonia significa a colaboração e cooperação entre os três poderes. Assim, é essencial a contribuição de todos os entes no enfrentamento do problema. (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, os dados relatados demonstram que o tráfico de pessoas está vinculado à desigualdade de gênero existente no Brasil afetando diretamente mulheres que estão submetidas a condições sociais precárias.

Diante disso, é notório que as inovações trazidas pela lei 13.344/2016 bem como o levantamento de dados realizados pela PRESTRAF, apesar serem muito importantes no enfrentamento ao tráfico, não são suficientes para solucionar as questões que causam o crime, tendo em vista que a questão ainda é visualizada como prioridade.

6 CONCLUSÃO

Conforme referido durante este estudo, a Lei 13.344/2016 modificou a redação do crime de tráfico internacional de pessoas ampliando o rol de ações, mas especificando que o crime só seria cometido mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso.

Destacou-se que o Brasil adotou o protocolo de Palermo em 2004, por meio do decreto nº 5.015. Contudo, somente em 2016 houve uma adequação do tipo penal aos moldes do referido documento.

Viu-se que o núcleo do tipo abuso no crime de tráfico de pessoas ocorre quando o agente usa do seu poder ou da posição de vulnerabilidade da pessoa a ser traficada para coagi-la a aderir a sua conduta. Contudo, estas situações vulneráveis são muito específicas, pois estão atreladas as condições financeiras, sociais e psicológicas das vítimas, necessitando de uma análise de cada caso concreto.

Desse modo, demonstrou-se que os Tribunais Regionais Federais em decisões recentes estão absolvendo réus pela prática do crime de tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual, sob o argumento que a lei 13.344/2016 exigiu o uso de ameaça, força, coação, rapto, fraude, engano ou abuso de vulnerabilidade.

Contudo, restou apontado que nos relatórios das referidas decisões não houve um estudo em relação as condições vulneráveis que as vítimas estavam expostas, não comprovando que estas estavam em situações de livre consentimento.

Dessa forma, como examinado oportunamente, além da questão da suposta inércia do poder judiciário quanto ao estudo da situação de vulnerabilidade das mulheres vítimas do tráfico, apontou-se que os delegados não consideram o crime como uma prioridade.

Portanto, como conclusão, tem-se que são necessários maiores estudos no âmbito do poder judiciário para analisar cada caso concreto, observando as situações em que as vítimas se encontravam no momento que decidiram aceitar a proposta ofertada pelos aliciadores.

Outrossim, faz necessário que os delegados federais também contribuam para a punidade do crime, tratando a questão como prioridade e realizando as diligências necessárias para coletar todas as informações possíveis em relação a situação socioeconômica e psicológica de cada vítima.

Assim, restou demonstrado que apesar das inovações na legislação brasileira ainda é necessário um amplo estudo em relação ao abuso de vulnerabilidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL (1940). Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: ww.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 30 abr. 2021.

_____. (1992). Decreto Lei nº 678 de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 30 abr. 2021.

_____. (2016). Decreto-Lei nº 13.344, de 06 de outubro de 2006 – Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13344.htm. Acesso em 30 abr. 2021

_____. Ministério da Justiça. **Relatório Nacional Sobre O Tráfico De Pessoas: Dados 2014 A 2016**, p. 14, Brasília, 2017. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/relatorio-de-dados.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2021.

_____. **Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para Fins de Exploração Sexual Comercial no Brasil**, p.1, 2002. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/2003pestraf.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2021.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 abr. 2021.

_____. Tribunal Federal 1ª Região. **Apelação Criminal 0005165-44.2011.4.01.3600/MT**. Penal e processo penal. Tráfico internacional de pessoas. Exploração sexual de mulheres. Art. 231 do Código Penal. Conduta praticada na vigência da Lei 11.106/2005. Superveniência da Lei 13.344/2016. Apelante: Douglas Nogueira Dias e outra. Apelada: Justiça Pública. Relatora: Desembargadora federal Mônica Sifuentes, 09 de agosto de 2019. Disponível em: <https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/145/108>. Acesso em 29 abr. 2021.

_____. Tribunal Federal 3ª Região. **Apelação Criminal Nº 0003569-27.2007.4.03.6181/SP**. Penal e processual penal. Apelação criminal. Tráfico internacional de pessoas. Artigo 231 caput do código penal. conduta praticada na vigência da lei 11.106/2005. Superveniência da lei 13.344/2016. Violência, grave ameaça e fraude que figuravam na forma qualificada do revogado artigo 231-a do cp, passam a constituir circunstâncias elementares do artigo 149-a do cp. Abolitio criminis configurada com relação à figura simples do revogado artigo 231-a do cp, na redação da lei 11.106/2005. Apelante: Carlos Aleman Ortega e Prescila Araujo Chaves. Apelado: Justiça Publica. Relator:

Desembargador Federal WILSON ZAUHY, 26 de setembro de 2017. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/6423562>. Acesso em: 30 abr. 2021.

CARNEIRO, V.F, L. **A vulnerabilidade humana como elemento de relevante olhar social para o combate ao tráfico de pessoas e acolhimento das vítimas**, Revista do Tribunal Regional da 3ª Região, ISSN 1982-1506, São Paulo, 2019. Disponível em: https://www.trf3.jus.br/documentos/revs/DIVERSOS/REVISTA-ESPECIAL-2019_com_LINKS.pdf. Acesso em: 27 abr. 2021.

CASTILHO, E. W. Ministério Público Federal. 2019 Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacaoe-conteudos-de-apoio/publicacoes/trafico-de-pessoas/artigo_trafico_de_pessoas.pdf, Acesso em: 28 abr. 2021.

FREIXO, Manuel João Vaz. **Metodologia científica: fundamentos, métodos e técnicas**. ISBN: 9789896590475. Editora Instituto Piaget, Lisboa, 2010.

GIL, C.A. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. ISBN 85-224-3169-8. Editora Atlas, São Paulo, 2002.

GUERALDI, M; DIAS, J. **Em busca do Éden: tráfico de pessoas e direitos humanos, experiência brasileira**, ISBN: 978-85-7549-040-2, São Paulo, 2014.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, **Estatísticas Sociais**, 2019. Disponível em: [https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/23924-diferenca-cai-em-sete-anos-mas-mulheres-ainda-ganham-20-5-menos-que-homens)

[noticias/noticias/23924-diferenca-cai-em-sete-anos-mas-mulheres-ainda-ganham-20-5-menos-que-homens](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/23924-diferenca-cai-em-sete-anos-mas-mulheres-ainda-ganham-20-5-menos-que-homens). Acesso em: 29 abr. 2021.

JESUS, Damásio de. **Parte especial: crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio**. v. 2-36, São Paulo: Ed. Saraiva, 2020.

_____. **Tráfico Internacional de Mulheres e Crianças - Brasil: aspectos regionais e nacionais**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

LIMA, S.R.J. **Investigação Criminal de Tráfico de Pessoas para fins de Exploração Sexual: Experiências Brasileira e Portuguesa**, Dissertação apresentada ao Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Faculdade de Coimbra, Lisboa, p. 29, 2016. Disponível em: <https://comum.rcaap.pt/handle/10400.26/33130>, Acesso em 27 abr. 2021.

_____, S.R.J. **Investigação Criminal de Tráfico de Pessoas para fins de Exploração Sexual: Experiências Brasileira e Portuguesa**, Dissertação apresentada ao Instituto Superior de

Ciências Policiais e Segurança Interna, Faculdade de Coimbra. Lisboa, p. 209-211, 2016. Disponível em: <https://comum.rcaap.pt/handle/10400.26/33130>, Acesso em 27 abr. 2021.

LOPES, S.A, A lei nº 13.344/2016 e suas principais alterações ao ordenamento jurídico brasileiro, **Tráfico de Pessoas: coletânea de artigos**, Brasília, MPF, v.2, p. 41, 2017. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/coletaneasdeartigos/003_17_coletanea_de_artigos_trafico_de_pessoas.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

MEDEIROS, C, D, T. **Matriz Nacional de Formação em Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas**. Brasília, 2013. Disponível em: (Microsoft Word - Matriz Forma\347\343o.doc) (justica.gov.br), Acesso em: 26 abr. 2021.

NABUCO, Joaquim. **O abolicionismo**. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2010.

PINTO, R, B,A. **Tráfico de pessoas: preconceito e discriminação**, Revista do Tribunal Regional da 3ª Região, ISSN 1982-1506, São Paulo, 2019. Disponível em: https://www.trf3.jus.br/documentos/revs/DIVERSOS/REVISTA-ESPECIAL-2019_com_LINKS.pdf. Acesso em: 27 abr. 2021.

UNODC (2018). The International Legal Definition of Trafficking in Persons: Consolidation of research findings and reflection on issues raised. Vienna: United Nations. Disponível em <https://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/glotip-2018.html>. Acesso em: 25 abr. 2021.

A EFICÁCIA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS NOS CASOS DE DELITOS COMETIDOS POR MENORES INFRATORES

OTÁVIO LUIZ DUARTE DE OLIVEIRA:

Bacharelado em Direito pela FIPAR -
Faculdades Integradas de Paranaíba.

RESUMO: As medidas socioeducativas nos casos decorrentes de ações ilícitas realizadas por menores infratores é certamente um tema de extrema relevância no cenário do Direito Penal Brasileiro. Estão previstas na Lei 8.069/1990 que dispõe especificamente do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Neste importante documento jurídico vislumbram-se no seu art. 121 as medidas socioeducativas voltadas aos atos delituosos cometidos por crianças e adolescentes, cujo propósito é extremamente didático, visando o estabelecimento de sanções educativas, capazes de advertir o infrator acerca de sua conduta danosa, propondo inclusive a reflexão do mesmo diante do ilícito por ele cometido. O menor infrator merece atenção e orientação, ou seja, um olhar pedagógico por parte do Sistema Jurídico Brasileiro, que observará, sobretudo, a importância de recuperar este sujeito que ainda não tem compreensão plausível do ato que realizou.

Palavras – chave: Direito Penal Brasileiro. Crianças e Adolescentes. Olhar pedagógico.

ABSTRACT: Socio-educational measures in cases arising from illegal actions carried out by minor offenders is certainly an extremely relevant topic in the Brazilian Criminal Law scenario. They are provided for in Law 8.069/1990, which specifically provides for the Status of Children and Adolescents (ECA). In this important legal document, art. 121 socio-educational measures aimed at criminal acts committed by children and adolescents, whose purpose is extremely didactic, aiming at establishing educational sanctions, capable of warning the offender of their harmful conduct, even proposing their reflection on the offense committed by them. The minor offender deserves attention and guidance, which is a pedagogical look by the Brazilian Legal System, which will note, above all, the importance of recovering this subject who still does not have a plausible understanding of the act he performed.

Keywords: Brazilian Criminal Law. Children and Adolescents. Pedagogical look.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A Legislação Menorista Brasileira – 2.1 Aspectos Históricos da Legislação Menorista Brasileira – 2.1.1 A Legislação Menorista nas Ordenações Filipinas – 2.1.2 O Código Criminal do Império – 2.1.3 O Código Penal Republicano – 2.1.4 O Código Mello Mattos – 2.1.5 O Estatuto da Criança e do Adolescente – 3. As medidas socioeducativas presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente – 3.1 Medida socioeducativa de Advertência – 3.1.2 Medida socioeducativa de reparar dano – 3.1.3 Medida socioeducativa de Prestação de Serviços à Comunidade – 3.1.4 Medida

socioeducativa de Liberdade Assistida – 3.1.5 Medida socioeducativa de Inserção em regime de semiliberdade – 4. A Eficácia das Medidas Socioeducativas – 4.1 Breves apontamentos sobre a eficácia das medidas socioeducativas – 4.1.2 Análise da eficácia das Medidas Socioeducativas – 4.1.3 Análise da Medida de Advertência – 4.1.4 Análise da Medida de reparar dano – 4.1.5 Análise da Medida Socioeducativa de prestação de serviços à comunidade – 4.1.6 Análise da Medida Socioeducativa de liberdade assistida – 4.1.7 Análise da Medida Socioeducativa de regime de semiliberdade – 5. Considerações Finais – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Tratar das medidas socioeducativas destinadas à menores infratores é certamente um dos temas mais relevantes não só para o mundo jurídico, mas para toda a sociedade. É preciso a priori analisar se tais medidas estão ou não cumprindo o seu papel ressocializadora. Até que ponto, a criação da Lei 8.069/1990 garantiu de fato a realização ou a efetivação das medidas ressocializadoras, estão presentes no próprio documento.

Para justificar tal tema, torna-se necessário apontar para a importância do mesmo, visto que, tanto crianças como jovens (adolescentes) serão os responsáveis pela construção do país. Por esta razão, temas como ressocialização a partir de medidas socioeducativas é assunto de interesse de toda a sociedade brasileira.

Este trabalho tem como característica principal sua fundamentação, pautada em leituras doutrinárias importantes. Consultas à códigos e jurisprudências também se mostram importantíssimos.

Do ponto de vista estrutural, o presente trabalho será dividido em três capítulos. Todas as partes estarão minuciosamente intercaladas, de maneira que, os resultados das leituras, bem como a produção textual pautada nas argumentações estão organizados e coesos.

O capítulo introdutório versará sobre a Legislação Menorista Brasileira, apontando para a sua evolução histórica, desde as Ordenações Filipinas e seu tratamento acerca do tema até o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente). Tratam-se efetivamente de um levantamento histórico da questão, observações estas importantes para compreender a realidade atual no que se refere ao tema abordado pelo trabalho. O objetivo é realizar uma profunda análise conceitual, crítica e jurídica do problema.

O segundo capítulo tratará especificamente das Medidas Socioeducativas, suas espécies, seus procedimentos e adequações. Para tanto serão utilizados apontamentos doutrinários de juristas envolvidos com a temática, capazes de apresentar o panorama deste tema de forma extremamente didática e eficaz.

Por último, a terceira parte irá tratar especificamente da eficácia das Medidas Socioeducativas, refletindo sobre a real capacidade de reeducação das mesmas, evitando assim a tão temida reincidência.

Em síntese, o trabalho aqui apresentado irá discorrer de maneira crítica acerca da efetividade das medidas socioeducativas e do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente no que se refere a estas questões.

2. A LEGISLAÇÃO MENORISTA BRASILEIRA

2.1 Aspectos Históricos da Legislação Menorista Brasileira.

Todo estudo jurídico, todas as análises ligadas ao Direito necessitam de uma abordagem histórica, visto que, como toda ação humana socialmente constituída, o Direito também evolui. Neste sentido, segue alguns apontamentos importantes acerca da história da Legislação Menorista no Brasil.

2.1.1 A Legislação Menorista nas Ordenações Filipinas.

As Ordenações Filipinas foi o sistema jurídico que vigorou no Brasil durante o período colonial (1603 a 1830). Tratava-se do mesmo sistema jurídico aplicado na sociedade portuguesa da época. Tal legislação ou ordenamento jurídico foi reformulado por Dom Felipe, tratava-se mais especificamente de uma atualização das Ordenações Manuelinas que regia Portugal juridicamente e até aquele instante.

É importante frisar que tal ordenamento jurídico se mostrava extremamente severo e autoritário. José Fábio Rodrigues Maciel destaca em seu artigo “Ordenações Filipinas – considerável influência no direito brasileiro”, aspectos desta legislação:

As penas previstas nas Ordenações Filipinas eram consideradas severas e bastante variadas, destacando-se o perdimento e o confisco de bens, o desterro, o banimento, os açoites, morte atroz (esquartejamento) e morte natural (forca). Mas, como típica sociedade estamental da época, não poderiam ser submetidos às penas infamantes ou vis os que gozassem de privilégios, como os fidalgos, os cavaleiros, os doutores em cânones ou leis, os médicos, os juizes e os vereadores.

As Ordenações Filipinas também possuíam em sua essência o peso dos suplícios, muito comum nas legislações europeias daquele período. Os suplícios demonstravam um desequilíbrio sem precedentes entre o delito e a pena, uma desigualdade punitiva sem precedentes.

No período colonial brasileiro destacou-se a severidade das leis aplicadas. Tais punições possuíam caráter cruel e desumano. A rigidez das penas marcava as Ordenações Filipinas atingindo à todos, inclusive os jovens (crianças e adolescentes).

Neste ordenamento jurídico extremamente rigoroso, a responsabilização penal de crianças e adolescentes que cometiam algum tipo de delito era presente e classificada especificamente no capítulo CXXXV, do livro Quinto. Três etapas compunham a classificação das punições destinadas a menores.

De acordo com Oliveira (2010, p. 10)

Na faixa etária compreendida entre os sete anos de idade e os dezessete anos de idade, a pena aplicada aos infratores assemelhava-se a aplicada aos adultos, contudo tinha alguma atenuação. Quando a faixa etária estivesse compreendida entre os dezessete e vinte e um anos, a doutrina vigente os considerava como jovens adultos, onde inclusive poderiam vir a sofrer a pena capital.

A aplicação desproporcional da pena traz à tona um pensamento jurídico arcaico, pautado em medidas que de longe lembram o caráter socioeducativo. Violência e atrocidades faziam parte do cardápio de punições e castigos.

A respeito deste ordenamento jurídico extremamente cruel, Tavares (2002, p.51) discorre:

Durante a fase imperial tem início a preocupação com os infratores, menores ou maiores, e a política repressiva era fundada no temor da crueldade das penas. Vigentes as Ordenações Filipinas, a imputabilidade penal era alcançada aos sete anos de idade. Dos sete aos dezessete anos o tratamento era similar ao do adulto com certa atenuação na aplicação da pena. Dos dezessete aos vinte e um anos de idade, eram considerados jovens adultos e, por tanto, já poderiam sofrer a pena de morte natural (por enforcamento). A exceção era o crime de falsificação de moeda, para o qual se autorizava a pena de morte natural para maiores de quatorze anos.

As barbáries em nome da lei, ou respaldadas pela mesma foi a tônica da legislação Filipinas, de forma que, nem mesmo as crianças e adolescentes estiveram excluídos de tal ordenamento jurídico. A pena de morte (pena de morte natural) foi em muitos casos a punição taxativa mais cruel aplicada aos mais jovens.

Na realidade, a aplicação das Ordenações Filipinas em território colonial tinha um objetivo maior, fazer valer o poder da metrópole sob a colônia brasileira.

2.1.2 O Código Criminal do Império.

No que se as punições realizadas aos menores infratores inseridas no Código Criminal do Império, tornam-se importante frisar que o Brasil e sua sociedade passavam por inúmeras mudanças estruturais. Um novo regime político e administrativo exigia uma legislação que viessem de encontro com as revoluções liberais (principalmente as ocorridas na Europa) tão comuns para a época. Para atender tal demanda, foi criado e sancionado pela Lei de 16 de dezembro do ano de 1830, o Código Criminal do Império.

É importante ressaltar que o Código Criminal do Império surge para romper com as penalidades supliciantes (esquartejamentos, torturas, açoites e pena de morte) da codificação portuguesa, no caso das Ordenações Filipinas.

O Código Criminal do Império foi responsável pela inovação no ordenamento jurídico penal no Brasil. A conduta delituosa dos jovens infratores passou a ser avaliadas, analisando principalmente se os mesmos possuíam ou não consciência de seus atos. Esta análise era realizada em jovens a partir de 14 anos e em caso de verificação deste entendimento, ou seja, se o jovem possuísse consciência do prejuízo social que sua atitude causará, o adolescente seria punido nos rigores da lei. Observe-se no art. 13 deste documento traz em sua essência a importância deste entendimento por parte do menor infrator.

Art. 13. Se se provar que os menores de quatorze annos, que tiverem commettido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos ás casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda á idade de dezasete annos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm . Acesso em: 20 de abril de 2019.

É importante analisar que, o Código trazia a aplicação de penas mais flexíveis aos jovens infratores. Ocorre que, a partir deste Código, a ideia de atenuar as penas em decorrência da idade já era algo possível e de certa forma aceitável.

No artigo 18 deste diploma legal encontra-se a questão das atenuantes:

Art. 18. São circunstancias attenuantes dos crimes:

Quando o réo fôr menor de dezasete annos, e maior de quatorze, poderá o Juiz, parecendo-lhe justo, impôr-lhe as penas da complicitade.

10. Ser o delinquente menor de vinte e um annos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm . Acesso em: 20 de abril de 2019.

O Código Criminal de 1830 vigorou por todo o período Imperial, sendo complementando posteriormente pelo Código de Processo Penal de 1832.

2.1.3 O Código Penal Republicano.

O Código Penal Republicano foi publicado no ano de 1890, a princípio como Decreto de número 847 na data de 11 de outubro, concordando substancialmente com Código Criminal do Império com relação ao menor infrator e seus delitos. Porém, é preciso ressaltar que algumas diferenças precisam ser apontadas. Inicialmente o artigo 27 em que menciona não criminoso: § 1º. Os menores de 9 annos completos; § 2º. Os maiores de 9 e menores de 14 annos, que obrarem sem discernimento; [...]. Porém, quanto aos maiores de 14 annos e menores de 16, applicava-se pena de recolhimento:

Art. 30. Os maiores de 9 annos e menores de 14, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinaes industriaes, pelo tempo que ao juiz parecer, comtanto que o recolhimento não exceda á idade de 17 annos.

[...] Art. 42. São circumstancias attenuantes:

[...] § 11. Ser o delinquente menor de 21 annos.

[...] Art. 49. A pena de prisão disciplinar será cumprida em estabelecimentos industriaes especiaes, onde serão recolhidos os menores até á idade de 21 annos.

Os artigos em questão, apesar de apresentarem diferenciação no tratamento dispensado aos menores quanto ao primeiro Código, sabe-se perfeitamente que não havia instituições disciplinaes industriaes, desta forma, o Estado deixava os menores junto com os adultos, ou seja, não havia efetivamente uma legislação real, que pudesse efetivamente ressocializar o jovem infrator daquele período.

2.1.4 O Código de Mello Mattos.

O Decreto nº 17.943 – A de 12 de outubro de 1927 foi reconhecido por “Código Mello Mattos”. O documento legal em questão possuía 231 artigos. O nome foi escolhido com o intuito de homenagear seu autor, o famoso jurista José Cândido de Albuquerque

Mello Mattos, nascido em Salvador na Bahia, no dia 19 de março do ano de 1864. Na realidade o jurista foi apenas o seu idealizador. Foi também o 1º juiz de Menores do Brasil, sendo nomeado em 02 de fevereiro do ano de 1924 exercendo o cargo na cidade do Rio de Janeiro, capital federal na época.

A partir do Código de Mello Mattos, todos os menores que se encontravam em situação irregular deveriam passar pelas mãos de um juiz de menores, ou seja, uma autoridade judiciária estatal.

Outro aspecto importante previsto no Código Mello Mattos, estava intimamente ligado ao fato de que a apreensão e internação dos menores não precisariam ser devidamente fundamentadas:

Maurício Maia de Azevedo em seu artigo intitulado o Código Mello Mattos e seus reflexos na Legislação Posterior apontam para a legislação em questão:

Art. 7º À autoridade judiciária competirá exercer diretamente, ou por intermédio de servidor efetivo ou de voluntário credenciado, fiscalização sobre o cumprimento das decisões judiciais ou determinações administrativas que houver tomado com relação à assistência, proteção e vigilância a menores. Parágrafo único. A fiscalização poderá ser desempenhada por comissários voluntários, nomeados pela autoridade judiciária, a título gratuito, dentre pessoas idôneas merecedoras de sua confiança.

Art. 8º A autoridade judiciária, além das medidas especiais previstas nesta Lei, poderá, através de portaria ou provimento, determinar outras de ordem geral, que, ao seu prudente arbítrio, se demonstrarem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor, respondendo por abuso ou desvio de poder.

Desta forma, os poderes do juiz eram extremamente amplos e não eram restritos a ele. As autoridades administrativas responsáveis pela fiscalização das situações dos menores também possuíam poderes para a prática de atos sem fundamentação própria ou específica.

2.1.5 O Estatuto da Criança e do Adolescente (1990).

O Estatuto da Criança e do Adolescente fruto da Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, representa de forma significativa um marco divisório extremamente eficiente no que se refere as questões da infância e juventude no Brasil.

O Estatuto da Criança e do Adolescente vem de encontro com a necessidade de se estabelecer uma legislação que tem por princípio primordial a proteção integral dos direitos das crianças em todo o território brasileiro. A norma estabelecida por este diploma legal ampara todas as crianças e adolescentes, independente de classe social ou idade. Neste sentido, cabe ressaltar o posicionamento de Saraiva (2010, p.24):

Na Doutrina da Proteção Integral dos Direitos, as crianças passam a ser definidas de maneira afirmativa, como sujeitos plenos de direitos. Já não se trata de “menores”, incapazes, meias-pessoas ou incompletas, senão de pessoas cuja única particularidade é a de estar em desenvolvimento. Por isso lhes reconhecem todos os direitos que têm os adultos mais direitos específicos por reconhecer-se essa circunstância evolutiva.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu art. 227 as obrigações da família diante da responsabilidade da formação da criança e do adolescente:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Importante frisar que, a partir da Constituição Federal de 1988, todos os menores de 18 anos, independente da classe social ao qual fazem parte, têm seus direitos garantidos. Neste sentido, a criança ou adolescente infrator deverá também ter seus direitos garantidos. Para os mesmos, serão atribuídas medidas socioeducativas capazes de ressocializá-los de forma efetiva.

Ocorre que, neste universo de garantias constitucionais que o juiz responsável pelas questões que envolvem menores está limitado à aplicação da lei, devendo necessariamente garantir que os direitos e os deveres da criança e do adolescente seja efetivamente cumprido.

Após a criação do Estatuto de Criança e do Adolescente, as punições destinadas à crianças e adolescentes passam a ter aspectos educacionais, visando a proteção dos mesmos.

As medidas protetivas são destinadas às crianças de até 12 anos de idade e estão presentes no art. 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III - matrícula e frequência obrigatória em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;

V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII - acolhimento institucional;

VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;

IX - colocação em família substituta.

Outro aspecto importante a ser destacado, diz respeito a pena atribuída aos considerados maiores de 12 até os 18 anos de idade incompletos. Nestes casos verifica-se aplicação das medidas socioeducativas, determinadas pelo art. 112 do ECA. Estas medidas compreendem advertência, a obrigação de reparar o dano produzido pelo ato ilícito, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade, e em alguns casos a ocorrência de internação em estabelecimento educacional específico.

3. AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS PRESENTES NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA).

Observa-se permanentemente que as medidas consideradas socioeducativas têm como objetivo principal a ressocialização do menor infrator, essas ações visa reeducar este jovem e que substancialmente afaste os menores do universo criminal.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069) foi instituído foi sancionado em julho de 1990 pelo Presidente da República Federativa do Brasil, tornando a partir

daquele instante as crianças e adolescentes, sujeitos de direito, deixando a ideia por vezes estigmatizada de menor.

O art. 3º do referido documento legal trás em sua essência a ideia de que toda a criança e adolescente deve ter seus direitos fundamentais garantidos de acordo com a lei, princípio este intimamente ligado à toda a pessoa humana, sem prejuízo algum ao preceito de que estes indivíduos gozam da proteção integral que este estatuto determina. A intenção do Estatuto é justamente o de garantir à estes indivíduos sociais todas as oportunidades, facilidades com o intuito de facilitar o seu desenvolvimento intelectual, físico, moral, espiritual e social, em condições de liberdade, dignidade e segurança.

De acordo com o art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente aduz:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. (Brasil, 1990).

É importante ressaltar que o Estatuto da Criança e do Adolescente está vinculado à Lei Maior, no caso a Constituição Federal de 1988 que desde o principio parte do ideário e do princípio fundamental de proteção dos direitos do cidadão, independente de sua condição social ou faixa etária.

É neste cenário de garantias constitucionais que as medidas socioeducativas apresentadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), se configuram e se estabelecem, impondo medidas justas e possíveis aos jovens considerados infratores.

De acordo com Saraiva:

O ECA se estrutura a partir de três grandes sistemas de garantia, harmônicos entre si: a) o Sistema Primário, que dá conta das Políticas Públicas de Atendimento a crianças e adolescentes (especialmente os arts. 4º e 85/87); b) o Sistema Secundário que trata das Medidas de Proteção dirigidas a 27 crianças e adolescentes em situação de risco pessoal ou social, não autores de atos infracionais, de natureza preventiva, ou seja, crianças e adolescentes enquanto vítimas, enquanto violados em seus direitos fundamentais (especialmente os arts. 98 e 101) c) o Sistema Terciário, que trata das Medidas Sócio-educativas, aplicáveis a adolescentes em conflito com a Lei, autores

de atos infracionais, ou seja, quando passam à condição de vitimizadores (especialmente os arts. 103 e 112). (2003, p. 62).

O Estatuto da Criança e do Adolescente apresenta de acordo com a visão jurídica e legal um grande ponto inicial para a construção de uma proteção da criança e do adolescente efetivamente precisa. A Lei vem atender de forma significativa, moderna e humana, os direitos de todas as crianças, adolescentes e jovens, não somente aqueles que por ventura possam ter cometido algum delito ou ilícito legal.

Aos que cometeram algum ilícito criminal, ferindo as normas morais e sociais impostas pelo Estado e pela a sociedade, numa atmosfera de controle social permanente.

As medidas socioeducativas aplicadas aos adolescentes que por ventura venham a cometer algum tipo de delito ou ato infracional encontram-se elencadas especificamente nos incisos do art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

As socioeducativas consistem de maneira específica em: advertência, obrigação de reparar dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção de regime de semiliberdade e por última internação em estabelecimento. Será analisada cada uma destas medidas, de maneira pormenorizada e reflexiva.

De acordo com o artigo 112 e incisos, do Estatuto da Criança e do Adolescente, as medidas socioeducativas são as seguintes:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I – advertência;
- II – obrigação de reparar o dano;
- III – prestação de serviços á comunidade;
- IV – liberdade assistida;
- V – inserção em regime de semiliberdade;
- VI – internação em estabelecimento educacional;
- VII – qualquer uma prevista no art. 101, I a VI;

§ 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

§ 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

§ 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições. (Brasil, 1990).

É importante frisar que as medidas socioeducativas possuem um caráter pedagógico, com o objeto precípuo de educar e fazer o menor infrator repensar sua postura social, refletindo acerca do mal causado à sociedade e ao seu próprio desenvolvimento como cidadão. Visam também ressocializar este menor, propondo-lhe um olhar crítico acerca de sua própria postura, geralmente antissocial e destrutiva. Sobre tais medidas, Liberati (1995, p. 120) discorre:

A medida socioeducativa é a manifestação do Estado, em resposta ao ato infracional, praticado por menores de 18 anos, de natureza jurídica impositiva, sancionatória e retributiva, cuja aplicação objetiva inibir a reincidência, desenvolvida com finalidade pedagógico-educativa. Tem caráter impositivo, porque a medida é aplicada independentemente da vontade do infrator – com exceção daquelas aplicadas em sede de remissão, que tem finalidade transacional. Além de impositiva, as medidas socioeducativas têm cunho sancionatório, porque, com sua ação ou omissão, o infrator quebrou a regra de convivência dirigida a todos. E, por fim, ela pode ser considerada uma medida de natureza retributiva, na medida em que é uma resposta do Estado à prática do ato infracional praticado. (1995, p. 120).

É importante ressaltar ainda que, ao se estabelecer ou determinar uma medida socioeducativa, o jovem infrator, bem como sua família são encaminhados aos órgãos executores competentes, ou seja, àquelas instituições responsáveis pela viabilização e pelo cumprimento da sentença estabelecida pelo juiz, atendendo desta forma a determinação judicial pertinente.

3.1 Medida socioeducativa de Advertência.

A primeira medida socioeducativa apresentada no Estatuto da Criança e do Adolescente e que certamente merece destaque, é a medida de advertência, prevista no inciso I do art. 112.

A medida de advertência é certamente a mais branda de todas num rol de seis importantes medidas socioeducativas. A mesma é caracterizada essencialmente por uma

reprimenda, uma observação com caráter crítico e de censura que fará o sujeito delituoso pensar acerca de sua conduta.

Por apresentar a característica de ser branda, sua intensão é justamente a de advertir o jovem infrator e seus pais em relação ao ato infracional cometido pelo adolescente, de maneira que ambos, pais e filho estejam cientes da irregularidade das ações cometidas pelo menor. Segundo Liberati (1995, p. 102):

O termo “advertência” deriva do latim *advertentia*, do verbo *advertere*, com o significado de admoestação, aviso, repreensão, observação, ato de advertir. Desses sinônimos, o Estatuto preferiu o de “admoestação”, ao consagrar, no art. 115, que “a advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada”. Com o significado de admoestação, a advertência representa uma modalidade de sanção penal, aplicada a quem praticou uma infração penal. [...].

A medida de advertência é aplicada para casos onde o adolescente cometa infrações consideradas leves, como por exemplo: lesão leve em outrem, e isso deve ser considerado um delito inicial.

Mais uma vez, vale a pena ressaltar que a intensão da medida é a de levar pais e adolescentes a uma reflexão relativamente profunda, fazendo com que, o ato delituoso não seja repetido. Neste sentido, aponta Ishida (2010, p. 202):

Prevê o ECA a medida de advertência consistindo em admoestação, ou seja, a leitura do ato cometido e o comprometimento de que a situação não se repetirá. Assim, atos infracionais como de adolescente que cometa, pela primeira vez, lesões leves em outro ou vias de fato, podem levar à aplicação desta medida.

Embora seja considerada uma medida aparentemente simples, irá servir como um alerta pontual ao adolescente mostrando-lhe as consequências negativas do seu ato, tanto para ele, quanto para a sociedade. Certamente contribuirá para o amadurecimento deste jovem, apontando para o que é um comportamento aceitável pela sociedade.

3.1.2 Medida socioeducativa de reparar dano.

Uma das medidas socioeducativas presentes no Estatuto está ligada à obrigação de reparar o dano que quando imposta tem por objetivo a autocorreção do menor infrator, uma vez que terá como obrigação reparar os danos gerados por sua atitude ilícita. Neste sentido, observam-se os apontamentos de Sposato (2004):

Apesar de ser praticamente desconhecida e pouco aplicada, a reparação de danos é uma medida socioeducativa eficaz, por ser capaz de alcançar tanto a esfera jurídica do adolescente como a da vítima e, assim, dirimir o conflito existente. Se de um lado a reparação do dano pode propiciar ao adolescente o reconhecimento do prejuízo causado pelos seus atos, de outro pode garantir à vítima a reparação do dano sofrido e a certeza de que o adolescente é responsabilizado pelo Estado, por seus atos ilícitos. Disponível em:

De acordo com a definição de Ferreira, dano é “1. Mal ou ofensa pessoal; prejuízo moral. 2. Prejuízo material causado a alguém pela deterioração ou inutilização de seus bens. 3. Estrago, deterioração, danificação. Dano emergente. Jur. Prejuízo efetivo, concreto, provado.” (1999, p. 604).

A medida socioeducativa em questão encontra-se especificamente no art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 116. Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima. Parágrafo único. Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada. (Costa, 1990).

Esta medida socioeducativa tem por objetivo primordial reparar o dano sofrido por terceiro. Neste caso visa realizar a compensação do dano quando este for evidentemente possível de ser reparado.

Outro aspecto importante que deve ser analisado é o de que, tal medida busca educar o adolescente infrator de forma que o mesmo passe a ter responsabilidade socioeconômica relacionada a algo que não lhe pertence.

O ato de reparar o dano quando possível demonstra todo o caráter patrimonial desta medida socioeducativa. Porém é preciso ressaltar que tal medida não está apenas vinculada a questões de ordem patrimonial, existe mais uma vez o caráter pedagógico da medida que faz com que o adolescente e responsável pelo dano venha deixar o bem danificado ao status quo ante.

3.1.3 Medida socioeducativa de Prestação de Serviços à Comunidade.

Esta medida socioeducativa está prevista nos artigos 112 e 117 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A mesma é aplicada pelo Juiz da Infância e da Juventude a todos os adolescentes que cometerem algum tipo de ato infracional. Encontra-se no Caderno de

Orientações Técnicas: Serviço de Medidas Socioeducativas em Meio Aberto, publicado pela Secretaria Nacional de Assistência Social (2016, p.25) algumas premissas deste tipo de medida socioeducativa:

A medida socioeducativa de PSC poderá ser cumprida em hospitais, escolas, instituições socioassistenciais e outros estabelecimentos congêneres, bem como programas comunitários ou governamentais. Essas instituições devem estar previamente definidas por meio de parcerias interinstitucionais, não existindo impedimento que sejam de âmbito federal, estadual, distrital e municipal.

Após a sentença estabelecida pelo juiz, o jovem infrator é encaminhado ao órgão coordenador do programa PSC (Prestação de Serviço a Comunidade), onde juntamente com os pais ou responsáveis pelo menor, recebe as orientações relacionadas ao cumprimento da medida socioeducativa imposta. A partir deste instante, a coordenação convocará o adolescente e o encaminhará a alguma instituição conveniada, na qual terá a oportunidade de cumprir a medida socioeducativa determinada judicialmente.

3.1.4 Medida socioeducativa de Liberdade Assistida.

Inicialmente é importante frisar que tal medida socioeducativa deverá ser aplicada pelos Núcleos de Liberdade Assistida (Sejus) e que esta medida está prevista nos artigos 112, 118 e 119 do Estatuto da Criança e do Adolescente, aplicada pelo Juiz da Infância e da Juventude a adolescentes que por ventura tenham cometido atos infracionais. De acordo com o Caderno de Orientações Técnicas: Serviço de Medidas Socioeducativas em Meio Aberto, publicado pela Secretaria Nacional de Assistência Social (2016, p.26):

A medida socioeducativa de Liberdade Assistida – LA (art. 112 do ECA) destina-se a acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente autor de ato infracional. Trata-se de uma medida socioeducativa que implica em certa restrição de direitos, pressupõe um acompanhamento sistemático, no entanto, não impõe ao adolescente o afastamento de seu convívio familiar e comunitário.

Aos adolescentes penalizados com tal medida, são oferecidos aos seus, bem como aos seus familiares, um plano de atendimento com a inserção dos membros da família em ação considerada especializada, de caráter psicossocial e jurídico-social. Neste caso são realizados acompanhamentos monitorados, tais como: escola, ações de caráter socioeducativas, saúde, cursos profissionalizantes, entre outras medidas que enfatizem a recuperação do adolescente infrator.

3.1.5 Medida socioeducativa de Inserção em regime de semiliberdade.

Outra medida socioeducativa aplicada aos adolescentes ou jovens infratores é a Medida Socioeducativa em regime semiliberdade. No artigo intitulado: “ECA Comentado”: Art. 120/Livro 2 – Tema: Regime de semiliberdade”, Baratta discorre acerca deste instituto:

O regime de semiliberdade é a medida mais restritiva da liberdade pessoal depois da internação. Semiliberdade e internação são as únicas medidas, entre aquelas previstas para o adolescente infrator no art. 112, que implicam a institucionalização. A semiliberdade faz parte das medidas socioeducativas para as quais o art. 114 requer as plenas garantias formais em relação à apuração da infração e à igualdade do adolescente na relação processual. Tais garantias são estabelecidas nos arts. 110 e 111, em plena relação processual com o art. 5º, LV, da CF e com os princípios estabelecidos na matéria das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores de 1984 (Regras de Beijing) e no art. 40 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989. O processo pode ser excluído, suspenso ou extinto, tratando-se daquelas medidas, somente através da concessão da remissão por parte do representante do Ministério Público ou por parte do juiz.

No que se refere à sua aplicação e duração, de maneira geral este tipo de medida observa os princípios da brevidade e excepcionalidade determinados no art. 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Vale atentar também para as disposições apresentadas nos parágrafos 2º, 3º, 5º e 6º deste mesmo dispositivo legal. De acordo com a medida, o adolescente deve ser liberado ao término do período máximo de três anos, tendo o juiz a possibilidade de alterar a medida aplicada. Porém, o adolescente infrator pode ser reavaliado a cada seis meses, o que na realidade demonstra que, a medida não possui de fato tempo determinado.

Tal medida na realidade constitui-se em um meio termo a liberdade e a internação. Neste sentido o adolescente deverá ficar recolhido durante o período noturno, podendo desenvolver atividades externas no período diurno. Assim, o adolescente poderá ser inserido em programas educacionais e profissionalizantes, utilizando-se preferencialmente recursos financeiros da comunidade para esta finalidade.

4. A EFICÁCIA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS.

4.1 Breves apontamentos sobre a eficácia das medidas socioeducativas

A priori é preciso ressaltar que, as medidas socioeducativas possuem como objetivo principal a inserção do adolescente infrator na família e na comunidade, além de promover a prevenção relacionada à prática delituosa. De acordo com Liberati (2000): “as medidas socioeducativas são atividades impostas aos menores, quando considerados autores diretos de atos infracionais, tem como fundamento o caráter pedagógico da medida, sua finalidade maior é a reestruturação do adolescente e a reintegração de natureza social”.

Apesar de possuir a princípio um propósito educativo capaz de ressocializar de fato os jovens que cometem crimes, tais medidas estão infelizmente perdendo seu caráter pedagógico, visto que não se tem alcançado a tão almejada ressocialização do indivíduo, por não serem tais medidas aplicadas de maneira correta, como determina e prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Para muitos juristas as medidas socioeducativas estão distantes de alcançar o propósito para que fossem criadas, visto que no dia-a-dia constata-se que os adolescentes recebem estas medidas e insistem e persistem na realização de atos infracionais, não refletindo sobre o ato que cometeu, bem como sobre as consequências destes.

As medidas socioeducativas só alcançaram a finalidade para qual foram projetadas a partir do momento que o adolescente infrator consiga de fato ser ressocializar-se. A partir do instante que ao jovem infrator é designado algum tipo de medida socioeducativa, o mesmo precisa necessariamente participar de projetos de vida que facilitem consideravelmente a inserção do mesmo na família, sociedade e comunidade, libertando-o definitivamente do julgo impiedoso do crime da marginalização. A família, a comunidade e a escola possuem papéis relevantes neste processo.

Ocorre que, no Brasil não há muitos programas sociais capazes de efetuar ou realizar a reeducação e ressocialização dos adolescentes infratores, onde nem mesmo os familiares dão importância ao trabalho realizado por profissionais especializados na execução de tais medidas.

É importante ressaltar também que o despreparo das instituições responsáveis pela execução das medidas socioeducativas também é um problema consideravelmente relevante. O problema da falta de efetividade não está nas questões de normatização do sistema, visto que o Estatuto da Criança e do Adolescente não propõe a aplicação de penalidades (sanções) aos atos infracionais cometidos pelos menores, mas sim, apresenta instrumentos de reeducação do menor infrator. Para tanto, é importante que o Estatuto em tela seja utilizado de forma correta, observando a realidade social do adolescente infrator.

Reeducar é importante, visto que, crianças e adolescentes são sujeitos sociais que estão em pleno desenvolvimento: intelectual, comportamental etc. Desta forma as colocações de Santos (2006, p. 130):

Crianças e adolescentes são sujeitos especiais porque são pessoas em desenvolvimento. O reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, a serem protegidos pelo Estado, pela sociedade e pela família com prioridade absoluta, como expresso no art. 227, da Constituição Federal, implica a compreensão de que a expressão de todo o seu potencial quando pessoas adultas, maduras, tem como precondição absoluta o atendimento de suas necessidades enquanto pessoas em desenvolvimento.

A influência do ambiente ou do meio social pode levar crianças e adolescentes a cometer atos infracionais. As ações delituosas cometidas pelos menores não ocorrem única e exclusivamente por conta das condições financeiras ou econômicas as quais estes estão submetidos, é notória a falta de ação estatal, bem como a atuação pontual do poder público na prevenção da criminalidade cometida pelos menores. Falta na realidade investimentos em educação, saúde e assistência social, o que leva tais sujeitos sociais para o mundo do crime e da delinquência.

É importante considerar também que, os delitos cometidos por menores infratores não são apenas ações realizadas por crianças e adolescentes oriundos das camadas mais pobres da população, às classes sociais mais privilegiadas economicamente também cometem delitos ou atos infracionais.

Os atos cometidos por adolescentes pertencentes às classes sociais mais altas não estão ligados à falta de oportunidade ou questões de sobrevivência, mas por fatores de natureza moral e psicológica.

4.1.2 Análise da eficácia das medidas socioeducativas

A princípio é importante frisar que as medidas socioeducativas apresentam a finalidade de ressocializar o menor infrator, por intermédio de procedimentos legais (ações) que reeduquem e que por consequência afastem os menores infratores do universo da criminalidade.

Diante do exposto faz-se necessário analisar a eficácia das medidas impostas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, observando, desta forma, se a finalidade desejada está sendo de fato alcançada em cada uma das medidas, além de pontuar os níveis ligados a reincidência dos atos ilícitos cometidos pelos menores.

4.1.3 Análise da medida de advertência

A medida de advertência certamente alcançará sua eficácia se aplicada ao jovem que porventura tenha realizado seu primeiro ato infracional, visto que, se trata exclusivamente de uma repreenda de caráter verbal. É importante ressaltar que as medidas socioeducativas possuem teor pedagógico propondo uma reflexão importante para o menor infrator e sua família, sendo assim, para os casos de menor gravidade, a medida de advertência é suficiente. De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente no seu art. 115, “a medida de advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada”.

4.1.4 Análise da medida de reparar o dano

A medida de reparar dano quando aplicada de forma efetiva proporciona uma espécie de autocorreção para o adolescente infrator, uma vez que o mesmo deverá reparar as consequências de seu ato ilícito. Ocorre também uma sensação de punição por parte da vítima do delito, de maneira que o mesmo se sinta de fato justificado, pois terá certamente ressarcido o seu prejuízo material. Neste sentido, assegura Sposato (2004):

Apesar de ser praticamente desconhecida e pouco aplicada, a reparação de danos é uma medida socioeducativa eficaz, por ser capaz de alcançar tanto a esfera jurídica do adolescente como a da vítima e, assim, dirimir o conflito existente. Se de um lado a reparação do dano pode propiciar ao adolescente o reconhecimento do prejuízo causado pelos seus atos, de outro pode garantir à vítima a reparação do dano sofrido e a certeza de que o adolescente é responsabilizado pelo Estado, por seus atos ilícitos.

A eficácia desta medida aponta para a efetivação da legislação (ECA) em torno da necessidade de se estabelecer ou implantar no jovem infrator o senso de responsabilidade.

4.1.5 Análise da medida socioeducativa de prestação de serviço à comunidade

A medida socioeducativa de prestação de serviço à comunidade está prevista especificamente no artigo 117 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A mesma permite que o menor infrator cumpra as imposições e determinações restritivas junto da família, no interesse geral da comunidade, a salvo, portanto, dos inconvenientes da institucionalização.

Os parâmetros fixados para a execução da medida mostraram que o legislador estatutário se focou e se preocupou sistematicamente em ressaltar de forma taxativa a escolarização e a relação empregatícia a que está subordinado o menor infrator, limitando à oito horas semanais a jornada de prestação dos serviços comunitários.

Tal iniciativa por parte do legislador atribuiu à medida ora apresentada um caráter humanitário, visto que fatores como trabalho e escolaridade foram levados em consideração.

4.1.6 Análise da medida socioeducativa de liberdade assistida

Para muitos doutrinadores, a medida socioeducativa caracterizada essencialmente pela liberdade assistida, é certamente uma das mais eficazes quando realizada de maneira organizada e estruturada, mesmo apresentando certa complexidade. Segundo, Saraiva (2006, p. 160):

A liberdade assistida constitui-se naquela que se poderia dizer "medida de ouro". De todas as medidas socioeducativas em meio aberto propostas pelo Estatuto, é aquela que guarda maior complexidade, a reclamar a existência de uma estrutura de atendimento no programa de Liberdade Assistida apta a cumprir as metas estabelecidas no art. 119 do Estatuto. Ao mesmo tempo se constitui na medida mais eficaz quando adequadamente executada, haja vista sua efetiva capacidade de intervenção na dinâmica de vida do adolescente e de sua família.

A função da medida de liberdade assistida será sempre a de acompanhar, orientar e auxiliar o adolescente, visando à reflexão do mesmo acerca dos males que sua conduta porventura possa ter causado à sociedade.

Diante de inúmeras funções: acompanhar, orientar e auxiliar o jovem infrator, fica claro que se faz necessária uma estrutura efetivamente satisfatória, o que para muitos contribuem para a impunidade dos menores infratores. Neste sentido, Costa (2008) afirma:

A situação atual é de amplo descrédito em relação à Liberdade Assistida, que, em alguns casos, chega a ser vista por juízes, promotores, mídia, opinião pública e até mesmo pelos próprios adolescentes como uma forma de (des) responsabilização e de impunidade. A falta de investimento na capacitação do corpo técnico encarregado de orientar os adolescentes inseridos nessa modalidade de atenção contribui para que sua efetividade como alternativa eficaz

e humana à privação de liberdade seja questionada em face dos baixos níveis de eficiência e eficácia verificados no dia a dia.

A ausência de capacitação dos profissionais responsáveis por fazer funcionar ou mesmo pela efetividade da medida é sem sombra de dúvidas o grande desafio para que de fato esta medida funcione em sua integridade.

4.1.7 Análise da medida socioeducativa de regime de semiliberdade

Segundo Volpi (2002), a medida socioeducativa de regime de semiliberdade é considerada uma alternativa significativa frente à medida de internação, por conta de sua natureza e finalidade. Neste sentido, a semiliberdade tem por objetivo contribuir para o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários e estimular o desenvolvimento do senso de responsabilidade no adolescente autor de ato infracional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos dias de hoje, a sociedade brasileira se considera vitimada com as mais diversas manifestações de violência que fazem parte dos pensamentos e sensações dos sujeitos menores, aqueles que nos últimos anos têm cometido inúmeros atos ilícitos.

As razões da criminalidade entre as crianças e jovens são muito amplas e complexas, indo além das questões econômicas e sociais. O envolvimento com seus pares faz destes indivíduos sujeitos propensos à realização de atos ilícitos.

A legislação e o ordenamento jurídico brasileiro têm por objetivo sistemático resolver a questão da criminalidade entre os jovens, fazendo valer as medidas socioeducativas implantadas principalmente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Após a leitura e análise deste importante tema, conclui-se que as medidas socioeducativas foram implantadas com o objetivo de fazer valer de fato o poder do Estado em rever o mesmo assistir esta criança ou adolescente, garantindo – lhes seus direitos, mas cobrando uma postura correta diante da sociedade.

As medidas socioeducativas apresentadas na legislação pertinente expressam categoricamente a importância do sistema educacional protetivo para cumprir efetivamente o atendimento ao adolescente infrator. A ideia e os preceitos jurídicos presentes na legislação em tela são essencialmente importantes e reconhecidamente necessárias, porém, só alcançaram efetividade se o Estado Brasileiro fazer valer sua instrumentalização com mecanismos eficazes, do ponto de vista estrutural e profissional (qualificação).

De qualquer maneira, observa-se que inúmeros avanços ocorreram nos últimos anos, proporcionando à sociedade, certa esperança nas medidas socioeducativas implantadas.

6. REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Maurício Maia de. **O Código Mello Mattos e seus reflexos na Legislação Posterior.** Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/30354/codigo_mello_mattos_seus_reflexos.pdf. Acesso em 10 de outubro de 2019.

BARATTA, Alessandro. **(ECA) Comentado.** Artigo 120/Livro 2 – Tema: Regime de semiliberdade. Universidade de Saeland, Alemanha. Disponível em: <http://fundacaotelefonica.org.br/promenino/trabalho infantil/promenino-ecacomentario/eca-comentado-artigo-120livro-2-tema-regime-de-semiliberdade/>. Acesso em 05 de agosto de 2019

COSTA, Antonio Carlos Gomes da. **Brasil Criança Urgente,** A Lei nº 8.069/90. São Paulo: Columbus Cultural, 1990.

_____, Antônio Carlos. **Conheça os Diretos da Infância:** Política de Atendimento. Disponível em: <http://fundacaotelefonica.org.br/promenino/>. Acesso em: 10 agosto de 2019.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente:** doutrina e jurisprudência. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do adolescente.** São Paulo: Malheiros, 1995.

_____, Wilson Donizeti. **O Adolescente e ato infracional:** consequências da realidade brasileira. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** In: **VADE MECUM.** São Paulo: Saraiva, 2011. p.79-78.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Ordenações Filipinas** – considerável influência no direito brasileiro. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ordenacoes-filipinas--consideravel-influencia-no-direito-brasileiro/484>. Acesso em: 19 de abril de 2019.

OLIVEIRA, Luciano da Silva. **A evolução do código de menores e a efetivação dos 20 anos das medidas socioeducativas do Estatuto da Criança e do Adolescente.** Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba 2010. Disponível em: <https://tcconline.utp.br/wp->

[content/uploads/2012/06/A-EVOLUCAO-DO-CODIGO-DE-MENORES-E-A-EFETIVACAO-DOS-20-ANOS-DAS-MEDIDAS-SOCIOEDUCATIVAS-DO-ESTATUTO-DA-CRIANCA-E-DO-ADOLESCENTE.pdf](http://www.conteudojuridico.com.br/content/uploads/2012/06/A-EVOLUCAO-DO-CODIGO-DE-MENORES-E-A-EFETIVACAO-DOS-20-ANOS-DAS-MEDIDAS-SOCIOEDUCATIVAS-DO-ESTATUTO-DA-CRIANCA-E-DO-ADOLESCENTE.pdf). Acesso em 19 de abril de 2019.

SANTOS, Eliane Araque. **Criança e adolescente**: sujeitos de direitos. 2006. Disponível em: <http://www.ibict.br/revistainclusaosocial/include/getdoc.php?id=303&article=57&mode=pdf>. Acesso em 05 agosto. 2007

SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente em conflito com a lei**: da indiferença à proteção integral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil**: Adolescente e Ato Infracional. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SECRETARIA NACIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. **Caderno de Orientações Técnicas**: Serviço de Medidas Socioeducativas em Meio Aberto. 1ª Ed. Brasília, Distrito Federal: 2016.

_____, João Batista Costa Saraiva. **Compêndio de Direto Penal Juvenil Adolescente e Ato Infracional**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SPOSATO, Karyna Batista. **Guia Teórico e Prático de Medidas Socioeducativas**. Disponível em: Acesso em: 10 de agosto de 2019.

TAVARES, José Farias. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VOLPI, Mário. **Sem liberdade, sem direitos**. A privação de liberdade na percepção do adolescente. São Paulo: Cortez, 2001.

EMPREENDER NO SETOR DA BELEZA E ESTÉTICA DIANTE A PANDEMIA DA COVID19: UM ESTUDO DE CASO NA EMPRESA AMANDA BEAUTY DE FERNANDÓPOLIS (SP)

JUNIO AUGUSTO BORDIN FLAVIO: Graduando do Curso de Administração da Fundação Educacional de Fernandópolis.

AMANDA CAIS PESSOA

PRISCILA BAGATELLI PIRES REGONATO

(coautores)

CLAYTON AP CARDOSO DE MORAES

(orientador) 57

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo evidenciar a importância e a relevância do empreendedorismo no setor da beleza, com as adaptações que surgiram perante a pandemia da Covid19 no Brasil a partir do ano de 2020, tais como o *dri thru* e o *it yourself*. Para o desenvolvimento deste estudo, foi realizada uma pesquisa bibliográfica destacando os pontos principais que a pandemia desencadeou ao empreendedorismo, sendo estes necessidade de empreender por conta do desemprego, necessidade de capacitação para atender às demandas do mercado e necessidade de planejar para obtenção de resultados; evidenciando assim o método de empreender aplicado, empreender por necessidade ou por oportunidade. Por intermédio de um estudo de caso, realizado na empresa *Amanda Beauty*, o trabalho analisa os ambientes interno e externo da empresa por meio da ferramenta *SWOT*, no intuito de identificar os pontos fortes e fracos, confrontá-los às possíveis variáveis para geração de um planejamento com estratégias e ações, balizadas com as mudanças ocorridas durante a pandemia, que favoreçam a otimização dos resultados. Analisou-se a aceitação dos clientes na inovação do local de atendimento, sendo este no local em que o cliente se encontra, em seu domicílio por exemplo; além dos projetos em desenvolvimento pela gestora, como um local fixo para atendimento, sem deixar de atender *in loco* e oferecer maior diversidade de serviços.

Palavras-chave: Pandemia Covid19; Empreendedorismo; Setor da beleza e estética.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, as organizações estão inseridas em um contexto de adaptação, no qual com a vinda da pandemia Covid 19, muitas ideias surgiram de forma rápida e crescente. As adequações e as exigências no mercado estão cada vez mais constantes e rápidas, forçando gestores e futuros empreendedores a buscarem ideias criativas e

57 Mestre em Engenharia da Produção pela Universidade Metodista de Piracicaba. Professor do Curso de Administração da Fundação Educacional de Fernandópolis. Email: clayton.apartamentoacara@gmail.com.

inovadoras para atingir um público-alvo certo. O empreendedorismo é um termo bem conhecido mundialmente, mas no Brasil, vem ganhando força nos últimos 30 anos, e ainda mais visibilidade em um momento que aparentemente não se via saída (CAVALLINI, 2020; SEBRAE, 2021).

O termo empreendedor pode ser definido por oportunidade ou necessidade. Respectivamente, o método de empreender por oportunidade é discernido pelo potencial observado no mercado, conduzido por um planejamento. Logo, o método de necessidade é identificado pela insuficiência de renda, situação a qual pessoas buscam complementá-la sem antes se capacitarem ou planejarem. (OLIVEIRA E BUSINARI, 2021)

A primeiro momento o empreendedorismo por necessidade, obteve um resultado satisfatório; no entanto, a falta de capacitação ofereceu risco de fechamento de negócios. Especialista do SEBRAE aponta como predominante falha desses empreendedores a falta de planejamento e de capital para iniciar sua empresa, sendo notório a sua importância para criar e administrar qualquer organização. Ferramentas tais como, a análise *SWOT*, auxiliam essas atividades, avaliando o ambiente interno e externo da empresa. (GUERRA E RIBEIRO, et al., 2019)

No final de 2019, tornou-se de conhecimento geral que a doença da Covid19 referia-se a uma infecção respiratória aguda causada pelo coronavírus (SARS-CoV-2), de elevada transmissão. No Brasil, as medidas para conter o vírus foram tomadas somente em março de 2020, e as mesmas restringiam o exercício de determinadas atividades econômicas, classificadas como essenciais e não essenciais. Sendo assim, os empreendedores precisaram assumir altos riscos e constantes adaptações. (PINHONI, FIGUEIREDO E RODRIGUES, et al., 2021)

Levando em conta a pandemia, o mercado da beleza foi o 6º setor com maiores impactos no seu faturamento. Apesar disso, cresceu 6% de janeiro a outubro do ano de 2020, com relação a 2019, conforme informa a Associação Brasileira da Indústria de Higiene Pessoal, Perfumaria e Cosméticos (ABIHPEC). (GUARNIERI, 2021).

O objetivo do artigo é evidenciar o quanto é imprescindível o planejamento, identificando o empreendedorismo que irá se iniciar e, através dele saber se posicionar e se manter no mercado, além de aproveitar as oportunidades e a busca de conhecimento contínuo.

2 PANDEMIA E CONSEQUÊNCIAS PARA MERCADO DA BELEZA E ESTÉTICA

No final de 2019, tornou-se de conhecimento geral que a doença da Covid19 se referia a uma infecção respiratória aguda causada pelo coronavírus (SARS-CoV-2), de elevada transmissão e contágio global, com vias a gerar a decretação da pandemia. Por

consequente, no Brasil, as medidas cabíveis foram tomadas somente em março de 2020, estendendo a fase de afastamento social até o terceiro trimestre de 2021, ocasionando grandes dificuldades no setor econômico, incluindo pequenas empresas no ramo da beleza e estética. (SEBRAE, 2020)

Em consonância, para controlar a alta carga viral da Covid19 em território brasileiro, foram adotadas medidas de restrição do convívio social, sendo uma delas pela decretação da Lei 13.979/20, que veio a restringir o desenvolvimento de diversas atividades econômicas e não econômicas classificadas como essenciais e não essenciais. Desse modo, as atividades essenciais – como o setor da saúde, farmacêutico, alimentício e outros – foram mantidos em funcionamento com a adoção dos protocolos exigidos para o controle da doença. Atividades consideradas não essenciais foram interrompidas, houve o fechamento de shoppings, bares, baladas, comércio, entre outros, a fim de evitar a disseminação do vírus. Em função da população não consumir os produtos e serviços dos segmentos não essenciais, desencadeou-se o fechamento definitivo de muitas empresas, deixando grande parte da população desempregada. (FARIA E BONANE E CORIOLANO, 2020)

Em 2020, houve um aumento significativo de fechamentos de empresas físicas de todos os setores, cujo grande vilão foi a pandemia da Covid19, juntamente com as medidas sanitárias e de isolamento social decretadas no país. Uma das saídas para esses empreendedores foram aberturas de lojas virtuais com as entregas *delivery* - em que os consumidores recebiam os produtos que pediam em suas residências - e o sistema de retirada no local, conhecido por *drive-thru*, (NERY, 2020)

Depois de muito tempo fechado, houve a reabertura dos estabelecimentos considerados não essenciais, período nomeado de “fase de transição” pelo governo do estado de São Paulo, a partir de 18 de abril de 2021. Através de protocolos de flexibilização a serem seguidos para a reabertura, às empresas retomaram suas atividades presenciais, com horário de atendimento estabelecido, número de pessoas no local de acordo com o tamanho da área de circulação e seguindo também as normas da Organização Mundial da Saúde (OMS), com o uso de máscara e álcool 70%, sendo fiscalizados e orientados pela prefeitura de cada município. O descumprimento desses protocolos é passível de autuação, multa e fechamento do estabelecimento até a adequação das normas. Entretanto, apesar da volta dos atendimentos presenciais, alguns empreendedores na área da beleza e estética optaram por não reabrir e, atender somente em domicílio, esta modalidade obtendo bastante destaque pelo fato dos clientes optarem por não se arriscar saindo de suas residências, levando em conta o fluxo de pessoas. Dessa forma, o contato ficou limitado a apenas uma pessoa com atendimentos personalizados, evitando assim as aglomerações. (PINHONI, FIGUEIREDO E RODRIGUES, 2021)

Diante desses acontecimentos, os empreendedores se adequaram ao novo cenário da pandemia, independente de qual setor atuam, houve a antecipação de tendências que

vinham sendo implantadas gradativamente, como o *home office* (trabalho remoto). No entanto, mesmo tendo pontos bastante positivos, para alguns indivíduos, esse novo modelo trouxe o aumento de estresse, pela dificuldade em separar o tempo de trabalho e o tempo privado ou de lazer. Diante disso, os principais pontos que precisam ser levados em consideração para continuar atuando nesse contexto é a organização do trabalho, a demanda por qualificação, o engajamento virtual, o controle por produção e a gestão de tempo. (CAVALLINI, 2020)

3 EMPREENDEDORISMO DIANTE A CRISE

O conceito de empreendedorismo surgiu no século XVII, pelos economistas franceses Jean Baptiste Say e Richard Cantillon. Eles afirmaram que ser um empreendedor estava relacionado à capacidade de produção, gestão e de assumir riscos. E desde então, houve cada vez mais pessoas interessadas em empreender, em inovar, criar oportunidades. (LEITE, 2021)

No Brasil – país considerado como empreendedor - o empreendedorismo começou a surgir com a abertura econômica na década de 1990. Já em 2019 conforme um levantamento pela *Global Entrepreneurship Monitor* (GEM), a taxa de empreendedores alcançou o percentual de 38,7%, conseguindo assim o segundo melhor patamar desde 2002. Através desse estudo, o Brasil chegou a quarta maior taxa de empreendedorismo inicial em 2019. A pesquisa foi realizada em 55 países, e o Brasil ultrapassou países do BRICS, grupo do qual faz parte, (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul), e inclusive o EUA. No ano de 2020, a taxa caiu para 31,6%, e sua causa principal foi à pandemia que surgiu no referido ano, tendo como consequência o fechamento de algumas empresas. (SEBRAE, 2021)

Os principais elementos do empreendedorismo para o enfrentamento da crise da pandemia da Covid19 estão relacionados à inovação, assumir riscos e focar no seu segmento, assim, conseguindo se adaptar ao novo mercado. (CASTRO E PONTELLI E NUNES, 2021)

O termo empreendedor pode ser dividido em duas principais ordens: o empreendedor por oportunidade e o empreendedor por necessidade. O empreendedor por oportunidade é quando uma pessoa detecta uma oportunidade no mercado, com grandes chances de crescimento e toma a decisão de empreender e para isso precisa basear-se em um planejamento estratégico, estudo de mercado e principalmente acreditar e não desistir em tempos difíceis, fazendo com que seu negócio cresça em um mercado cada vez mais exigente. Já o empreendedor por necessidade, ao contrário da oportunidade, não é motivado por identificação de um potencial no mercado e sim pela necessidade, que no geral, é a pessoa que está há algum tempo desempregada e que precisa buscar uma fonte de renda o mais rápido possível. Essa necessidade de trabalhar por conta própria,

podendo atuar em vários setores que não há a exigência de especialização imediata, traz para esses novos empreendedores certo alívio, porém quando o negócio começa a fluir é necessário buscar novos conhecimentos para não ficar para trás e acompanhar o mercado escolhido. (OLIVEIRA E BUSINARI, 2021)

Diante da crise que a pandemia da Covid19 trouxe, o surgimento de novos negócios criados pela necessidade só aumentou. Segundo Marco Aurélio Bedê, muitas pessoas saíram dos mercados formais e informais. Algumas entraram no empreendedorismo desprovidas de experiência, com perfil de formação qualitativo inferior. (OLIVEIRA E BUSINARI, 2021)

Um dos principais problemas apontados pelo especialista do SEBRAE, para o empreendedor por necessidade, é que muitas vezes eles começam um negócio com a indenização que recebem da empresa na qual trabalharam, além do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), sendo que este é o único capital que podem contar para abrir seu negócio. Com isso, estima-se que 50% dessas empresas novas fecham em 04 anos. O que faltam para esses negócios fluírem é conhecer o mercado em que atuam, além de ter gestão de negócios aliados ao planejamento, ou seja, “não “dar” produtos/serviços, e sim vender os mesmos, sabendo gerar lucro, ao invés de ter prejuízo”. (JORNAL DO COMÉRCIO, 2018)

Visto que, o planejamento se faz necessário para empreender e o empreendedor por necessidade não o desenvolve, não estuda o mercado no qual está entrando, não estabelece resultados a serem alcançados, tem pouco conhecimento para a gestão do seu negócio, a ferramenta *SWOT* é uma das mais utilizadas para elaborar plano de negócio. O termo *SWOT* é um acrônimo das palavras Strengths, Weaknesses, Opportunities and Threats em inglês; quando traduzido para o português o termo é FOFA, acrônimo das palavras Forças, Fraquezas, Oportunidades e Ameaças, sendo um método de assertiva relevância no reconhecimento do ambiente em que as empresas são atuantes. (GUERRA E RIBEIRO, 2019; GIGLIO, 2021)

Esta análise é uma ferramenta de gestão muito utilizada pelo fato de permitir o conhecimento e confronto entre as variáveis externas e internas, gerando assim opções estratégicas e possíveis ações a serem escolhidas (CAVALCANTI; GUERRA 2019). Uma vez que a análise foi desenvolvida, deve ser feito o planejamento através das metas e ações estabelecidas, visando atingi-las. Com isso, é necessário adotar um controle para a avaliação do desempenho do planejamento, observando quais resultados foram alcançados e quais são as correções que precisam ser tomadas. (SANT'ANA et al, 2018)

Em virtude da obrigatoriedade de alcançar os resultados traçados, o planejamento estratégico emprega a análise *SWOT* na identificação dos pontos fortes e fracos, oferecendo melhorias na estrutura da empresa. Desta maneira, utiliza-se o planejamento

com a aplicação da análise *SWOT* para estudo do ambiente em questão e imposição de objetivos, deixando evidente na organização os pontos fortes e fracos para que se tornar viável atingir os objetivos. (FISHMANN; ALMEIDA, 1991)

Wilson Giglio (2021) define os quadrantes da análise *SWOT* como forças sendo a avaliação dos pontos fortes ou vantagens da empresa, principalmente em relação a seus concorrentes; fraquezas, quadrante este que é o oposto das forças, requer franqueza em razão da importância de ter ciência das pequenas ou grandes dificuldades da empresa, podendo ser quaisquer deficiências que prejudicam o negócio ou o cliente. Além destes, as oportunidades exigem estudo dos fatores externos, busca de conhecimento fora da empresa que tem o potencial de alavancar o negócio; por fim, as ameaças são os aspectos negativos com potencial de arruinar o desenvolvimento e futuro da empresa e até omitir a sua vantagem frente a seus concorrentes. (GIGLIO, 2021)

De acordo com David Kallás, coordenador do centro de estudos em negócios do Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) "A chance de sucesso de quem abre um negócio por oportunidade é muito maior do que por necessidade. A diferença é que há planejamento, capacitação e capital de giro para tocar o dia a dia da empresa". (JORNAL DO COMÉRCIO, 2018)

No ano de 2020, o número de microempreendedores individuais (MEI's) aumentou 14,8%, chegando a 10,9 milhões de registro. Apesar de ser um ponto positivo, através de uma análise mais profunda desses números, o empreendedorismo no Brasil, não é composto por administradores ou gestores de negócios, e sim, grande parte é de pessoas que não tiveram melhores alternativas de renda devido ao aumento do desemprego e se tornaram empreendedores pela necessidade de sobrevivência. (VILELA, 2020)

O principal ponto para se iniciar um empreendimento nesse setor é o planejamento, principalmente, para aqueles que não possuem tantos recursos, mas não vê outra solução devido à crise; fazer análise do perfil do cliente; divulgação, principalmente nas redes sociais e formalização do negócio. Além disso, para entrar nessa área é necessário saber lidar com o público que está cada vez mais exigente em relação à beleza sem padrões e o autocuidado. (INOCH, 2021)

Um exemplo de empreendedora por necessidade é a Natalia Martins, dona da empresa *Natalia Beauty Academy* (NBA). No ano de 2015, ela atuava como gerente em uma clínica de estética na cidade de São José do Rio Preto e em sua gestão ofereceu capacitação a funcionária de design de sobrancelha, com um curso de micro pigmentação. Em virtude do melhor trabalho oferecido por essa funcionária, por conta da capacitação, a mesma pediu demissão em dois meses. Natalia precisava tomar uma decisão, ela mesma foi se capacitar com este curso, visto que as clientes tinham retoques marcados e novas clientes desejavam fazer a micro pigmentação. A partir de então, Natalia se encantou ao

deixar as clientes satisfeitas com o trabalho excelente de micro pigmentação que passou a desenvolver, assumiu os desafios e se mudou para São Paulo; oportunidade em que empreendeu no setor da beleza na área de sobrancelhas. Atualmente, ela é referência, obteve uma expansão não só nos serviços, mas também nas vendas dos produtos da marca que criou, além dos cursos que compartilha seu método. (GERALDO, 2021).

4 O MERCADO DA BELEZA E ESTÉTICA PERANTE A PANDEMIA

O mercado da beleza foi o 6º setor que mais sentiu os impactos causados no seu faturamento diante a pandemia da Covid19; comparando as atividades de manicure, pedicure e cabeleireiros, possuindo uma diminuição no número de empresas abertas em 2020 com relação ao ano de 2019, enquanto o segmento da estética houve um pequeno acréscimo nas formalizações. De acordo com a avaliação do gerente do Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas do Espírito Santo (SEBRAE), o número de formalizações no ano de 2020 apesar de ser menor do que no anterior, foi bastante significativo e a tendência é que cresça ainda mais no ano de 2021. (INOCH, 2021)

Considerado como serviço não essencial, o setor da beleza passou por grandes dificuldades. Apesar de meses sem abrir as portas, esse mercado não parou e, a partir disso, os profissionais passaram a se reinventar, buscando alternativas para obter uma renda, usando as redes sociais de forma a divulgar seus trabalho e serviços. Assim, propiciou-se a interação com o público através de tutoriais do estilo *do it yourself*, cujo significado é faça você mesma (o), auxiliando de maneira breve, com dicas de como realizar procedimentos simples, e, principalmente, manter o relacionamento com os clientes. Os cursos presenciais foram adaptados para o online, sendo gravadas as aulas tanto práticas como teóricas, além do material de apoio escrito, serem vendidos por plataformas reconhecidas como a Hotmart, levando em conta o suporte que precisam dar aos alunos que compram os cursos. (MACIEL, 2020; SEBRAE, 2020).

De acordo com a Associação Brasileira da Indústria de Higiene Pessoal, Perfumaria e Cosméticos (ABIHPEC); de janeiro a outubro do ano de 2020, houve um crescimento nas vendas de produtos de cuidado pessoal, cosméticos e perfumaria resultando em um aumento significativo de 6%, com relação ao ano de 2019. Devido ao fechamento do comércio, o cuidado pessoal passou a ser em casa de uma forma mais natural para muitos brasileiros, optando por deixar os cabelos sem químicas, sem o alisamento, maquiagem de maneira menos carregada e a hidratação na pele só aumentou devido o ressecamento excessivo que o álcool 70% causa. (GUARNIERI, 2021).

Depois de meses fechados, a reabertura desses estabelecimentos aconteceu no começo do segundo trimestre de 2021, todavia, com algumas restrições seguindo os protocolos de segurança da Organização Mundial da Saúde (OMS) e a fase de transição de reabertura das empresas do governo do estado de São Paulo. Assim, os salões de beleza

voltaram com seus atendimentos presenciais, mas seguindo todas as regras. Nesse período, houve uma mudança em relação aos horários, já que eles priorizaram os atendimentos somente com hora marcada, de forma a evitar aglomerações e controlar o fluxo de pessoas dentro do estabelecimento. Além disso, devido ao fechamento, trabalhadores do setor da beleza se adaptaram fazendo os atendimentos em domicílio e apesar da reabertura, essa modalidade conquistou os clientes devido ao atendimento personalizado, não sendo deixado de lado e sim trazendo mais empreendedores para essa atuação. (FREIRE, 2021)

5 METODOLOGIA

A metodologia consiste no plano que estuda os métodos praticados. Ela descreve qual a estratégia de pesquisa deve ser realizada, a fim de gerar dados convincentes. É aplicado em diversas áreas, conhecido principalmente em artigos de pesquisa. (MENDES, 2021)

O primeiro método utilizado é a pesquisa bibliográfica, que segundo Coelho (2021) é a revisão sobre o tema de pesquisa abordada com base em trabalhos realizados por outros autores, de forma geral, é a contribuição dos autores para a pesquisa através do embasamento teórico para o desenvolvimento do artigo científico.

Este artigo científico aborda as consequências que a pandemia da Covid19 trouxe para os empresários em todo o território nacional, mostrando como as empresas se portaram no mercado diante de tal fato, fazendo adaptações e inovações em seus atendimentos aos clientes. Apesar da crise, houve a oportunidade de empreender no setor da beleza e estética, sendo esse, um mercado com potencial, que vem crescendo cada vez mais.

O estudo de caso, outro método utilizado, segundo Yin (2010, p. 39), é o empreendimento mais desafiador de pesquisa, é uma investigação empírica de fenômenos contemporâneos e da aplicação desses no contexto da vida real, em particular quando os limites entre o fenômeno e o contexto não tem a devida clareza (Costa et al, 2013).

O método supracitado será aplicado na empresa *Amanda Beauty*, que teve sua abertura no período de pandemia da Covid19. O início das atividades da empresa se originou na oportunidade de empreender no setor da beleza, mediante análise do mercado em potencial, dessa forma, a proprietária capacitou-se para atender o desejo de seus clientes e não aceitou ficar atrás dos concorrentes, ganhando seu espaço no setor atuante. Será proposta a empresária, a aplicação da ferramenta *SWOT* para a avaliação da empresa, analisando o ambiente interno e externo, por meio da coleta de dados através da aplicação de questionário e entrevista, para ver quais mudanças podem ser feitas, a fim de agregar valor à empresa.

A ferramenta será empregada por meio de questionário, avaliando por intermédio de questões pertinentes ao assunto tratado e entrevista, aplicado através de um questionário respondido pela empresária. Seguindo um roteiro previamente elaborado, os dois métodos têm objetivo de extrair informações juntos aos clientes e a proprietária da *Amanda Beauty*, apurando os detalhes e apresentando-os de maneira completa e precisa, embasando assim as decisões a serem tomadas.

O questionário e entrevista são aplicados como teste piloto às pessoas atuantes na área, a fim de as mesmas avaliarem as questões, sua abordagem e provável adequação para que se obtenha um resultado plausível, propiciando ao final agregar valor à pesquisa e à empresa. De acordo com Luz (2003), sugere-se a aplicação do teste piloto a no mínimo 10 pessoas para que a avaliação seja realizada por diferentes pessoas. As alterações foram as seguintes:

- Orientou-se elaborar perguntas voltadas à pandemia no questionário e entrevista, essas buscando informações de como foi a adaptação do atendimento ao cliente, como a empresa *Amanda Beauty* se diferenciou no momento da pandemia e como se adaptou ao momento da pandemia, uma vez que, iniciou suas atividades durante a pandemia;

- Ainda no questionário, orientou-se ordenar as perguntas conforme a análise *SWOT*, buscando extrair informações das forças, fraquezas, oportunidade e ameaças à empresa; respectivamente. Perguntas voltadas a oportunidade foram acrescentadas, como por exemplo, perguntar aos clientes da *Amanda Beauty* se eles procuram outros salões de beleza ou profissionais que atendem em domicílio.

Após as correções orientadas no teste piloto, o questionário e entrevista serão aplicados aos clientes e gestora da empresa, com a finalidade de realizar o estudo de caso.

O questionário foi aplicado por meio da ferramenta Google Forms, plataforma online. Os clientes foram convidados a responder o questionário durante seu atendimento, em razão de não os incomodar durante os afazeres do dia e tendo auxílio da profissional da empresa para esclarecer supostas dúvidas. A pesquisa foi realizada no período entre 27 de setembro de 2021 a 30 de outubro de 2021. O questionário foi aplicado a 57 clientes, os quais foram selecionados pela amostra não probabilística por convênio; empregando como critério os clientes que marcaram horário de atendimento dentro do prazo de aplicação do questionário.

O fundamento do questionário é obter informações dos clientes referente a adaptação da empresa diante das restrições impostas no período de afastamento social gerado pela pandemia da Covid 19, a receptividade do modelo de atendimento indo ao

cliente e não em um espaço fixo, e por fim, a disponibilidade de horário da profissional, uma vez que, a empresa é gerida somente por ela.

A entrevista foi realizada com a gestora da empresa no dia 30 de outubro de 2021, levando em consideração a apresentação das respostas obtidas pelo questionário, o qual ainda terá os resultados analisados. Logo, a gestora da empresa observou o *feedback* de seus clientes e respondeu a entrevista, aplicada em perguntas dissertativas, com base no planejamento a curto, médio e longo prazo da empresa e os *feedbacks* de seus clientes.

6 ESTUDO DE CASO NA EMPRESA *AMANDA BEAUTY*

A empresa *Amanda Beauty* exerce atividade de procedimentos estéticos, tais como manicure, design de sobrancelhas, dentre outros. A empresa está presente no mercado desde outubro de 2020, atualmente não dispõe de um espaço fixo para atender aos seus clientes, trabalhando, até o momento, na modalidade de ir até o cliente, seja em seu domicílio ou local de trabalho. O atual momento da empresa exige um planejamento para seu crescimento, ideias como a instalação da profissional em local fixo e acréscimo de novos serviços são planos em discussão. A pesquisa na empresa objetiva compreender seu atual momento, conhecer a parcela de mercado que a empresa detém, analisar a empresa com base na ferramenta análise *SWOT* e orientar a empresa na criação do seu planejamento a curto, médio e longo prazo.

Os resultados serão apresentados a seguir.

6.1 Resultados do Questionário

O questionário foi aplicado à 57 clientes da empresa *Amanda Beauty* de Fernandópolis (SP), selecionados pela amostra não probabilística por conveniência – mais acessíveis – no período de 22 de outubro à 10 de novembro de 2021. O principal objetivo é verificar o reconhecimento, a valorização e a influência da qualidade dos serviços prestados pela empresa.

Os resultados obtidos com a aplicação do questionário evidenciam que:

- 89,5% dos entrevistados são do gênero feminino;
- 82,5% dos entrevistados estão empregados atualmente;
- 22,8% dos entrevistados têm renda de 1 salário mínimo;
- 68,4% dos entrevistados têm renda de 2 a 4 salários mínimos;
- 100% dos entrevistados estão satisfeitos com o cumprimento de horário agendado;

-100% dos entrevistados estão satisfeitos com o cumprimento das normas sanitárias exigidos pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

Os clientes tem a faixa etária em 45,6% entre 31 e 60 anos e 31,6% acima de 60 anos; constatando que a maioria está na fase da idade adulta, seguido dos clientes na fase da idade idosa. Tal informação confirma o fato supracitado, 82,5% dos clientes estão empregados atualmente, possuindo sua independência financeira e liberdade para agendarem horário sempre que desejarem.

O fato de a empresa dispor de apenas um profissional capacitado para atendimento na opinião dos clientes interfere no tempo de atendimento, 86% acreditam que o tempo gasto no atendimento é de acordo com o serviço prestado, tempo necessário para determinado serviço. Enquanto isso, 8,8% dos clientes estão satisfeitos com a agilidade do atendimento e uma pequena parcela de 5,2% gostaria de um atendimento mais rápido, desta maneira, dando espaço para melhora no tempo de atendimento. Mesmo com apenas 1 profissional disponível para atendimento, 94,7% dos clientes conseguem marcar horário quando desejam.

Uma vez que a empresa iniciou suas atividades no período da pandemia da Covid 19, momento em que foi imposto o distanciamento social; uma das soluções para manter os atendimentos foi a modalidade de atender em domicílio, é de preferência por 64,9% dos clientes. Cerca de 3,5% dos clientes preferem receber o profissional no seu local de trabalho e, mesmo não permitido em determinado período, 31,6% preferem ir até o salão de beleza. Por fim, 75,4% dos clientes têm maior segurança recebendo o profissional em sua residência ou local de trabalho, pelo fato do contato ser somente com a profissional, levando em contato a fácil contaminação do vírus da Covid19.

O gráfico 1, informa qual o procedimento de beleza mais desejado pelos clientes, dentre estes os 4 principais que a profissional oferece.

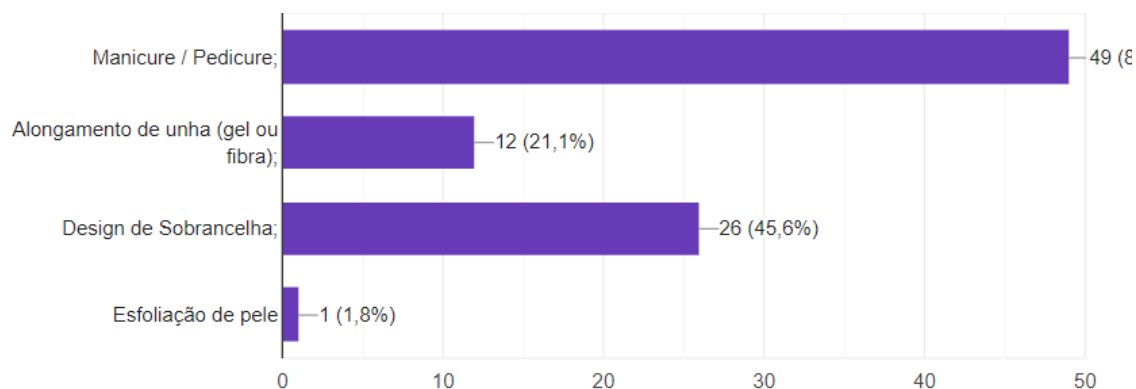


Gráfico 1 – Procedimento de beleza preferido dos clientes

No gráfico 2, 86% dos clientes procuram a empresa pelo procedimento de manicure e pedicure, o qual é o mais solicitado; seguido pelo de design de sobrancelha, preferido por 45,6% dos clientes.

Dado os procedimentos mais solicitados dos clientes, a frequência de horários agendados é 33,3% semanal; 31,6% quinzenal e 35,1% mensal. Dentre os critérios avaliados pelos clientes na escolha do profissional, 78,9% priorizam qualidade no atendimento; 10,5% dão maior importância à higiene dos instrumentos utilizados; 5,3% observam o valor cobrado ou a imagem do profissional.

O preço cobrado pelos serviços prestados pela profissional da *Amanda Beauty* é observado como igual ao dos concorrentes por 47,4% dos clientes; 43,9% observam que o preço é vantajoso comparado aos concorrentes e 8,8% não observam o preço como vantajoso. Além da avaliação dos clientes sobre o preço dos serviços prestados, 94,7% destes estão contentes com a atualização dos serviços.

O gráfico 2, expõe a influência dos concorrentes sobre os clientes da empresa *Amanda Beauty*.

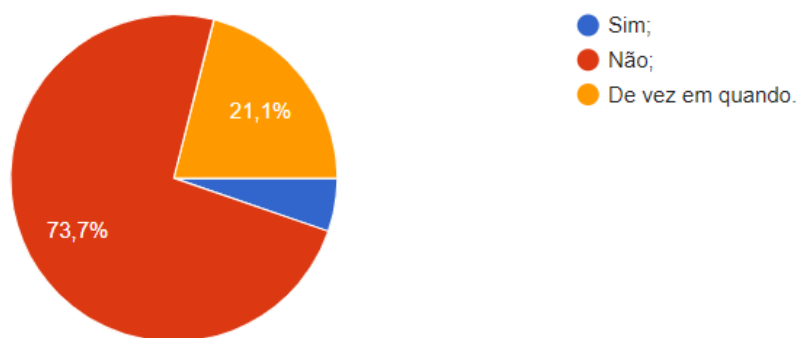


Gráfico 2 – Procura dos clientes em serviços na concorrência

Os resultados informam que 73,7% dos clientes estão fidelizados a *Amanda Beauty* e não procuram os mesmos serviços em concorrentes, 21,1% procuram atendimento em concorrentes de vez em quando e 5,3% dos clientes procuram atendimentos nos concorrentes. O questionário possibilitou observar a aceitação dos clientes na inovação do atendimento *in loco*, no local em que ele se encontra; além de enfatizar a satisfação em receber os serviços da profissional da empresa *Amanda Beauty* e o relacionamento estabelecido por ela.

6.2 Resultados da Entrevista

A entrevista foi aplicada à gestora da empresa composta por de 24 perguntas dissertativas. A primeira pergunta interroga a gestora sobre quando ela começou a atuar no mercado da beleza e estética, ela iniciou neste ramo aos 13 anos; momento esse em

que trabalhou em um salão de beleza como manicure e pedicure. Gestora, empreendedora e a profissional que presta serviços aos seus clientes, escolheu esta área de atuação pelo fato de sempre gostar de se arrumar e fazer suas unhas; observando oportunidade para tornar esse gosto particular em profissão.

A empresária antes de iniciar sua própria empresa, fez parte de uma sociedade em uma esmaltaria, adquirindo mais conhecimento na área. Antes de iniciar seu próprio negócio, a proprietária estava à procura de um trabalho e recebia pedidos de suas antigas clientes para que voltasse a oferecer serviços de manicure e pedicure. Diante da necessidade de obtenção de renda, como dispunha de conhecimento e de contatos com antigas clientes que demonstravam interesse em contratar seus serviços novamente, decidiu se arriscar e iniciar seu negócio.

A gestora está concluindo o curso de graduação em Administração e possui cursos profissionalizantes de manicure, designer de sobrancelhas, estética, maquiagem entre outros. Mantendo-se em constante atualização, a profissional acompanha o trabalho de outras profissionais, do mesmo ramo de atividade, se mantém atenta às tendências de mercado e informou participar, ao menos uma vez no ano, de cursos que agreguem valor e conhecimento aos seus serviços.

A prospecção de novos clientes é desenvolvida com o auxílio das redes sociais, meio em que a profissional divulga seu trabalho, interage e efetiva o pós-venda com suas clientes e seguidores. O Buzz marketing é outra estratégia de alcançar novos clientes, a qual consiste na indicação dos atuais clientes a outros clientes em potencial, falar a outras pessoas sobre os serviços prestados pela *Amanda Beauty* com a experiência de ser cliente; aumentando de forma gradativa a base de clientes e sua respectiva demanda.

Os atendimentos são realizados em local de preferência do cliente, como a profissional não tem local fixo, está à disposição para ir até os seus clientes, na residência ou no local de trabalho. Essa modalidade de atendimento observado pela empreendedora foi o diferencial que fez sua empresa iniciar suas atividades durante a pandemia da Covid 19, em momento de afastamento social rigoroso e, ainda assim, ganhar seu espaço no mercado. O fato de ir atender o cliente onde ele tem preferência ou disponibilidade, se tornou o diferencial da *Amanda Beauty* durante a pandemia. Mesmo com a volta dos atendimentos nos salões de beleza, por questão de segurança, o cliente ainda prefere que a profissional vá até ele.

No entanto, uma parcela significativa dos clientes gosta de ir até o salão para receber seu atendimento, dado que fez com que a empresária incluísse em planejamento para 2022, a implementação de um local fixo para atender, contudo, sem deixar de dar continuidade aos atendimentos *in loco*, ou seja, no local em que os clientes desejarem. Para cumprir os protocolos sanitários do atendimento *in loco*, inclusive manter a

esterilidade do instrumental, oferecendo segurança e evitando contaminação, a empresária criou o kit atendimento que é composto por equipamentos estéreis personalizados da própria empresa, tais como: toalha, palito, lixa de unha, refil para lixa de pé, botinha plástica com hidratante, alicate, espátula e luvas; agregando mais um diferencial: higiene e segurança aos clientes e a profissional.

O kit atendimento é individual, os instrumentos são utilizados somente em um atendimento, passando depois por processo de esterilização, devidamente embalados em papel próprio e selados para finalizar a esterilização na estufa. Uma vez selados, os instrumentos se mantêm estéreis por não terem nenhum contato até a próxima utilização. Além disso, a empresa sempre dispõe de álcool em gel para higienização das mãos e materiais descartáveis, além de respeitar todas as normas da Organização Mundial da Saúde (OMS).

6.3 Resultados Analisados

A análise dos dados se fundamentou nas respostas dadas ao questionário e às perguntas da entrevista aplicados, respectivamente, aos clientes e à empresária. Tal material viabilizou a verificação do potencial de mercado da empresa. As atividades dela foram iniciadas em um cenário difícil, o qual incentivou a empresária a reinventar por conta da necessidade de conquistar uma renda para sua família e para atender às adaptações exigidas no momento de afastamento social provocado pela pandemia da Covid19.

A empresária desenvolveu seu diferencial com o atendimento em domicílio ou local de trabalho de seus clientes, sem contar do kit atendimento criado por ela; adaptações estas que possibilitaram o início e continuidade dos atendimentos. Não obstante, essa reinvenção agregou valor e segurança aos clientes e à profissional, tornando-se, por fim, o seu diferencial.

Mediante o exposto, a empresa *Amanda Beauty* iniciou suas atividades com a percepção da proprietária na oportunidade de mercado. Para iniciar sua empresa, a proprietária dispunha de uma pequena clientela e conhecimento prévio; a partir desses elementos, desenvolveu seu planejamento para retomar a atuação no mercado da beleza e estética. Não apenas observou a oportunidade de mercado, mas também, foi incentivada pela necessidade de conquista de uma renda para sua família, considerando que a proprietária se encontrava desempregada a um curto tempo.

A aplicação da análise *SWOT* proporcionou à empresária conhecimento sobre suas forças, quais são as fraquezas a serem superadas, quais as oportunidades que ela tem para explorar, a necessidade de um espaço para melhorar em seus serviços e quais as ameaças que a empresa *Amanda Beauty* enfrenta no mercado atualmente tão

competitivo. Posto isso, a empresária passou a distinguir o ambiente interno e externo de sua empresa, demonstrados na tabela a seguir.

		FATORES POSITIVOS	FATORES NEGATIVOS
FATORES	INTERNO	<p>Forças</p> <ul style="list-style-type: none"> - Atendimento personalizado; - Qualidade e higiene são diferenciais dos serviços prestados; - Capacitação constante da profissional. 	<p>Fraquezas</p> <ul style="list-style-type: none"> - Carência de um local fixo para atendimento; - Disposição de apenas um profissional; - Pouca disponibilidade de horários para atendimento em períodos sazonais; - Pouca diversidade de serviços oferecidos comparado aos concorrentes.
	EXTERNO	<p>Oportunidades</p> <ul style="list-style-type: none"> - Saída de concorrentes do mercado por conta da crise pandêmica; - Conquista de clientes por meio do buzz marketing; - Ganhar maior visibilidade nas redes sociais, para prospectar clientes e aumentar o relacionamento. 	<p>Ameaças</p> <ul style="list-style-type: none"> - Concorrentes com grande visibilidade nas redes sociais; - Concorrentes locais com preços fora da média de mercado; - Vídeos <i>it yourself</i> ensinando como as clientes podem se auto atender;

Figura 01 – Análise SWOT da empresa Amanda Beauty

A figura 1 torna visível os fatores analisados no ambiente interno e externo da empresa. Conforme a figura, a empresa dispõe em suas forças o diferencial de oferecer um atendimento personalizado, prestado *in loco* e conforme as preferências do cliente. No entanto, concorrentes com preços abaixo da média de mercado são ameaça a empresa por conta do chamativo do menor preço. Apesar disso, a principal fraqueza da empresa é a indisposição de um local fixo para atendimento, mesmo sendo tendência e preferência o

atendimento em domicílio; sendo assim, oportunidade da proprietária se instalar em um local fixo para atendimento. Logo, a profissional aprimora seu atendimento personalizado atingindo diversos perfis de clientes.

Vale ressaltar a tendência de mercado já observada pela gestora, uma vez que, se tornou obrigatório o agendamento de horário para logística dos clientes e controle do afastamento social, limitado a permanência no ambiente somente ao profissional e ao cliente que está em atendimento; uma desconstrução desse método vem sendo efetivada. Considerando a rotina turbulenta dos clientes e clientes em prospecção, em grande parte das vezes não se é possível agendar horário ou conseguir horário disponível quando desejado; logo, a tendência de mercado observada é o atendimento instantâneo.

O planejamento a médio prazo da gestora da *Amanda Beauty* é dispor de um local fixo, para atender aos clientes que preferirem ir até o salão de beleza; sem deixar de atender aos clientes que desejarem atendimento onde se encontra, atingindo, assim, a esses dois perfis de clientes. Não somente o local fixo para atendimento, a inclusão de novos serviços de design de sobrancelha faz parte do planejamento a médio prazo da gestora.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de 2020, a pandemia da Covid 19 evidenciou vertentes, possibilitando a verificação da real necessidade das empresas, das pessoas e do governo de se adaptarem ao novo mercado, inovarem, buscarem novas ferramentas e novos estilos de trabalho. Nesse contexto, surge a importância do empreendedorismo, que com o aumento do desemprego, e, até mesmo, da necessidade de se obter renda extra as oportunidades que são criadas e aproveitadas.

Em um contexto de busca de empresas empreendedoras, o objeto de estudo do trabalho foi à empresa *Amanda Beauty* de Fernandópolis (SP), na qual se verificou que há consciência por parte da gestora no que se refere a busca de conhecimentos e inovações para se manter no mercado da beleza. A empresa realiza atendimento ao cliente no ramo da estética, porém precisou adquirir conhecimento externo e interno de como melhorar sua empresa para atrair mais clientes.

Por meio da aplicação do questionário aos clientes, notou-se que as adaptações realizadas para os atendimentos, foi ideal, pelo fato do fechamento das atividades consideradas não essenciais, por conta da pandemia. A inovação foi começar os atendimentos em domicílio, inovação está que recebeu boa aceitação dos clientes, levando em conta parte dos clientes ainda com preferência de frequentar local fixo para receber seu atendimento. Além disso, através da aplicação do questionário a gestora da empresa, foi analisado essa mudança no atendimento e os novos projetos em desenvolvimento,

focados no aumento de seus serviços a serem oferecidos e instalação em um local fixo para atendimentos, sem deixar de atender os clientes em domicílio.

Essa análise foi realizada por meio da ferramenta *SWOT*, observando que as forças, as oportunidades, as fraquezas e as ameaças são de extrema importância para que a empresa tenha um diferencial em seus serviços e se destaque cada vez mais no ramo escolhido, incluindo a empresa *Amanda Beauty*, estudada na pesquisa.

REFERÊNCIAS

ALFREDO, Luiz. Empreendedorismo – origem e desafios para o Brasil do século XXI. Administradores.com, 23 de agosto de 2009. Disponível em: <<https://administradores.com.br/artigos/empreendedorismo-origem-e-desafios-para-o-brasil-do-seculo-xxi>> Acesso em: 19 de junho de 2021

BARROS, Cleber. A história dos cosméticos. Cleber Barros. Dezembro de 2020. Disponível em: <<https://www.cleberbarros.com.br/a-historia-dos-cosmeticos/>>, Acesso em 03 de julho de 2021.

BOILESEN, Jonathan. A diferença entre o papel de empreendedor e de administrador. Boilesen. 21 de maio de 2019. Disponível em: <<https://www.boilesen.com/blog/empreendedor-vs-administrador>> Acesso em: 15 de junho de 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. O que é a Covid-19?. Brasília, Abril de 2021. Disponível em <<https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/o-que-e-o-coronavirus>> Acesso em 04 de julho de 2021.

CASAROTTO, Camila. Marketing 4.0: o que é, quais os impactos e como aplicar na sua empresa. Rockcontent. Setembro de 2018. Disponível em <<https://rockcontent.com/br/blog/marketing-4-0/>> Acesso em 01 de julho de 2021

CASTRO, Beatriz Leite Gustmann; PONTELLI, Greice Eccel e NUNES, Andrieli de Fátima Paz. Empreendedorismo e coronavírus: impactos, estratégias e oportunidades frente à crise global. Março de 2021. Disponível em http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-59232021000100049#B20

CAVALLINI, Marta. Pandemia adiantou mudanças no mundo do trabalho; veja as 10 principais tendências. Globo.com. Economia. Junho de 2020. Disponível em <<https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2020/06/19/pandemia-adiantou-mudancas-no-mundo-do-trabalho-veja-as-10-principais-tendencias.ghtml>> Acesso em 01 de julho de 2021.

COELHO, Beatriz. Revisão bibliográfica, saiba como fazer em seu trabalho acadêmico. 08 de março de 2021. Disponível em: <https://blog.mettzer.com/revisao-bibliografica/> Acesso em: 15 de novembro de 2021.

CONTEZINI, Diego. Conheça a história do empreendedorismo no Brasil. Asaas blog. 3 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://blog.asaas.com/conheca-a-historia-do-empreendedorismo-no-brasil/> Acesso em: 18 de junho de 2021

COUTINHO, Thiago. Como surgiu o empreendedorismo e 6 formas de ser um empreendedor. Voitto. 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.voitto.com.br/blog/artigo/empreendedorismo-o-que-e> Acesso em: 20 de junho de 2021.

FABBRINI Giovanna. Você sabe o que é empreendedorismo? Centro Universitário da FEI. 2017.

FARIA, Nicole C. F. BONANE, Lais V. CORIOLANO, Thiago G. Os impactos da Covid-19 sobre o mercado de trabalho e as perspectivas pós-pandemia. Migalhas. Setembro de 2020. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/333242/os-impactos-da-covid-19-sobre-o-mercado-de-trabalho-e-as-perspectivas-pos-pandemia> Acesso em 02 de julho de 2021.

FREIRE, Mariana. Restaurantes, parques, clubes, academias e salões de beleza voltam a abrir em SP. Folha de São Paulo. Abril 2021. Disponível em <https://agora.folha.uol.com.br/sao-paulo/2021/04/nova-etapa-da-fase-de-transicao-libera-a-abertura-de-servicos-em-sp-neste-sabado-24.shtml> Acesso em 04 de julho de 2021.

FRUTOSO FILHO, Armando. As microempresas, empresas de pequeno porte, e microempreendedores individuais e o sistema de tratamento diferenciado. JusBrasil. 2020. Disponível em: <https://armandofrutoso.jusbrasil.com.br/artigos/923369098/as-microempresas-empresas-de-pequeno-porte-e-microempreendedores-individuais-e-o-sistema-de-tratamento-diferenciado?ref=feed> Acesso em: 20 de junho de 2021.

GANDRA, Alana. Mais de 620 mil micros e pequenas empresas foram abertas em 2020. AgênciaBrasil. Rio de Janeiro, 14 de abril de 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2021-04/mais-de-620-mil-micro-e-pequenas-empresas-foram-abertas-em-2020> Acesso em: 19 de junho de 2021

GERALDO, Nathália. Empreendedora cria técnica de pigmentação e, em 3 anos, já fatura R\$20 Mi. Uol.com.br. Janeiro de 2021. Disponível em <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2021/01/21/natalia-martins.htm> Acesso em: 11 de setembro de 2021.

GUARNIERI, Emily. Além do espelho: impactos de 2020 no setor da beleza. Globo Negócios. Por dentro do setor. Março de 2021. Disponível em: <<https://globonegocios.globo.com/blog/2021/03/12/por-dentro-do-setor-alem-do-espelho-impactos-de-2020-no-setor-de-beleza/>> Acesso em: 10 de setembro de 2021.

GUERRA, M. das G. G. V.; RIBEIRO, W. L. Avaliação de cursos a partir do SINAES: uma análise para melhoria da qualidade na Universidade Federal da Paraíba. Revista Educação em Questão, Natal, v. 57, n. 53, p. 1 -26, jul./set. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/educacaoemquestao/article/view/17064>. Acesso em: 10 de set. de 2021.

INOCHI, Leulittanna Eller. Segmento de beleza fechou o ano entre os principais negócios. Janeiro, 2021. Disponível em <<https://esbrasil.com.br/segmento-beleza/>>

JORNAL DO COMÉRCIO, o jornal de economia e negócios do RS. Empreendedorismo por necessidade. Setembro de 2018. Disponível em https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/cadernos/empresas_e_negocios/2018/09/648977-empreendedorismo-por-necessidade.html

LEITE, Vitor. O que é empreendedorismo? Quais os tipos e quem pode empreender? Agosto de 2021. Disponível em <<https://blog.nubank.com.br/o-que-e-empreendedorismo/>>

MACIEL, Daniela. Mercado da beleza tem demanda na vida virtual. Diário do comercio. Julho de 2020. Disponível em: <<https://diariodocomercio.com.br/negocios/mercado-da-beleza-tem-demanda-na-vida-virtual>> Acesso em: 04 de Julho de 2021.

MENDES, Guilherme. O que é metodologia? Qual a importância?. FM2S.com.br. 23 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.fm2s.com.br/metodologia/> Acesso em: 15 de novembro de 2021.

MUNNIZ, Lettícia. Padrão de beleza pra quem?. Zenklub. Fevereiro de 2021. Disponível em <<https://zenklub.com.br/blog/podcast/padrao-de-beleza/>> Acesso em 04 de julho de 2021.

NERY, Carmem. Pandemia foi responsável pelo fechamento de 4 em 10 empresas com atividades encerradas. Agencia IBGE Notícias. Julho de 2020. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/28295-pandemia-foi-responsavel-pelo-fechamento-de-4-em-cada-10-empresas-com-atividades-encerradas>> Acesso em 11 de Setembro de 2021.

OLIVEIRA, Isaac de e BUSINARI, Maurício. Pandemia leva desempregados a abrir negócio por necessidade, não vocação. Junho de 2021. Disponível em

<<https://economia.uol.com.br/empreendedorismo/noticias/redacao/2021/06/29/pandemia-leva-desempregados-empreender-por-necessidade.htm>>

PINHONI, Marina. FIGUEIREDO, Patrícia. RODRIGUES, Rodrigo. Governo de SP flexibiliza fase de transição e libera funcionamento de comércio e serviços das 6h às 20h a partir 1º de maio. Globo.com. São Paulo. Abril de 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/04/28/governo-de-sp-flexibiliza-fase-de-transicao-e-libera-funcionamento-de-comercio-e-servicos-das-6h-as-20h-a-partir-de-1o-de-maio.ghtml>> Acesso em 11 de setembro de 2021.

RESELLI, Luisa. O que é um corpo bonito pra você?. Luisa Restelli. Janeiro de 2016. Disponível em <<https://www.luisarestelli.com/padrao-de-beleza>> Acesso em 04 de julho de 2021.

SEBRAE. Panorama dos pequenos negócios 2018. São Paulo. 2018. Disponível em: <https://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/SP/Pesquisas/Panorama_dos_Pequenos_Negocios_2018_AF.pdf> Acesso em: 19 de junho de 2021.

SEBRAE. Tendências para Mercado de Beleza. Novembro 2020. Disponível em: <<https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/ms/artigos/tendencias-para-mercado-de-beleza,b88f4b4383642510VgnVCM1000004c00210aRCRD>> Acesso em 04 de julho de 2021.

SEBRAE. Mas afinal, o que é empreendedorismo? Santa Catarina. Junho de 2021. Disponível em <<https://atendimento.sebrae-sc.com.br/blog/o-que-e-empreendedorismo/>>

SOUZA, Ivan de. Conheça a história do empreendedorismo e como ele revolucionou o mundo dos negócios. Rockcontent. 9 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://rockcontent.com/br/blog/historia-do-empreendedorismo/>> Acesso em: 19 de junho de 2021

VASCONCELOS, Jonatas. Os desafios do empreendedorismo na estética. Estetica&Mercado. Julho de 2020. Disponível em <<https://esteticaemercado.com.br/2020/07/24/os-desafios-dos-empreendedorismo-na-estetica/>> Acesso em 04 de julho de 2021.

VERGA, E.; SOARES DA SILVA, L. F. EMPREENDEDORISMO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA, DEFINIÇÕES E ABORDAGENS. *Iberoamerican Journal of Entrepreneurship and Small Business*, São Paulo, SP, v. 3, n. 3, p. 03–30, 2015. DOI: 10.14211/regepe.v3i3.161. Disponível em: <https://www.regepe.org.br/regepe/article/view/161>. Acesso em: 20 de junho de 2021.

VIEIRA, Luanda. Transição capilar: 6 dúvidas sobre o assunto para você passar por esse período mais tranquila. VOGUE. Abril de 2021. Disponível em:

<<https://vogue.globo.com/beleza/cabelo/noticia/2021/04/transicao-capilar-6-duvidas-sobre-o-assunto-para-voce-passar-por-esse-periodo-mais-tranquila.html>> Acesso em 04 de julho de 2021.

VILELA, Pedro Rafael. Pandemia faz Brasil ter recorde de novos empreendedores. Outubro, 2020. Disponível em < <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-10/pandemia-faz-brasil-ter-recorde-de-novos-empreendedores>>

GIGLIO, Wilson. Artigo: Análise SWOT (OU FOFA), o que é e para o que serve. Vamos aprender?. Fespa Brasil. Disponível em: <https://www.fespabrasil.com.br/pt/noticias/artigo-analise-swot-oufofaoqueeeparaoqueservevamosaprender?gclid=CjwKCAjwyvaJBhBpEiwA8d38vLdgSQmhLoV15bXQ50pkYjpY6D6MU2RR_HFgsQ7BgK_Ddidzpv3HwRoC1YgQAvD_BwE>. Acesso em 12 de set. de 2021.

CAVALVANTI, Lourdes; GUERRA, Maria. Diagnóstico Institucional da Universidade Federal da Paraíba a partir da Análise SWOT. Revista Meta: Avaliação, Rio de Janeiro, v.11, nº 33, p. 694 - 718, set./dez. 2019.

SANT'ANA, T. D. et al. Plano de Desenvolvimento Institucional – PDI: um guia de conhecimentos para as Instituições Federais de Ensino. Alfenas: FORPDI, 2017

FISHMANN, A. A.; ALMEIDA, M.I.R. Planejamento Estratégico na Prática. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1991.

YIN, R. K. **Estudo de caso**: planejamento e métodos. 4. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

LUZ, R. S. Gestão do clima organizacional: proposta de critérios para metodologia de diagnóstico, mensuração e melhoria. Estudo de caso em organizações nacionais e multinacionais localizadas na cidade do Rio de Janeiro. 2003. 182p. Dissertação (Mestrado em Sistemas de Gestão) LATEC, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2003 (a).

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS BANCOS E A RELAÇÃO COM CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA CONCESSÃO DE CRÉDITO

GUSTAVO HENRIQUE DA SILVA PIERRE:

Graduando do Curso de Direito do Centro
Universitário do Norte.

RESUMO: Diante da necessidade de o Estado intervir e regular as relações de consumo, surgiram os direitos do consumidor e sua defesa, pois, com o crescimento populacional, o desenvolvimento do capitalismo e a revolução industrial, a produção aumentou substancialmente, o que também requer mais agilidade para atender a demanda e, finalmente, e se concentrar nas características quantitativas da produção. O sistema bancário é responsável por quase todas as atividades financeiras do país, de vários tipos de financiamento, que se realizam através da movimentação dos montantes, pelo que desempenha um papel relacionado nos fluxos de capitais e é propício ao desenvolvimento econômico do país. A responsabilidade civil reside na noção de reparação em que surge a organização de indenizar os danos morais ou patrimoniais causados pela conduta ilícita do agente, pelo comportamento do seu responsável, pelos fatos das coisas ou animais sob sua custódia, ou ainda, de simples imposição legal. A responsabilidade civil passou por várias revisões até chegar ao conceito atual usado pelos aplicadores do direito e trazer números de indenização se a outra parte foi a culpada ou a intenção. No entanto, considerando que a ocorrência deste problema pode ser causada pelos próprios cidadãos, nem todos os casos em que os cidadãos sofram algum tipo de lesão necessitam de indenização.

PALAVRAS-CHAVES: Responsabilidade Civil, Defesa do Consumidor, Sistema Bancário.

1 INTRODUÇÃO

O âmbito das instituições de responsabilidade civil é muito amplo, abrangendo qualquer situação de fato decorrente da relação mútua entre os sujeitos jurídicos no atual panorama. A complexidade do mundo moderno confere-lhe uma dimensão especial e única. Inserida no domínio da responsabilidade civil, a responsabilidade bancária apresenta algumas particularidades, que com a transferência de capitais, a procura do crédito, a aplicação de títulos, a procura da segurança e a proteção da segurança monetária, têm-se tornado cada vez mais proeminentes.

Nenhuma classe social resolve esta questão, recolhendo suas economias ou levantando capitais. A vida moderna, seja para empresas, seja para pessoas físicas, não abandonará o uso de serviços bancários, mas estudará as práticas contratuais que surgem quando essas relações jurídicas se desenvolvem entre a organização prestadora e seus consumidores. Todas essas operações bancárias podem ser consideradas como contratos,

porque existe um acordo entre as duas partes que cria obrigações (GONÇALVES, 2017). Nesse caso, as diversas atividades que os bancos oferecem à comunidade ampliaram o escopo de atuação dessas instituições (PIVA, 2017).

Segundo Cavalieri Filho (2012) deve-se notar que a responsabilidade civil das instituições bancárias tem sido tratada de forma mais rigorosa e implacável devido ao uso de recursos financeiros de terceiros e contratos adicionais com seus termos estipulados, porque a posição da pessoa jurídica é sempre mais forte e dominante. Dessa forma temos a seguinte problemática: Qual a relação da responsabilidade civil das instituições financeiras com o Código de Defesa do Consumidor?

Esta pesquisa justificativa-se, devido à relação entre bancos e clientes e a responsabilidade civil das instituições financeiras pela sua atividade consumerista, a investigar os riscos de algumas dessas atividades de maneira a defini-los dentro dos parâmetros da responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva.

Cada vez mais, a intenção de explorar a situação de forma injusta é vista nas relações contratuais. O direito como instrumento de apaziguamento da sociedade parece como mecanismo de resolução de conflito no atual momento da sociedade. Dessa maneira, foram criadas há algum tempo condições no ordenamento jurídico para evitar situações contratuais desarrazoadas e turbulentas, como a que presencia-se no mundo jurídico a cada dia, formulando prazos e teorias para maior contratualização⁵⁸ segurança legal (NUNES, 2017).

Portanto, embora as regras estabelecidas pelo Código Civil (CC) e pela própria legislação bancária sejam a responsabilidade civil objetiva das instituições financeiras, a base legal para a aplicação dessa responsabilidade pode variar em função da concepção do intérprete. Agora as responsabilidades das atividades bancárias de responsabilidade de acordo com a doutrina e jurisprudência, às vezes com base na CC, às vezes com base CDC.

O objetivo geral do presente trabalho é analisar a responsabilidade civil dos bancos e a relação com Código de Defesa do Consumidor na concessão de crédito. Os objetivos específicos traçados são: apresentar os aspectos doutrinários sobre a responsabilidade civil, demonstrar as características essenciais do direito do consumidor, identificar a responsabilidade civil das instituições financeiras no ordenamento jurídico brasileiro na relação consumerista.

Esse trabalho é uma revisão de literatura com uma abordagem qualitativa, elaborado a partir de levantamento bibliográfico, utilizando-se livros, teses dissertações e artigos científicos. Após levantamento bibliográfico, realiza-se a revisão de literatura, onde

⁵⁸ O termo é designado para nomear uma linha teórica e técnica da atuação do Estado em negociação.

são analisados resultados com a finalidade de compreensão de um determinado fenômeno apontado pelos doutrinadores.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

O instituto da responsabilidade civil foi originado como fator ligado à vingança privada, forma considerável, no entanto sobre o olhar para com o indivíduo, sendo considerada uma forma pessoal descoberta como reação ao mal padecido, nesse contexto o, Direito Romano partiu desta concepção, essa reação espontânea e natural, regulamentada anos depois, propiciando que o indivíduo lesado o seu direito de reagir ao mal sofrido, ou não, quando não havia motivo para tanto (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

Segundo Diniz (2015), em uma segunda análise, a criação da civilização humana preponderava à vingança coletiva, ou seja, ocorria uma reação coletiva contra o ofensor. Ao longo dos anos esta visão sofre modificações, e a vingança individual tomou caráter prevalente. Nesse contexto os homens faziam justiça com suas próprias mãos, com a devida fundamentação na Lei de Talião, onde os conceitos de “olho por olho, dente por dente” eram predominantemente usados contra o ofensor.

Para Nader (2010), tendo em vista esses aspectos, nasce o termo “responsabilidade civil” possuindo o termo técnico delimitado, para correlacionar à situação jurídica do indivíduo que não cumpriu determinado dever jurídico, do qual resultou o dano material ou moral a ser reparado.

Dessa forma, a responsabilidade civil tem como conceito fundamental a obrigação de reparar o prejuízo que ocasionou a outra pessoa, por fato próprio, ou por fato de terceiros ou coisas que dela.

Em outras palavras, o termo responsabilidade civil se refere a várias situações que possuem reflexos no campo jurídico, porém, o que aqui interessa é o ato que desencadeia a obrigação de indenizar. Dessa forma, a responsabilidade pode ser direta ou indireta, onde a primeira se refere ao próprio causador do dano, enquanto que a segunda está ligada a uma conduta de terceiro, que, de uma maneira ou outra, possui um vínculo com o ofensor, vínculo este regrado pelo ordenamento (CAVALIERI FILHO, 2012, p.78).

Dentro desta ótica, o termo responsabilidade pode ser destinado a várias ocorrências na alçada do jurídico, no que se refere ao dever jurídico destinado a uma pessoa, jurídico ou física, pelo acontecimento de um fato ou sobre um ato punível, que violou o direito alheio, ocasionando reações jurídicas para com a reparabilidade do dano (VENOSA, 2011).

A responsabilidade civil é demonstra-se no ato ilícito indenização do CC, que assim dispõem.

Art.186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art.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 (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Nesse prisma, a responsabilidade civil é uma obrigatoriedade para com a reparação do dano moral ou material, ocasionado a outrem em decorrência da prática de um ato ilegal. Nesse contexto, para Gonçalves (2017, p.76), a responsabilidade civil tem, pois, como suas conjecturas a violação para com o dever jurídico e o dano, no qual há um dever jurídico criado, onde a sua violação desenvolve um dever jurídico sucessivo ou secundário, que é o chamado direito de indenizar o prejuízo.

Vários autores delinearão o conceito de responsabilidade civil, ou seja, alguém é garantidor de algo, e este é um ato dirigido contra outra pessoa. Na maioria dos casos, essa garantia inclui a obrigação de indenizar. Diniz (2005) conceituou-o neste sentido: a palavra "responsabilidade" originou-se do latim *respondere*, que significa que alguém pode ser o fiador de algo. Portanto, o termo inclui a raiz latina *spondeo*, que é uma fórmula do direito romano em que o devedor está vinculado por um contrato oral.

Com base nessas considerações, a responsabilidade civil pode ser definida como a tomada de medidas para obrigar alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros pelo comportamento.

Em linhas gerais, Venosa (2017) expôs sua visão sobre o conceito de responsabilidade civil, afirmando especificamente: a responsabilidade civil em sentido amplo inclui o conceito de atribuir obrigações ao sujeito, as consequências do evento ou ação. Ainda de acordo com autora, quando se trata da obrigação de indenizar, a conduta do agente é avaliada sob a ótica da responsabilidade, ou seja, uma faz gerar pro agente a ato de obrigação de compensação.

Ao descrever o impacto da responsabilidade civil, Diniz (2015) afirmou que, se a responsabilidade for caracterizada, o agente deve indenizar a vítima pelo dano sofrido. Portanto, não é difícil perceber que a principal função da responsabilidade civil é a reparação do dano, que é imposta ao agente pelo ordenamento jurídico. A

responsabilidade civil tem essencialmente uma função restaurativa ou compensatória. A compensação tem a finalidade de compensar o dano ocorrido pela vítima.

De acordo com o entendimento de Bittar (2017), quando ocorrer dano, o lesado receberá indenização às custas do lesado, em nome da restauração do equilíbrio social rompido. Se houver dano precisa de compensação, como uma imposição natural da vida social (para ser mais preciso: para a sua própria existência e o desenvolvimento normal das potencialidades de cada entidade individualizada. Isso ocorre porque os ataques ilegais ou antilegais no ciclo das mercadorias ou valores de outras pessoas perturbam o fluxo regular das relações sociais. Entretanto as leis são necessárias para gerar e formular respostas para restaurar o equilíbrio quebrado.

Na definição de responsabilidade civil, a relação correspondente entre as ideias alternativas, a equivalência anti-entrega, ou as ações de terceiros e a compensação que lhes é imposta, a fim de restabelecer o equilíbrio social que é afetado em face do conflito. Comportamento prejudicial pode ser visto.

Do ponto de vista de Facchini Neto (2010, p.98) diz que a responsabilidade é o dever de indenizar o dano, estando no cerne do cumprimento obrigacional, onde o devedor deixa de cumprir um acordo preestabelecido num contrato, ou deixa de observar o sistema normativo, que regulamenta sua vida.

Dano decorre do fato do ser humano, indireta ou diretamente, causar um por meio da atuação pessoal direta do autor do dano, ou de um fato alheio, cujos efeitos jurídicos recaem sobre outrem.

Para Diniz (2015) responsabilidade civil divide-se em três grandes categorias e suas subdivisões, a saber: seu fato gerador, relativos ao seu fundamento e relativos ao agente, ver abaixo.

3 Espécies de responsabilidade civil: objetiva e subjetiva

Essa classificação pode ser a parte mais importante da responsabilidade, ou seja, lidar com a necessidade ou não da prova de culpa para configurar a responsabilidade pela reparação do dano. Portanto, a classificação traz responsabilidades objetivas e subjetivas. (GONÇALVES, 2017).

A responsabilidade objetiva é um fator opcional de culpabilidade. Para configurar a necessidade de indenização, basta que tenha ocorrido o ato ilícito e haja relação causal entre o ato e o dano. Este tipo de responsabilidade é também caracterizado quando a própria atividade do autor do dano implique risco para outras pessoas, isentando assim a vítima de provar a culpabilidade (VENOSA, 2011).

A responsabilidade civil objetiva só pode ocorrer em circunstâncias claramente estipuladas por lei. Portanto, define Código Civil Brasileiro; em seu artigo 927, parágrafo único: quando se referir a: parágrafo único. Nas circunstâncias estipuladas por lei, ou quando as atividades normalmente desempenhadas pelo autor do dano impliquem em risco os direitos de outrem por sua natureza, ele é obrigado a reparar o dano independentemente da culpa (PEREIRA 1999, p.176).

No entendimento de Venosa (2017, p.231), “na responsabilidade civil objetiva, via de regra, danos causados por dolo ou culpa, o dano e a causalidade são suficientes para a responsabilidade de compensação, e nenhuma prova de culpa é necessária”.

As regras gerais da legislação brasileira, especialmente as regras estipuladas no artigo 927 do Código Civil, são de responsabilidade civil subjetiva. A responsabilidade subjetiva, é uma espécie de obrigação que gera a indenização pelo agente ao lesado, e nesta responsabilidade, além dos elementos, ilegalidade, causalidade, nexos, dano há também análise da culpa. Portanto, a responsabilidade entra na regra geral “caput” do art. 927, pela qual haverá a análise da culpa do agente para a imputação da responsabilidade.

Nesse sentido, Venosa (2017) diz que a responsabilidade extracontratual no CC é a responsabilidade subjetiva, ou seja, a responsabilidade por culpa, porque esta também é a regra traduzida no CC, no *caput* do artigo 927.

Segundo Diniz (1998), da mesma forma, a regra geral em nosso ordenamento jurídico é que a obrigação de indenizar a prática de comportamento ilegal decorre da culpa, ou seja, da reprodutibilidade ou revisão do comportamento do agente.

Dessa forma, de acordo com CC brasileiro, a responsabilidade subjetiva é a regra geral utilizada em nosso ordenamento jurídico, ou seja, se não houver previsão legal anterior em contrário. Se as partes não tiverem acordo diferente no contrato. Para arcar com a responsabilidade indenizatória não é dispensada análise culpa. Não só a infração, a causalidade e o dano importam, mas se o agente agiu com dolo ou culpa. Dessa maneira, neste tipo de responsabilidade, o ato de causar dano deve ser decorrente de dolo ou culpa ou prevaricação, os três elementos básicos da culpa.

4 Responsabilidade Civil contratual e extracontratual

A responsabilidade civil pode ser classificada em contratual ou extracontratual em função da natureza do dever jurídico violado pelo autor do dano. Em primeiro lugar, configure o dano causado pela execução ou execução do contrato. A violação de obrigações decorre de contratos ou transações jurídicas unilaterais. Se duas pessoas

assinam um contrato, são responsáveis pelo cumprimento das obrigações acordadas (GONÇALVES, 2020).

Ainda segundo o autor, as responsabilidades por atos de vontade unilaterais, como a promessa de recompensas, também são contratuais. Pelo mesmo motivo, porque atos unilaterais só produzem efeitos, após a bilateralização, a responsabilidade é devolvida se uma pessoa promete pagar suas recompensas documentos perdidos, apenas quando alguém encontra e devolve os documentos, ou seja, após a promessa de bilateralização, eles serão efetivamente responsáveis (GONÇALVES, 2020).

Já a responsabilidade propriamente dita, a extracontratual, é também denominado aquiliano e tem como fonte a responsabilidade jurídica decorrente da lei ou do ordenamento jurídico considerado no seu conjunto. Nenhum contrato prevê o descumprimento de obrigação legal, e não existe relação jurídica anterior entre o lesante e a vítima; o exemplo mais comum nesta doutrina é o caso clássico da obrigação de reparar o dano causado pelo acidente entre veículos (CAVALIERI FILHO, 2012).

5 Pressupostos da responsabilidade civil

De acordo com o art. 186, do CC de 2002, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito 26. Já o art. 927 trata das consequências do ato ilícito, que gera a obrigação de indenizar o dano, prevendo que "aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Segundo Rizzardo (2011), a responsabilidade civil subjetiva segue uma trajetória de quatro passos até o resultado da responsabilização. Primeiramente, o agente através de uma ação ou omissão causa um dano a alguém, investindo contra o seu direito ou patrimônio. Essa ação ou omissão deve ser culposa dolo ou culpa propriamente dita, sendo necessário também o nexos causal entre a conduta do agente e o dano. O resultado será o dano que atinge a pessoa ou seu patrimônio, ressaltando-se que para surgir o dever de indenizar, deve haver prejuízo.

6 Conduta

A condição primária de todo ato ilícito, e por consequência da responsabilidade civil é uma conduta humana. Dessa maneira, compreende-se a conduta o comportamento humano voluntário, que é apresentada em uma ação ou omissão, determinando resultados jurídicos. Na concepção de Diniz (2015) a conduta é a ação, onde o elemento específico, da responsabilidade, é o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e categoricamente imputável do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause danos a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

7 Dano

A responsabilidade civil decorre da obrigação de indenizar os danos causados a terceiros. Dessa forma, para sintetizar o pensamento do dano, apresentando as características trazidas doutrina civilista como seu conceito e espécie. Para Schreiber (2013), o dano é elemento essencial da responsabilidade civil, não depende do comportamento do ofensor e atualmente está mudando do paradigma da imputabilidade moral para um sistema de compensação que pode proteger efetivamente a vítima de comportamento fatos lesivos.

8 Nexo causalidade

Segundo Gonçalves (2017), o nexos de causalidade é a causa e efeito entre a conduta praticada e o resultado. A responsabilidade civil de um agente, não basta que o agente tenha cometido um ato ilícito e a vítima tenha sofrido um dano. O dano é causado por ações ilegais do agente, e existe uma certa relação causal entre os dois, o que é muito importante.

9 Culpa

No entendimento de Gonçalves (2020, p.321), "a culpa não é definida e nem conceituada na legislação pátria. A regra geral do Código Civil Brasileiro para caracterizar o ato ilícito, contida no artigo 186, estabelece que este somente se materializará se o comportamento for culposo".

Por dolo entende-se, em síntese, a conduta intencional, na qual o agente atua conscientemente de forma que deseja que ocorra o resultado antijurídico ou assume o risco de produzi-lo. Já na culpa *stricto sensu* não existe a intenção de lesar. A conduta é voluntária, já o resultado alcançado não. O agente não deseja o resultado, mas acaba por atingi-lo ao agir sem o dever de cuidado. A inobservância do dever de cuidado revela-se pela imprudência, negligência ou imperícia (GONÇALVES, 2020, p.321).

10 DIREITO DO CONSUMIDOR

No Brasil, a questão da proteção ao consumidor surgiu por volta da década de 1970, quando foram constituídas associações civis e entidades governamentais para tratar do tema. Em 1974, foi criada a Conselho de Defesa do Consumidor (CODECON), em 1976, foi criada a Associação de Defesa e Orientação do Consumidor (ADOC), a Associação de Defesa do Consumidor, e a adoção do Decreto nº 7.890, o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, o atual Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON) (RIOS, 1998).

Segundo Nunes (2017), o consumidor e fornecedor são completamente desiguais frente ao fornecedor, tornando-se vulnerável técnica, fática e juridicamente. O objetivo do direito do consumidor nesta ótica, é eliminar essa desigualdade injusta entre fornecedores e consumidores e restabelecer o equilíbrio entre as partes na relação de consumo.

Para Cavalieri Filho (2010), o consumidor é o elo mais fraco da relação econômica. A condição necessária para a aplicação do direito de defesa do consumidor é que os consumidores sejam um grupo vulnerável e haja uma relação desigual entre as partes. Se as partes estiverem em igualdade de condições, não há como gozar dos privilégios de uma delas.

Segundo Bessa (2018) o CDCÉ é um conjunto sistemático e ordenado de normas, guiado por uma ideia elementar. Onde é priorizado a proteção de um grupo determinado, ou de coletivo, dos consumidores e agentes econômicos na sociedade. Nesse prisma, a defesa do consumidor é norteada na condição de sujeito-vítima, sujeito contratante e agente econômico nas conjunturas de pré e pós contratual.

Segundo o CDC em seu art 2. (Lei 8.078/90) explana:

“consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se o consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Os consumidores são a pilar que sustenta a tutela especial, que agora é concedida aos consumidores. Essa afirmação, permitir que o simples ato de retirar um produto ou serviço do mercado tornou-se uma característica de proteção ao direito do consumidor, independentemente de seu destino. Por outro lado, quando pessoas físicas ou jurídicas adquirem produtos ou serviços para dar-lhes novos fins econômicos (ALMEIDA, 2017).

Há uma terceira tendência, denominada “finalismo profundo”, desenvolvida pela jurisprudência brasileira, que parte do pressuposto de que o consumidor equivalente é uma exceção e para que exista para essa expansão do conceito de consumidor é preciso reconhecer a vulnerabilidade. Aqueles que querem ser consumidores semelhantes.

Os critérios acima podem excluir a aplicação do CDC, quando os consumidores não apresentam vulnerabilidades técnicas, econômicas ou legais em teoria, tais como consumidores com força financeira ou econômica significativa.

Segundo Khouri (2013), torna-se útil identificar ou não identificar vulnerabilidades. Em circunstâncias especiais, as pessoas jurídicas são classificadas como consumidoras, ou excluídas, embora não sejam os destinatários finais dos fatos e da economia. Quando os compradores ou usuários têm condições especiais, a aplicação das

regras de proteção ao consumidor os coloca em uma posição vantajosa em relação aos vendedores ou prestadores de serviços. Nos mesmos termos Miragem (2019), a dependência de uma parte em relação interempresarial, dependendo das circunstâncias específicas, pode caracterizar sua vulnerabilidade para aplicação específica das regras do CDC, ou aplicá-la em conjunto com outras regras neste caso.

O CDC (Lei 8.079/90), especificamente em seu art. 3º, estabelece o conceito de fornecedor:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Segundo Almeida (2021), todos os intermediários (stakeholders, processadores, distribuidores) e comerciantes, desde que os considerem a sua principal atividade ou profissão, serão tratados como fornecedores por lei. É muito importante lembrar que a relação jurídica estabelecida entre não profissionais, acidental não constitui uma característica das relações de consumo, mas isso não os exime de suas obrigações de lealdade, integridade e honestidade. Um contrato objetivado em equilíbrio substantivo e econômico deve cumprir sua função social.

11 A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS

12 Responsabilidade civil das instituições bancárias no código civil

O atual panorama da economia, os bancos são uma instituição que prestam diversos serviços à população, e estão ampliando a sua carteira de produtos e serviços, correspondendo há um deles é a concessão de crédito. Que atualmente é uns serviços prestados através de tecnologia da informação que abre margem para erros e exigem soluções jurídicas. Os tribunais e suas decisões estão adotados uma postura rígida sobre os bancos, visto que suas atividades estão relacionadas aos recursos financeiros de toda população (NETO, 2020).

Na maioria dos casos, as características das atividades bancárias são contratos por volume e contratos de adesão. Os bancos realizam atividades básicas e específicas no setor financeiro, como depósitos, empréstimos, descontos, etc. Atendendo ao mercado e à concorrência, complementa as atividades secundárias dos seus serviços, como a fornecimento de informações, recebimento de contas, serviços de caixas eletrônicos, comunicação por correio eletrônico etc.

Para Bessa (2017), a responsabilidade aplicável à atividade bancária é uma responsabilidade civil objetiva, esta condição assenta no risco, independentemente de culpa. De acordo com a teoria do risco profissional, esse passivo se aplica às instituições bancárias brasileiras. Na prática, o risco de que isso aconteça é que o banco que desenvolve atividades com fins lucrativos venha a sofrer prejuízos, ou seja, a responsabilidade e a consequente indenização cabem às pessoas que lucram com as atividades exploradas.

Também deve ser observado que o CDC não reconhece cláusulas de não indenização. O contrato não pode excluir a indenização decorrente do fato do produto ou serviço. O art. 51, acredita que os termos do contrato são abusivos e, portanto, invalidam os termos do contrato que tornam os defeitos de qualquer natureza impossíveis, isentam ou aliviam a responsabilidade civil do fornecedor.

Bessa (2017), no que se refere ao ônus da prova, cabe destacar que, de maneira geral, as mudanças no regime de responsabilidade, prescindindo do elemento culpa e adotando a teoria objetiva, não desobriga o lesado da prova do dano e do nexo de causalidade entre o produto ou serviço e o dano. Quando por exemplo o cofre bancário é alugado a um particular, o ônus da prova do conteúdo do cofre violado será suportado pela parte lesada.

No entanto, de acordo com o art. 6º, inciso VIII, do CDC, o juiz pode inverter o ônus da prova quando “for verossímil a alegação” ou quando o consumidor for “hipossuficiente”, sempre de acordo com “as regras ordinárias de experiência”.

13 Responsabilidade Civil na concessão de crédito

O papel das instituições financeiras no desenvolvimento econômico é muito importante, envolvendo a prestação de serviços relacionados à emissão de empréstimos e financiamentos. No entanto, para que essas concessões sejam garantidas em termos de pagamento, mesmo que não prejudiquem a própria situação financeira da instituição, tendo em vista que os credores podem pleitear os recursos que ali estão depositados, o banco deve questionar a capacidade financeira do solicitante só a obrigação do banco, mesmo a obrigação, porque suas atividades são a base do desenvolvimento econômico e social.

As atividades dos bancos são críticas tanto para o consumo quanto para o desempenho nacional. Todas as necessidades modernas (em uma sociedade capitalista) são realizadas por meio de atividades bancárias entre aqueles que precisam de dinheiro e aqueles que têm excedentes econômicos.

Em suma, além de cumprir as diretrizes emanadas do Banco Central do Brasil, os bancos têm a responsabilidade de zelar pelo equilíbrio do sistema por meio de práticas e

condutas que visem o normal funcionamento e melhor aplicação de seus recursos. responsabilidade das instituições financeiras. Avaliar a situação da empresa tomadora da forma mais eficaz, arriscar destruir a estabilidade do sistema de crédito e ter uma alta taxa de inadimplência.

Os bancos são responsáveis por avaliar cuidadosamente todos os critérios objetivos para a possibilidade de a empresa tomadora cumprir com suas obrigações, sem ignorar outros fatores econômicos e financeiros: como crises setoriais ou instabilidade econômica.

Segundo Dantas (2010) Determina algumas das etapas a serem seguidas na avaliação da concessão de crédito, a saber: Análise retrospectiva: para determinar os maiores riscos experimentados em atividades anteriores e como mitigar ou evitar esses riscos; análise de tendências: ser capaz de prever razoavelmente a situação financeira de o mutuário e seu passivo de suporte e status de crédito: analisar os riscos atuais e futuros das outras duas fases e apresentar o melhor plano dentro do fluxo de caixa para minimizar o risco de inadimplência; a perda do credor.

Os bancos são obrigados a analisar os tomadores de empréstimos com precisão, mas com base em critérios objetivos que visam a liquidez, segurança e rentabilidade operacional. Exceder esses padrões e aplicar outros padrões subjetivos pode constituir discriminação, violar dispositivos constitucionais e fazer com que as instituições financeiras assumam responsabilidade civil por violações de direitos (SOUTO, 2019).

No entendimento de Rizzardo (2011) se a pessoa atender a todos os requisitos para conceder financiamento, o banco não será considerado uma rejeição simples e irracional, pois o banco existe para conceder crédito. Para piorar a situação, este tipo de rejeição irracional é inteiramente devido à discriminação e particularidade e nada tem a ver com a capacidade de executar e fornecer garantias.

Assim, as instituições financeiras não podem se recusar a conceder crédito de forma irracional ou com base em qualquer forma de discriminação. Os bancos têm a responsabilidade de atuar no âmbito da legitimidade, da eficiência da atividade e da transparência da informação, e propor contribuir para o equilíbrio do sistema de crédito, fundamento do desenvolvimento econômico e social. É justamente com base neste equilíbrio que dependem a manutenção a médio e longo prazo da atividade bancária e o desenvolvimento da atividade comercial.

Além disso, quanto melhor for a análise de crédito do banco com base em padrões objetivos, menor será o risco de inadimplência. Conforme mencionado anteriormente, uma análise cuidadosa e eficaz não é apenas uma obrigação do banco, mas também uma responsabilidade. A concessão de um bom crédito tem mais probabilidade

de ser paga integralmente, especialmente porque o crédito tende a se tornar mais caro e escasso no caso de um default patológico.

O valor da indenização por danos causados por uma instituição financeira faz parte do custo de suas atividades, que obviamente estará incluso no preço de seus produtos ou serviços. Dessa forma, uma instituição financeira com menor índice de custo relacionado à remuneração paga é mais competitiva no mercado bancário, pois refletirá em maior eficiência nos serviços prestados e nos produtos comercializados.

14 Responsabilidade objetiva e o código de defesa do consumidor

A responsabilidade dos bancos deve ser objetiva, devendo eles responder pelos danos independentemente de suas faltas, no CC, em seu art. 932, III e art. 933 estipulam a responsabilidade objetiva dos empregadores pelas ações de seus empregados, empregados e prepostos, e compatibilizam plenamente essa responsabilidade com as atividades desenvolvidas pelo banco, cabendo ao banco como empregador a responsabilidade civil, independentemente de se é o culpado ou não (BESSA, 2018).

Ainda segundo Bessa (2018), o CDC e a consequente reafirmação dos tribunais no sentido de que a instituição deve ser aplicada aos bancos, a responsabilidade civil dessas instituições foi claramente classificada como objetiva, passando a ter como base o artigo 14 da Lei, que estipula : Independentemente de haver avaria, os prestadores de serviço repararão os danos aos consumidores causados por vícios relacionados com a prestação dos serviços, bem como informações insuficientes ou insuficientes sobre a sua fruição e riscos.

Na concepção de Nunes (2017), rejeitando qualquer diferença entre os tipos de transações bancárias, como norma de imposição de regras de consumo aos bancos, não permite fazer quaisquer interpretações restritivas dos dispositivos legais que constituem o CDC, porque se destina a tornar efetivas as garantias constitucionais. Expressando a natureza do crédito está incluído contida no § 2º do art. 3º, referir-se apenas a certos negócios de crédito ao consumidor não significa resoluto. Se o legislador quiser fazer isso, ele vai restringir explicitamente e, se houver, vai analisar seu rompimento com a Carta Magna nessa questão.

Cavaliere Filho (2010), ao tratar do problema da dualidade da prestação de serviços e da prestação de produtos no negócio bancário, destacou claramente que existe uma relação de consumo entre os dois, devendo ser destacado que seja qual for a perspectiva de estudo desse problema, seja como um produto ou como um produto Como um serviço, não há base legal para excluir a aplicação do CDC. Os bancos são empresas comerciais que captam recursos no mercado financeiro para redistribuir em operações de crédito.

A conclusão deve ser a responsabilidade civil do banco, que é objetiva nos termos da CDC. Além disso, deve prevalecer a responsabilidade objetiva relativa ao negócio bancário, que não é apenas o resultado da CDC, mas, é também o resultado da teoria do risco. Os bancos respondem independentemente de sua culpa.

Deste modo, sem exigir negligência, a responsabilidade objetiva do banco passa a ser regra, seja por força do Direito do Consumidor, da teoria do risco ocupacional e dos artigos, disposto nos art. 932, e art. 933 do CC.

Por conseguinte, independentemente da ordem que as pessoas pretendam usar ao buscar a responsabilidade do banco por um determinado negócio bancário, ou seja, usando a CC ou a CDC como parâmetros, cada uma tem seus próprios padrões e instituições. Em última análise, a responsabilidade objetiva será melhor do que o banco, portanto, independentemente de culpa ou não.

15 Causas excludentes de responsabilidade

Segundo Cavalieri Filho (2010), o princípio basilar estipulados pela referida lei nada mais são do que a inexistência de um raciocínio válido e ninguém pode responder se é subjetivo ou objetivo. Quando se trata da culpa pela exclusividade da vítima, o fato da exclusividade da vítima exclui a própria relação causal relacionada com a causa óbvia e direta do dano. Portanto, não se deve dizer que simples inocência, mas isenção de responsabilidade.

Desse modo, no caso de culpa exclusiva da vítima, será rompida a relação causal, de modo que o agente diretamente relacionado ao dano não seja, na verdade, a causa real, mas a própria vítima. Outra razão para excluir a causalidade pode vir de um terceiro, que não é a vítima nem o responsável.

A responsabilidade causada pelos fatos de um terceiro é semelhante a desastres naturais e força maior. À vista disso, segundo casos específicos, devido à inevitabilidade e imprevisibilidade dos fatos do terceiro, ainda existe o pressuposto de exclusão da responsabilidade do agente direto do incidente, pois na culpa exclusiva da vítima, é apenas uma efetivo manual de longo prazo para prejudicar o agente (GONÇALVES, 2020).

Por fim, tratando-se do caso fortuito e força maior, como causa excludente da responsabilidade civil, estabelece no art. 392 do CC que o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. O CC não faz distinção entre caso fortuito e força maior, de modo que, nos ensinamentos de Cavalieri Filho (2010) extraímos que a imprevisibilidade, portanto, é o elemento indispensável para a caracterização do caso fortuito, enquanto a inevitabilidade é o da força maior.

Por fim, é também importante ressaltar o alerta de possíveis negligências e desastres naturais. “Os desastres naturais nunca podem ser atribuídos à negligência do devedor, pois a natureza inevitável do evento exclui essa suposição. Portanto, é importante observar que, Só diante de circunstâncias específicas podemos medir a situação real ali. Em suma, se for imprevisível ou inevitável e não houver culpa do responsável, a presunção de responsabilidade é incorreta. Por outro lado, se for previsível, evitável ou identificada como culpa do responsável, a responsabilidade pode ser assumida pela pessoa que evitou o dano.

16 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os bancos têm um importante papel social, e muitas atividades econômicas essenciais ao dia a dia das pessoas são realizadas ou intermediárias por instituições bancárias. No entanto, tal como as entidades ou empresas de outros departamentos, os bancos são passível de erros e falhas na execução dos serviços que prestam, o que pode causar prejuízos aos correntistas e a terceiros.

A responsabilidade civil passou por várias revisões até chegar ao conceito atual usado pelos aplicadores do direito e trazer números de indenização se a outra parte foi a culpada ou a intenção. No entanto, considerando que a ocorrência deste problema pode ser causada pelos próprios cidadãos, nem todos os casos em que os cidadãos sofram algum tipo de lesão necessitam de indenização.

Atendendo aos consumidores de um mercado cada vez mais exigente e o mundo globalizado cada vez mais consciente dos seus direitos, as instituições bancárias procuram cada vez mais formar os seus colaboradores e prestadores de serviços para se adaptarem às necessidades do mercado de forma a reduzir a possibilidade de pressão entre clientes e usuários, por outro lado, instituições bancárias.

Além disso, se violarem quaisquer princípios básicos ou direitos dos consumidores, independentemente de serem ou não culpados, devem ser responsabilizados objetivamente. Tal deve-se ao reconhecimento da vulnerabilidade dos consumidores e à obrigação de garantia na emissão de empréstimos salariais aos servidores, pois quando as instituições financeiras colocam os consumidores em contratos desequilibrados com o consumidor.

17 REFERENCIAS

ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. **Direito do Consumidor Esquematizado**. 9. ed. Saraiva Educação SA, 2017.

BESSA, Leonardo Roscoe. Responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 20, n. 120, p. 20-43, 2018.

- BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. Saraiva Educação SA, 2017.
- BRASIL. Código civil brasileiro (Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002). 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. – 10. Ed. – São Paulo: Atlas, 2012.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. Responsabilidade civil das instituições bancárias por danos causados a correntistas e a terceiros. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 34, 2012.
- DANTAS, José Alves et al. Determinantes do grau de evidenciação de risco de crédito pelos bancos brasileiros. **Revista Contabilidade & Finanças**, v. 21, p. 1-27, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Teoria Geral do Direito Civil. ed. 32. Edição 2015.
- DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil: volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro 3-contratos e atos unilaterais**. Saraiva Educação SA, 2017.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. Saraiva Educação SA, 2020.
- KHOURI, Paulo R. Roque. Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em júízo. **Revista CEJ**, v. 17, n. 60, 2013.
- MAIA, Alneir Fernando Santos. A inclusão do caso fortuito e da força maior como excludentes de responsabilidade civil nas relações de consumo. **Meritum**, v. 7, n. 1, p. 389-427, 2012.
- MESSIAS, Ewerton Ricardo; DIAS, Jefferson Aparecido. Responsabilidade civil contratual e extracontratual frente à responsabilidade civil ambiental: uma análise sob o direito pós-moderno. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 24, n. 1, p. 243-265, 2019.

MIRAGEM, Bruno. A lei geral de proteção de dados (lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. **Revista dos Tribunais**, v. 1009, 2019.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NETO, Eduardo Salomão. **Direito bancário**. Trevisan Editora, 2020.

NETO, Eugênio Facchini. Da responsabilidade civil no novo Código. **Revista Do Tribunal Superior do Trabalho**, v.76, n.1, p.17-63, 2010

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. Saraiva Educação SA, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PIVA, Cintia dos Santos. **Estratégias para ampliação da carteira de produtos e serviços com a utilização da matriz BCG: um estudo em uma cooperativa de crédito**. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel no Curso de Ciências Contábeis) - Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2017.

RIOS, Josué. **A defesa do consumidor e o direito como instrumento de mobilização social**. Mauad Editora Ltda, 1998.

RIZZARDO, Arnaldo. **Títulos de crédito**. Gen, Editora Forense, 2011.

SALVATORI, Carlos Eduardo D.'Elia. **Incidência dos princípios da boa-fé e da função social conforme os planos do negócio jurídico**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, 2014.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. Editora Atlas SA, 2013.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. **A responsabilidade civil pela violação à função social do contrato**. Grupo Almedina, 2019.

SOUTO, Gabriel Araújo. Cadastro Positivo: a solução para o combate à assimetria informacional no setor bancário brasileiro?. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, v. 13, n. 1, p. 75-88, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil objetiva e risco: a teoria do risco concorrente**. São Paulo: Método, v. 10, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família**. São Paulo: Atlas, 2017.



VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DIREITO DO CONSUMIDOR NAS COMPRAS PELA INTERNET - A APLICABILIDADE DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO

DAILSON JOSÉ SANTOS DA ROCHA:

Graduando em Direito pelo Centro
Universitário Faculdade Metropolitana
Fametro.

RESUMO: O consumidor por muitos anos foi tratado de forma desleal, parte hipossuficiente na relação de consumo, uma vez que no âmbito civil a relação analisada, consumidores e fornecedores eram tratados de forma homogênea, como se estivessem no mesmo nível comercial. Porém, graças a implementação do nosso código consumerista, veio essa separação de níveis entre as partes, onde este define que o consumidor é o lado mais frágil da relação, por qual jamais se pode considerar na prática que fornecedores e consumidores estão no mesmo patamar de conhecimento quando iniciam uma determinada contratação. Além dessa distinção de grau, é importante salientar suas diferentes características, classificando cada um e sua relação no dia a dia, conforme nosso código. Entretanto, o marco temporal é fundamental nessa área legislativa, pois surgem aprimoramentos tecnológicos, frutos da internet, é a marca dos dias atuais, as noções de espaço e tempo, como resultado lógico desse desenvolvimento, foram atingidas por profundas transformações, O Código de Defesa do Consumido, carrega uma série de direitos que tentam acompanhar para que consumidores não sejam colocados em situação de vulnerabilidade, um deles é o direito de arrependimento, onde é bastante utilizado nas compras efetuadas fora do estabelecimento comercial.

Palavras-chaves: O consumidor. Relação de consumo. Marco Temporal. Direito de arrependimento.

ABSTRACT: The consumer was treated unfairly for many years, a low-sufficient part of the consumer relationship, since in the civil sphere in relation to the analysis, consumers and suppliers were treated homogeneously, as if they were on the same commercial level. However, thanks to the implementation of our consumer code, this separation of levels between the parties came, which soon defines the consumer as the weakest side of the relationship, in which it can never be considered in practice that suppliers and consumers are in the same level of knowledge when starting a particular contract. In addition to this distinction of degree, it is important to emphasize its different characteristics, classifying each one and its relationship in daily life according to our code. However, the time frame is fundamental in this legislative area, as technological improvements arise, as a result of the internet, it is the hallmark of the present day, as notions of space and time, as a logical result of this development, were affected by profound transformations. Consumer Defense Code, carries a series of rights that try to follow so that consumers do not originate in a

vulnerable situation, one of them is the right of regret, which is widely used in purchases made for commercial establishments.

Keywords: The consumer. Consumer relationship. Time Frame. Right of regret.

SUMÁRIO: Introdução. 1.1 - Conceito sobre o Direito do consumidor e seus funcionamentos. 1.2 – Consumidor no tempo. 2.1- Direito de arrependimento. 2.2 - Aplicabilidade do direito de arrependimento. 3.1- Princípio da autonomia privada. 4.1- Tempestividade do CDC em relação a compras virtuais. Conclusão. Referências.

Introdução

O Alvo do presente artigo é realizar uma análise acerca do desenvolvimento da legislação consumerista em relação às práticas de comércio eletrônico, com foco na aplicação do direito de arrependimento, previsto no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, e as lacunas deixadas pelo legislador tendo em vista que o código atual foi criado na década de 90, onde ninguém tinha noção da capacidade tecnológica que a sociedade atual tem à disposição.

É relevante salientar o direito de arrependimento muito inexplorado legislativamente. Mesmo uma lei sendo tão moderna, dificilmente ela será infalível para a natural mudança de comportamento que ocorre com o passar do tempo, quanto mais uma na qual foi produzida a 30 anos atrás. Com a modernização de tal legislação, seria apenas para adequar a norma tão antiga em uma nova realidade social, através de juristas renomados, doutrinas relevantes, sendo assim, manter o serviço adequado e eficaz no atendimento em meio eletrônico, no sentido de preencher essas lacunas que são muitas usufruídas pela sociedade moderna.

1.1-Conceito sobre o Direito do consumidor

Podemos encontrar através do nosso Código Consumerista várias conquistas para as relações de consumo quando se permite ter oportunidades mais justas e equilibradas para as partes envolvidas nas transações comerciais. Este código está previsto na lei de Nº 8.078/90, onde logo em seu primeiro artigo, nos disponibiliza de forma curta e sensata a definição de tal regulamento: “ **Art. 1º** O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias. ”

Para Nelson Nery Jr (TARTUCE, 2016, pg. 11): “ o CDC deve ser considerado norma de principiologia, com eficácia suprallegal, da qual irradiam diversas orientações para a produção de outras leis que protejam os interesses dos Consumidores”. Isto é, mesmo com o mercado se desenvolvendo, o código do consumidor normalmente é um refúgio importante para garantir a segurança e orientação dos clientes.

Já de acordo com o artigo 2º do CDC, “**Art. 2º**- Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Não se pode considerar na prática que consumidores e fornecedores estão no mesmo patamar de conhecimento quando iniciam uma determinada contratação.

O direito do consumidor anda lado a lado com o fornecedor, já vimos que o conceito do consumidor é discutível, mas qual seria o conceito de fornecedor? A definição de fornecedor no CDC está prevista no artigo 3º: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

Conforme o artigo ilustrado por Márcia, Advogada e Colaboradora do Instituto de Direito Real (2019, Novembro) enfatiza que: As relações de consumo fazem parte de nossa realidade e estão presentes em nosso dia a dia a todo momento, Acontece que muitas das vezes ao adquirir determinado produto não buscamos nos informar dos direitos que estão por trás daquela compra, O Código de Defesa do Consumidor, traz uma série de direitos para que consumidores não sejam colocados em situação de vulnerabilidade, e é isso que o direito de arrependimento engloba”. Mais uma prova de que o fornecedor deve sempre atender às normas implantadas pela legislação, é a famosa regra na qual se deve deixar permanentemente um código do consumidor em espécie nos estabelecimentos comerciais, e que esteja num local de fácil visibilidade, como por exemplo, nos caixas de pagamento. E isso está estabelecido em lei, como prevê em seu art.1º da lei 12.291/10: “Art. 1º São os estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços obrigados a manter, em local visível e de fácil acesso ao público, 1 (um) exemplar do Código de Defesa do Consumidor”, E o não cumprimento da norma pode gerar uma penalidade em forma de multa ao fornecedor infrator.

1.2- CONSUMIDOR NO TEMPO

No século XXI, basta você notar os avanços no campo da tecnologia para que se tenha uma ideia clara. A instantaneidade e dinamicidade resultantes do aprimoramento tecnológico, fruto da internet, é a marca dos dias atuais, as noções de espaço e tempo, como resultado lógico desse desenvolvimento, foram atingidas por profundas transformações.

Em tantos anos se passando, se teve poucas mudanças no CDC, aparentemente se acha que a norma é indestrutível por ter ganhado uma ótima projeção, porém nunca tivemos uma legislação que nunca tenha apresentado se quer uma brecha em sua lacuna, e com o CDC não seria diferente tendo em vista as vastas mudanças nas relações de

consumo atuais, onde principalmente necessita do desenvolvimento consumerista em relação às práticas de comércio virtual.

A relação de consumo na rede mundial de computador é um exemplo, especialmente com o avanço da Black Friday como uma das datas preferidas para o consumo, representa uma parcela representativa no faturamento de algumas varejistas nessa época do ano. Acontece que muitas das vezes ao adquirir determinado produto não buscamos nos informar dos direitos que estão por trás daquela compra, que podem evitar bastante prejuízos, com a falta de entendimento básico de economia, internet, Direito do consumidor e seus funcionamentos pode fazer com que milhares de cidadãos tenham danos irrecuperáveis.

2.1- DIREITO DE ARREPENDIMENTO

O Direito de arrependimento, que está enfatizado internamente no CDC, traz consigo um amparo para que os consumidores não tenham que passar por situações de vulnerabilidades. Acontece que muita gente por acaso já ate praticou seu direito de se arrepender de determinada compra, mas passou despercebido por ser tão natural, além de que nossa população é mal acostumada, não se pode ver uma brecha que esta já quer aproveitar da situação, entretanto, o direito de arrependimento tem suas variações e não é aplicado em todos os casos, tem suas Particularidades por não dispor de informações precisas, transparentes e técnicas sobre o produto adquirido.

Conforme aborda em seu desenvolvimento, o livro “Direito de arrependimento nos contratos” escrito por ALEXANDRE JUNQUEIRA GOMIDE, mestrado em direito na área de ciências jurídicas, afirma que: No direito brasileiro, o único diploma que confere a possibilidade de arrependimento contratual é o Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 (sete) dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.”

O direito de arrependimento é um direito exercido pela parte considerada mais fraca a extinguir contratos celebrados, de forma unilateral. Arruda Alvim (2009, p.77), afirma que “o arrependimento é a faculdade que a lei concede ao consumidor, de poder desistir do contrato durante sete dias após a sua assinatura, ou do recebimento do produto ou serviço, para casos específicos.”

O Código Civil, por sua vez, numa falha legislativa, tratando de hipótese clara de resilição unilateral, utiliza de forma incorreta a expressão “direito de arrependimento” no artigo.

A natureza jurídica do direito de arrependimento foi examinada por poucos autores brasileiros. Dentre eles, destacamos as palavras de Cláudia Lima Marques (2016, p.25): “Podemos interpretar o art. 49 do CDC como simplesmente instituído, no direito brasileiro, uma nova causa de resolução do contrato. Seria uma faculdade unilateral do consumidor de resolver o contrato no prazo legal de reflexão, sem ter que arcar com os ônus contratuais normais da resolução por inadimplemento (perdas e danos, etc.). Claudia Lima Marques (2004, p. 280) afirma também que “[...] quando ocorre o direito de arrependimento, não só o Contrato Principal será cancelado, mas também o Contrato Acessório de Financiamento”.

O direito de arrependimento se configura como uma faculdade unilateral e discricionária, de livre exercício, que permite a uma das partes, o comprador, desligar-se de um contrato válido e perfeito, em vias de execução, por sua mera vontade e sem necessidade que concorra causa alguma, afirma Maria Teresa Moreno (2010, p. 77).

A jurisprudência tem seguido o mesmo entendimento:

APELAÇÃO CÍVEL – Interposição contra sentença que julgou procedente ação indenizatória moral. Contrato de financiamento que é acessório daquele de compra e venda. Arrependimento do apelado amparado pelo Artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor. Inscrição indevida do nome do apelado nos cadastros de devedores do SCPC e do SERASA que gerou restrição em seu crédito. Dano moral devidamente configurado. Indenização reduzida. Ônus da sucumbência mantido, nos termos da Súmula 326 do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Sentença parcialmente reformada. (TJSP – Apelação com Revisão nº 0024796-51.2006.8.26.0000, Relator: Mario A. Silveira, 33ª Câmara do D. Sétimo Grupo (Ext. 2º TAC), julgado em 01/08/2007). **DECLARATÓRIA** – Contrato – Aquisição de equipamento rastreador de veículo – Arrependimento do consumidor – Possibilidade – Inteligência do Artigo 49, do CDC – Julgamento antecipado – Cerceamento de defesa que não ocorre – Inversão do ônus probatório – Obrigação de indenizar caracterizada – Responsabilidade solidária do fornecedor e da instituição financeira – Danos material e moral – Cabimento – Prova decorrente da experiência comum - Inteligência do Artigo 335 do CPC – Recurso provido. (TJSP - Apelação nº 9066819-19.2007.8.26.0000, Relator: Sebastião Junqueira, 19ª Câmara de Direito Privado, julgado em

30/06/2008). CONSUMIDOR. COMPRA E VENDA FORA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL. EXERCÍCIO DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO. PAGAMENTO MEDIANTE DÉBITO NO CARTÃO DE CRÉDITO. CANCELAMENTO. PERSISTÊNCIA DAS COBRANÇAS. Legitimidade passiva da vendedora, uma vez que impossível identificar o verdadeiro causador do dano. Exegese do Artigo 7º, parágrafo único, do CDC. Compra efetivada via *Internet*. Tendo sido legitimamente exercido o direito de desistência do negócio, em razão de suas características (Artigo 49 do CDC), revelou-se indevida a cobrança das parcelas relativas ao negócio desfeito. Direito à declaração de extinção do contrato e inexigibilidade das parcelas. Sentença confirmada pelos próprios fundamentos. RECURSODESPROVIDO. (TJDFT – Recurso Cível Nº 71000955773, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 03/10/2006).

Em Conjunto mais recente, o tribunal de justiça do Rio Grande do Sul entende por sua jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. TELEFONIA. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. DANOS MORAIS. Danos morais reconhecidos, diante do descaso por parte da ré ao não possibilitar ao autor o exercício do direito de arrependimento. Indenização fixada. Sucumbência redimensionada. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70080003130, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, Julgado em 20/03/2019).

Concretizada a desistência, qualquer importância que, eventualmente, já tenha sido paga (entrada, adiantamento, desconto do cheque, pagamento com cartão etc.) deve ser devolvida em valores atualizados.

2.2 - APLICABILIDADE DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO

A legislação brasileira entende que esse arrependimento pode de fato ser um direito potestativo, isto é, sobre o qual não recai qualquer discussão, ou seja, ele é inegável, cabendo a parte apenas aceitá-lo, ele não impõe um dever, mas sim uma sujeição, sem o concurso de vontade destas. A principal característica do direito potestativo é o estado de sujeição que o seu exercício cria para uma ou outra pessoa, independentemente da vontade destas últimas, ou mesmo contra sua vontade. O consumidor terá suas razões para desistir, mas elas não precisam ser enunciadas. Por caracterizar-se como um direito

potestativo, também não é necessário pagamento de quaisquer valores a título de indenização.

O arrependimento tem que ser estabelecido num curto prazo após a celebração do contrato, se o produto apresentar defeito e o consumidor seja deixar o tempo passar, o direito de reclamar do mesmo posteriormente não será possível. Todavia, se a mercadoria apresentar defeitos diversos, o consumidor está amparado pela garantia legal ou contratual. Essa rigorosidade se dá pois se possibilitarmos o arrependimento com um longo prazo após realização da compra, se caracterizaria abuso de direito.

No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor estabelece a possibilidade de os consumidores desistirem dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial do fornecedor, O parágrafo único ainda utiliza a expressão "direito de arrependimento". Já na teoria dos contratos, abrange de forma explícita, o código civil regula em seu art. 420: "Art. 420. Se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória. Neste caso, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Em ambos os casos não haverá direito a indenização suplementar". O regime jurídico do direito de arrependimento por algumas vezes é discutível, tendo em vista que a lei não se uniformiza.

Determina o art. 49 do CDC que dispõe o consumidor do prazo de sete dias para arrepender-se do contrato outrora celebrado. Não se fala em sete dias úteis. Parece ter o legislador adotado o prazo corrido, ou seja, comum do Código Civil. Essa contagem deve respeitar a forma estabelecida no art. 132 do Código Civil " **Art. 132.** *Salvo disposição legal ou convencional em contrário, computam-se os prazos, excluído o dia do começo, e incluído o do vencimento. § 1º Se o dia do vencimento cair em feriado, considerar-se-á prorrogado o prazo até o seguinte dia útil*". Além disso, observe-se que o Código de Defesa do Consumidor optou pelo início da contagem do prazo de duas maneiras. O prazo pode ter início a partir da assinatura do contrato, ou do ato do recebimento do produto ou serviço. Nos termos do art. 423 do Código Civil e do art. 47 do Código de Defesa do Consumidor, o consumidor poderá optar pela contagem do prazo pela forma que mais lhe favorece.

O direito de arrependimento, garante ao consumidor a possibilidade de devolver o produto que adquiriu, sem a necessidade de qualquer justificativa para tanto, mas desde que a compra tenha sido realizada fora do estabelecimento comercial. Também é importante mencionar que os valores pagos, caso o direito de arrependimento seja exercido, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados, até mesmo aquelas custas que vieram pelo envio da devolução.

As compras feitas pelo telefone, entre outras, como compras por correspondência, pela TV ou pela internet, são todas inseridas nesse sentido de “fora do estabelecimento comercial”, aliás, é necessário sempre o consumidor consultar com atenção o contrato, pois muitas das vezes os fornecedores acabam retirando a cláusula que permite a execução do direito de arrependimento, se isso acontecer pode sim aplicar a abusividade da mesma.

O direito de arrependimento não é igual à garantia legal, pois esta se denomina quando o produto vem com defeito e não há possibilidade de reparo. Alguns produtos com vício ou defeito possuem prioridade na reparação do dano recebido, segundo o art. 18, parágrafo 3º do CDC:

“Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. **§ 3º** O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1º deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial. ”

Ocorre que o produto é tão essencial e necessário, que se torna indispensável no dia a dia de sua rotina, não podendo ficar sem o mesmo. Contudo, será aplicado a garantia legal ou contratual, quando a mercadoria conter vários defeitos, sendo assim, mostramos que o direito de arrependimento é totalmente necessário nos dias atuais, onde vários juristas abordam a importância da evolução do nosso código regulador do tema em face de beneficiar o consumidor, mesmo abordando que o direito de arrependimento hoje é indispensável, tem que evoluir bastante.

Daniela Corrêa Jacques Brauner, defensora pública do Rio Grande do Sul (2018, junho, Em congresso do instituto Brasilcon), afirma: “A aprovação desses projetos tem sido reivindicada sistematicamente pelas entidades de Defesa do Consumidor e, especialmente, pelo Brasilcon (Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor). No entanto, a mudança da perspectiva de proteção ao consumidor não passa exclusivamente pela análise das alterações propostas no Código de Defesa do Consumidor. A ameaça de edição de Medidas Provisórias para regular setores específicos configura-se em deslegitima

desregulação dos direitos previstos textualmente no Código”. Projetos esses que geraram carência para sua aplicabilidade no âmbito consumerista.

3.1 - PRINCIPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

No campo cível, em razão do princípio da autonomia privada, admite que as partes prevejam a cessação unilateral dos contratos a qualquer momento. O que não se pode admitir é que seja permitida cessação muito tempo após a execução do contrato, sem que haja sido estipulada qualquer indenização. Em todos os casos em que há possibilidade de extinção do contrato em período maior, acompanhado do pagamento de verba indenizatória, estar-se-á diante outra forma de extinção contratual, mas não o arrependimento. Segundo o doutrinador Orlando Gomes (2017, dezembro) o princípio da autonomia privada “significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica”

Se pensarmos de outro modo, estaremos fugindo da natureza jurídica do instituto que foi criado como uma forma de proteção ao consumidor para que este possa se desvincular da aquisição de produtos e serviços adquiridos em situação de vulnerabilidade contratual. Anotadas essas importantes ressalvas, podemos conceituar o direito de arrependimento como forma legal de extinção contratual unilateral, imotivada e sem necessidade de pagamento de verba indenizatória, do qual faz cessar os vínculos dos contratos de forma retroativa.

4.1 - Tempestividade do CDC em relação a compras virtuais

E por fim, trazendo o entendimento também sobre o comércio online, na qual já atingiu praticamente todos os ramos do mercado e o nosso direito não, a cada dia que passa surge novas fontes, novas funcionalidades tecnológicas, novos métodos de avanço econômico consumeristas, não é à toa que nosso código não consegue acompanhar em paralelo com tal movimento, e um deles pode-se dizer que muito bem bolado e planejado, são as compras coletivas.

As compras coletivas realizadas pelos sites, disponibilizam ao cliente várias portas de vantagens na qual uma compra física e presencial não conseguiria ter tanto sucesso. É “ofertado” diversos produtos e serviços numa globalização de estabelecimentos comerciais em conjunto, por exemplo, o peixe Urbano, o Pioneiro no Brasil, o “f-commerce” (compras realizadas direta ou indiretamente pelo *facebook*), M-COMMERCE” (compras realizadas por meio do telefone celular),

entre outros. Entretanto, a realização da compra do produto ou serviço pode estar condicionada a um número mínimo de compradores.

Querendo ou não, essa é só uma das novidades que fazem o direito do consumidor se dirigir para os dias atuais, os sites de compras coletivas, por alto, tem como objetivo promover grandes descontos em vários estabelecimentos comerciais, tenta atingir um grande número de clientes possíveis no mercado. A compras coletivas nada mais é do que um modelo de e-commerce, o objetivo principal é a promoção de grandes descontos nos mais variados estabelecimentos comerciais das cidades. Os sites que oferecem este tipo de serviço, por sua vez, cobram uma porcentagem do valor cobrado das ofertas.

Um dos requisitos a serem cumprido é o número mínimo de clientes a ser atingido é estabelecido, caso essa perspectiva for atingida no tempo estipulado pelo site, a oferta é então ativada e os interessados recebem um ticket virtual, o qual dá ao cliente a liberdade de comprar com desconto na loja desejada. As empresas que já aderiram aos serviços de compras coletivas revelam que os resultados obtidos são melhores do que imaginavam, Além de que o retorno financeiro para os estabelecimentos, o aumento no número de clientes também é significativo. Também é uma boa maneira para divulgar o nome e tornar o empreendimento mais conhecido entre o público, tendo em vista que hoje em dia qualquer notícia circula de forma intensa nas redes virtuais.

Este serviço de compras coletivas é talvez um dos mais conhecidos e acessados no Brasil, gerando assim a necessidade de modernização do direito do consumidor em relação às compras virtuais, não só nesse modelo, mas também em outras modalidades, onde por exemplo, A aplicabilidade do direito de arrependimento contratual perante compras já efetuadas virtualmente, teria impacto econômico e social para os que ainda não relevam tal problema e não tem o certo conhecimento mínimo para utiliza-lo.

CONCLUSÃO

No decorrer de vários anos, especificamente o consumidor, sofre com diversos contratos abusivos dentro de sua rotina no mercado consumerista por várias empresas e demais fornecedores que fazem parte do nosso cotidiano e nem se quer percebemos tal delito. Assim todos aqueles que, em breve análise, parece representar um tema sem relevância diante dos princípios constitucionais e de Direito do Consumidor, acaba que seria muito benéfico aos consumeristas se fossem aplicáveis com mais frequência, visando o alto índice de consumidores vítimas de tais atos.

Quando tratamos de comércio virtual, não podemos negar que trouxe maior comodidade e praticidade aos consumidores, facilitando a aquisição de produtos e serviços, porém nem tudo é mil maravilhas, pois gera-se prejuízos que mexem com milhões de pessoas no país, prejuízos seja eles sociais, jurídicos e econômicos, acentuando assim, a vulnerabilidade do consumidor nessas relações de consumo fora do Estabelecimento Comercial. Em razão desse avanço tecnológico, faz-se necessária atualização no ordenamento jurídico do nosso código, com o intuito de dá um suporte maior ao

consumidor, com uma Legislação específica para garantir maior justiça e segurança às relações de consumo, com direitos e deveres devidamente regulamentados, garantindo que a desistência do contrato não fique prejudicada.

Com isso a responsabilidade civil para este ato tem por finalidade atualmente, o arrependimento da parte lesada, onde quase sempre seria o próprio consumidor, perante a previsão legal do código. Posto isso, para quem sofrer com essa lesão poderá exigir na esfera legal do direito de arrependimento, nos contratos a distância no Comércio, a extinção do contrato, surgindo então, como de fato ocorre, a criação de um ambiente aberto para discussões e dúvidas em relação a tempestividade do CDC, visto que o nosso código por ser tão antigo, acaba não acompanhando estes avanços.

Referências

MACIEL, IGOR; A Proteção Constitucional ao consumidor. Resumo Direito Consumidor. p.1/2. 09.2018.

POR REDAÇÃO; Conheça os Principais direitos do consumidor. Blog Seu Direito. 06.2021

FERNANDES, FABIANNA SIQUEIRA. c/c HERRERA, HELOISA DE OLIVEIRA. Artigo científico, O Direito de Arrependimento do consumidor no Comercio eletrônico. Revista Eletrônica Thesis, São Paulo, n.28, p.1-44, 1º semestre, 2018.

VENTURA, IVAN. O futuro do Código de Defesa do Consumidor. Blog Consumidor moderno. Junho de 2018.

ALVARES, ROBERTA DE OLIVEIRA. O DIREITO DE ARREPENDIMENTO NO COMÉRCIO ELETRÔNICO. Monografia pós graduação Latu senso, Rio de Janeiro, 2015.

JORNAL CONTÁBIL. Economia – compras on-line, conheça o Direito de Arrependimento previsto pelo CDC. Blog Fator Contabilidade. Outubro, 2020.

GOMIDE, ALEXANDRE JUNQUEIRA. Direito de Arrependimento nos contratos. Universidade de Lisboa. Ciências jurídicas, 2009.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS - Apelação Cível: AC 70080003130 RS. Março, 2019.

VIZEU, MÁRCIA. Direito de Arrependimento - o Direito do Consumidor nas Compras pela Internet e em Lojas Físicas. Instituto de Direito Real. Setembro, 2021.

MOREIRA, MÁRCIA DANIELE MENEZES. O direito de arrependimento e a sua suspensão decorrente da Lei 14.010/2020. JUS. Maio, 2021.

ALMEIDA, FELIPE NERI HORWATH. Compras pela internet: conheça os seus direitos. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. JusBrasil. Revista Exame. 2º semestre, 2013.

MARTINS, ELAINE. Como funcionam os sites de compras coletivas e quais cuidados devemos tomar. Blog TecMundo. Outubro, 2010.

GUARDA COMPARTILHADA DE ANIMAIS DOMÉSTICOS E A DISSOLUÇÃO MATRIMONIAL

RHUAM BARBOSA DE SOUSA COSTA:
Bacharelado do Curso de Direito do Centro
Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

ELIAKIM RIBEIRO PESSOA DA SILVA⁵⁹

(coautor)

JOÃO SANTOS DA COSTA⁶⁰

RESUMO: O presente artigo discutiu sobre os limites da tutela jurídica da guarda compartilhada aplicada em relação aos animais domésticos na dissolução matrimonial, assim como o reconhecimento da família multiespécie como instituto familiar do direito de família, no Código Civil de 2002, pois estão presentes os animais domésticos como membros familiares. O estudo em tela analisou a possibilidade de tutela jurídica da guarda compartilhada de animais domésticos quando da dissolução matrimonial. O presente artigo, desenvolvido através de pesquisa bibliográfica do tipo narrativa, colheu informações por meio de leituras, reflexões e compilações de artigos, sites, teses e dissertações. Em suma, nota-se que, sobre o casamento na base de constituição da entidade familiar, mister são os princípios, pois norteiam toda a família e sua base principiológica na atualidade; As formas e princípios que tratam da relação conjugal, implicam em direitos e obrigações a serem cumpridos pelos cônjuges mutuamente em relação aos animais domésticos, ao estabelecerem o matrimônio; Ao praticarem a dissolução do relacionamento, terão efeitos e obrigações na ordem civil, como a adoção de guardas e deveres sobre a subsistência do animal; Os principais objetivos da tutela jurídica na relação conjugal com relação ao animal domésticos é atender o melhor ao animal, considerando o afeto construído durante todo o tempo da relação. Por fim, o presente artigo concluiu que, devido ao crescimento dos casos e à sua complexidade, assim como lacunas no ordenamento jurídico que versem sobre o tema, fazem-se necessárias mais investigações e pesquisas sobre o presente estudo.

Palavras-chave: direito civil, direito de família, animais domésticos, guarda compartilhada, divórcio.

⁵⁹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. *E-mail:* eliakimribeiropeessoa@gmail.com.

⁶⁰ Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. *E-mail:* jscosta429@hotmail.com.

ABSTRACT: This paper discussed the limits of the legal guardianship of shared custody applied in relation to domestic animals at the dissolution of marriage, as well as the recognition of the multi-species family as a family institute of family law in the Civil Code of 2002, since domestic animals are present as family members. The study analyzed the possibility of legal protection of shared custody of domestic animals during the dissolution of marriage. This article, developed through a narrative bibliographic research, gathered information by reading, reflecting on, and compiling articles, websites, theses, and dissertations. In short, it is noted that, about marriage as the basis for the constitution of the family entity, the principles are necessary, because they guide the whole family and its principiological basis today; The forms and principles that deal with the marital relationship, imply rights and obligations to be fulfilled by spouses mutually in relation to domestic animals, when they establish the marriage; When they dissolve the relationship, they will have effects and obligations in the civil order, such as the adoption of guardianship and duties regarding the animal's subsistence; The main goals of the legal guardianship in the marital relationship regarding domestic animals is to provide the best for the animal, considering the affection built during the whole time of the relationship. Finally, this article concluded that, due to the growth of cases and their complexity, as well as gaps in the legal system that deal with the subject, further investigations and research on this study are necessary.

Keywords: civil law, family law, pets, shared custody, divorce.

Sumário: 1.Introdução 2. O casamento na base da constituição da entidade familiar 2.1 A família e sua base principiológica na atualidade 2.1.1 Princípio da solidariedade familiar 2.1.2 Princípio da afetividade 2.1.3 Princípio da proibição do retrocesso social 2.2 As formas e os princípios que regem a relação conjugal regida pelo casamento 2.3 A dissolução do casamento: forma e efeitos na ordem civil 3. A tutela jurídica dos animais domésticos na relação conjugal 3.1 A afetividade na base da relação humana e animal doméstico 3.1.1 Bem-estar animal após a dissolução da relação conjugal 3.1.2 A guarda compartilhada de animais domésticos na dissolução matrimonial: para uma tutela efetiva dos interesses conjugais. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa se volta ao estudo da lacuna deixada pelo Código Civil ao tratar da tutela de animais domésticos após o fim do relacionamento matrimonial. Dessa forma, o estudo visa mostrar a falta de leis específicas que versem sobre tal assunto, pois a sociedade evolui constantemente, e, para que o Direito se mantenha em harmonia com a população, ele deve evoluir concomitantemente, acompanhando tais desenvolvimentos.

O Código Civil ao longo do tempo, buscou atender de forma satisfatória os interesses demandados pela sociedade civil. Nesse sentido, ele visa ampliar o conceito família,

tutelando outros tipos de famílias ou união, que hoje em dia vêm se tornando comum na sociedade, como por exemplo, a união estável e família monoparental.

Alguns princípios, embora não estejam totalmente explícitos nas leis e códigos, tais como princípio da proibição do retrocesso social e o princípio da afetividade, contribuem para que o nosso ordenamento jurídico alcance a demanda jurídica, proporcionando harmonia entre a sociedade e o direito, servindo para o sentimento de justiça da população.

Ocorre que a Família se tornou um instituto mais amplo, fruto de várias gerações constituídas por culturas e formas diferentes, como por exemplo a família multiespecie. Em tal família, os pais, optando por não terem filhos, adotam um animal doméstico tendo por ele afetividade como se seu filho fosse.

A partir do momento em que essa família se dissolve, há a necessidade de tratamento jurídico sobre os efeitos de tal fato. Entretanto, levando em consideração que existe uma lacuna em nosso ordenamento a respeito da tutela jurisdicional de animais após a dissolução de um relacionamento de seus donos, fica totalmente explícito o presente o problema: "Quais os limites da tutela jurídica da guarda compartilhada aplicada em relação aos animais domésticos na dissolução matrimonial?"

Hoje em dia nosso ordenamento jurídico vem se utilizando de outras fontes gerais do direito, relacionadas com matérias sobre a criança e adolescente para tratar desse assunto, porém, ainda faltam leis específicas tipificadas para com isso.

Portanto, o Estado deve se utilizar dos meios garantidores para incluir no ordenamento jurídico leis e outras garantias que tratem sobre tal assunto, de tal forma que o bem-estar do animal, assim como sua guarda, sejam protegidos e tutelados de forma jurisdicional. Uma das soluções a serem buscadas é que, na falta de lei específica, que seja aplicado, por analogia, o Princípio da Afetividade sobre eles.

Justifica-se a realização do presente estudo pelo fato de que há a ausência de tutela jurisdicional que trate de forma particular sobre a respeito da guarda compartilhada de animais domésticos a partir da dissolução matrimonial, dificultando quanto ao seu tratamento e de como fundamentá-lo. Com intuito de agregar sobre o assunto, o presente estudo busca aprofundar o máximo possível sobre as questões que tratem sobre o tema, se valendo de vários instrumentos que auxiliem na sua explanação.

É notória a importância de estarem presentes os animais domésticos no seio familiar, visto que são considerados mais que meros animais não humanos, isto é, companheiros de vida, membros familiares e filhos, assim, resultando como fruto de seu comparecimento, grande relevância social.

2. O CASAMENTO NA BASE DE CONSTITUIÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR

2.1 A família e sua base principiológica na atualidade

Visando adequar-se as mais variadas evoluções sociais aos costumes, assim como as modificações legislativas advindas do fim do século XX, o CC de 2002, incluiu nas suas regulamentações e atualizações, pertinentes aspectos do direito de família baseados pela constituição e seus princípios, como preleciona Gonçalves (2015, p.22).

Portanto, as mudanças que daí decorreram, visam a conservação da base familiar. Os princípios que abrangem o presente instituto, concede um tratamento que condiz com a sociedade, com o intuito de responder às carências reais da prole e relações afetivas em meio às partes, isto é, cônjuges ou companheiros, de tal forma que satisfaça as inclinações relevantes da sociedade.

Os princípios constitucionais quanto ao presente tema, vêm de forma primária e considera-se que são portas de entrada para qualquer leitura interpretativa do direito, de acordo com Dias (2015, p.42). Dessa forma, desfruta de prioridade diante da Lei e são considerados imprescindíveis no que tange ao caráter hermenêutico em todo o ordenamento jurídico.

Na mesma linha de raciocínio, Dias (2015, p.43), complementando com o que foi dito anteriormente, afirma que no direito das famílias é onde se percebe mais fortemente a presença ou os efeitos dos princípios que a Constituição Federal considera como valores sociais imprescindíveis, e que não podem se afastar da presente concepção do instituto familiar, com sua configuração desdobrada em múltiplas ordens.

Em vista disso, tais princípios excepcionais, intrínsecos dos vínculos familiares, são os que devem orientar os vários acontecimentos que tratam de ações familiares e que a elas estejam ligadas de certa forma. Salienta-se que dentre tais princípios, há alguns que se destacam, a saber o da solidariedade e o da afetividade e que, mesmo que alguns deles não sejam positivados de forma expressa, existem fundamentações éticas que possibilitam os exercícios deles no ordenamento.

Nestes termos, ainda de acordo com Dias (2015) quanto aos princípios que tratam dos direitos das famílias, é complicado dar números ou nomes a eles visto que, de acordo com o autor, a quantidade e os nomes mudam, sendo impossível encontrar uma quantidade mínima em que se haja pacificidade. Destaca-se ainda, que tal organização principiológica apresenta-se de forma incompleta ou imperfeita, dependendo dos doutrinadores em que houver se estudado.

2.1.1 Princípio da Solidariedade Familiar

Quanto a este princípio, é possível afirmar que sua origem se dá nas relações afetivas. Dias (2015, p 48), tratando sobre a solidariedade, diz que é o que cada um deve ao outro, ou seja, trata-se dos significados de fraternidade e o que é recíproco, assim firmando o caráter ético que mantém o convívio e as relações que estabelece a base familiar.

Segundo Dias (2015, p.48), a família é uma das técnicas primárias de preservação social que até nos dias de hoje, ainda se estabelece. É possível aproveitar-se da solidariedade no campo da convivência familiar pela Lei, visto que, instante em que há a criação de deveres entre os membros familiares, o Estado retira-se como encarregado de promover todo o conjunto de direitos que são garantidos pela Constituição ao cidadão.

Na linha deste raciocínio, pode-se imaginar que há uma linha gradativa de “responsabilidades” quanto às responsabilidades básicas em relação às crianças e adolescentes, impostas pela Constituição Federal, isto é, em primeiro lugar a responsabilidade é da Família, logo após vem a sociedade e por fim o Estado, assim como é posto no artigo 227, da Constituição Federal. Portanto, de tal princípio advém o dever de assistir os pais aos seus filhos, de acordo com o artigo 229, da Constituição Federal (BRASIL, 2020).

Portanto, o princípio da solidariedade abrange de forma permanente a família, ao ponto que outorga a ela obrigações, visto ser ente coletivo, e as transfere aos seus membros de forma específica.

No que tange a solidariedade, é dito que o presente princípio, além de traduzir a afetividade primordial que mantém unidos os integrantes familiares, também corporifica um tipo exclusivo de responsabilidade social, empregada para o convívio da família (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011).

Em concordância quanto ao que é discutido pelos autores em pauta, é possível perceber que a solidariedade se concretiza através do afeto, do estabelecimento de suas relações, assim como os vínculos de ajuda, reciprocidade, entre outros fatores que ocorrem de maneira espontânea nos convívios sociais. Sendo assim, tal princípio abrange-os como convicções transmutadas em obrigações e direitos impostos para os indivíduos pertencentes a família.

2.1.2 Princípio da afetividade

O presente princípio, mesmo não estando explícito na Constituição Federal, se trata de um princípio implícito no princípio da dignidade da pessoa humana, visto que o afeto está ligado ao amor e a família de forma íntima. De acordo com Tartuce (2012), a afetividade é de especial importância, isto porque ela visa precisar a presença ou não de um vínculo ou núcleo familiar

No que tange à estabilidade dos vínculos socioafetivos, o princípio da afetividade é de grande relevância, visto que trata, em *lato sensu*, das mudanças do direito, assim expondo um tipo simbólico em muitos sentidos do conceito da família que são abrangidos, ou não, pelo ordenamento jurídico positivado, os quais vêm a possibilitar a concretização de um organismo de proteção pelo Estado quanto as organizações familiares, destacando foco no que tange ao afeto e o que isso vem a simbolizar no centro do ambiente familiar

De acordo com os ensinamentos de Dias (2015), pode-se entender que, visando a salvaguarda dos direitos sociais e individuais, o aparelho estatal se encarrega de tratar dos assuntos quanto aos deveres que têm como objeto o cidadão, assim como, no mesmo sentido, a Carta Magna de 1988 estabelece um vasto conjunto direitos individuais, coletivos e sociais com a finalidade de assegurar o abarcamento para todos quanto a Dignidade.

Tratando a respeito da relevância do afeto, Dias (2015, p52) esclarece que existe uma relação entre o direito ao afeto e o direito fundamental à felicidade, visto que ambos estão, de certa forma, ligados. É possível notar a carência de que o Estado atue de forma que venha a ajudar os indivíduos quanto a realização dos seus planos de vida, no que tange aos seus favoritismos ou vontades, pois não é o suficiente somente a inércia de intromissão por parte do Estado. Portanto, necessita-se da criação de meios ou mecanismos de políticas públicas, por meio do Estado, que venham a auxiliar com os anseios de deleitamento dos indivíduos, carregados com recursos de informações no que tange ao que interessa para a coletividade e ao indivíduo de forma específica.

Em conformidade com o que foi posto, é possível compreender de modo simples, entretanto bastante relevante, que, sobre o vínculo entre os indivíduos, um dos fatores que mais torna notório tal relação é justamente o sentimento, mesmo que seja por semelhança, fraternidade, afinidade ou parentesco. Tal entendimento se dá pelo fato de que a origem do Estado provém do instituto familiar que, sem dúvidas, é o núcleo da sociedade, ao ponto que abrange muitos tipos de relações, vínculos e situações, e, independentemente de que não tenha a regularização e positivação legal, o presente princípio faz jus ao tratamento legal por parte do Estado.

2.1.3 Princípio da proibição do retrocesso social

O presente princípio, em conexão ao tema em estudo, determina a igualdade entre cônjuges, filhos e entre as instituições familiares, assim não podendo recair sobre eles barreiras por parte do legislador ordinário. Sendo assim, com a finalidade de concretizar a defesa do instituto da família, a Constituição Federal de 1988, sistematizou preceitos do direito de família, que, de acordo com Dias (2015, p 51), determinam a igualdade dos membros no convívio da prole, assim como a pluralidade dos grupos familiares, os quais fazem jus ao tratamento de forma isonômica entre todos os descendentes ou membros familiares, objetivo do presente princípio. Portanto, é repellido o retrocesso social, visto

que, acontecendo isso, estará em conflito com a própria Constituição Federal, visto que ela estabeleceu progresso social de paridade entre as instituições familiares, com o acolhimento implícito do presente princípio.

De acordo com Dias (2015, p.51), confirmando o que foi exposto no parágrafo anterior, quando tratar-se sobre ordenação ou expressão da igualdade na Constituição, é possível compreender que, sobre os membros paternos, descendentes e mesmo em meio às entidades da família, há, ao mesmo tempo, a prerrogativa constitucional e direito subjetivo. Portanto, não é possível, sobre eles, recair limites ou restrições das leis ordinárias, assim concretizando o denominado princípio do retrocesso social.

Portanto, é notório que texto que integre a Constituição não pode vir a ter sobre si retrocesso que o exponha em posição de maneira inferior juridicamente àquela que antes havia na sua forma de origem, assim indicando declínio ao *status* pré-formador.

À vista disso, significa falar que o presente princípio determina, quanto aos direitos fundamentais, principalmente para os sociais, a permanência no que tange às conquistas já trazidas pela constituição, assim evitando que o Estado altere, seja por simples liberdade ou abuso quanto a execução dos direitos sociais, modificando os direitos sociais, com relação aos direitos que regem os direitos de família, já conquistados. A título de exemplo, podemos falar nos direitos de guarda compartilhada, tipos de divórcios, isonomia entre os institutos das famílias, entre outros tratados mais à frente.

2.2 As formas e os princípios que regem a relação conjugal regida pelo casamento

O casamento é o instituto familiar formado por pessoas humanas, independente do sexo, que merece amparo do Estado, o qual é estabelecido formal e solenemente implicando em uma comunhão de afeto, isto é, comunhão de vida, e proporcionando efeitos no âmbito pessoal, social e patrimonial (ARIAS; ROSENVALD, 2016).

Portanto, quando se fala em relação conjugal por meio do casamento, mister se faz a menção de alguns princípios que são a base de tal instituto. Dessa forma, pode-se frisar a importância do princípio da afetividade, solidariedade familiar, igualdade entre os cônjuges, entre outros.

Ao ponto que há a análise dos princípios, é possível observar a importância do princípio da afetividade, visto que tem sua base na conhecida família eudemonista, isto é, que tem como finalidade a construção e alimentação da felicidade tanto particular quanto coletiva dos seus membros. Dessa forma, sua fundamentação está em garantir o bem-estar entre os membros da prole, assim concedendo auxílio, ajuda, apoio, afeto, entre outros sentimentos.

Quanto ao princípio da solidariedade familiar, sua pertinência é percebida ao ponto que ele decorre dos vínculos afetivos frutos do instituto da família. Dessa forma, cria-se expectativa, quanto a família, de que seus indivíduos sejam solidários uns com os outros, assim evitando que se desfaça o matrimônio. Portanto, a concretização do presente princípio se dá dentro do matrimônio na “plena comunhão de vida”, como aduz o artigo 1.511, do CC/2002.

Outro princípio muito importante é o da igualdade entre os cônjuges, presente na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, §5º. Desse princípio pode-se tirar o entendimento de que os direitos e deveres são praticados de forma igualitária pelas partes, sendo-os do mesmo sexo ou de sexos diferentes. Portanto os cônjuges têm direitos e deveres na mesma proporção no que tange ao casamento e a família, cabendo aos dois promover com o planejamento, sustento e direção da família. No mesmo sentido, praticam, de forma mútua, poderes familiares a respeito dos descendentes, possuindo prerrogativas e obrigações isonômicas.

Frutos de alguns princípios e da ocorrência do casamento, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.566, estabelece algumas obrigações que os cônjuges tem que observar, ou seja, tais deveres cabem às duas partes. Dessa forma, ao realizar o casamento, desde já fazem vigentes a fidelidade recíproca; vida em comum, no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; respeito e consideração mútuos. Dessa forma, cabe não somente a uma parte, mas aos dois cônjuges compartilharem tais deveres.

Os casais que desejam ter filhos têm ainda o dever de sustento, guarda e educação das crianças. Trata-se de um dever primordial para que os filhos tenham qualidade de vida. Essa responsabilidade é de ambos e não apenas de um dos cônjuges.

Observando todas essas obrigações, pode-se destacar, no que tange ao presente estudo, a obrigação do sustento, guarda e educação dos filhos. Dentro de um passado não muito distante, ao terem filhos, um dos cônjuges tinha dirigida sobre si, de maneira desproporcional, uma carga de responsabilidade do cumprimento do presente dever. No entanto, são obrigações que devem ser executadas pelas duas partes do casamento, observando-se que há vários tipos de institutos familiares. Dessa forma, deve-se buscar a concretização do presente dever, visto que estamos numa sociedade que busca a igualdade e aplicação das leis para todos os indivíduos.

Dessa forma, ao terem um filho, ambos os cônjuges têm a obrigação de fornecer, de forma mútua e proporcional, a guarda e educação ao filho, contudo, não deixando que lhe falte o sustento, sempre atentando às necessidades do descendente.

2.3 A dissolução do casamento: forma e efeitos na ordem civil

No mês de dezembro do ano de 1977 foi instituída a Lei nº 6.515, a qual veio a tratar das matérias sobre a dissolução do casamento, os efeitos advindos dela, assim como o procedimento. Com o advento da referida Lei, houve uma nova imposição incidindo no direito de família com a implantação do divórcio como uma das formas do fim do casamento. No presente Código Civil, há a consolidação em artigos próprios da Lei acima mencionada. Desta forma, todo o tratamento no que tange a dissolução do casamento está presente no capítulo X, subtítulo I do título I, do CC/2002.

Portanto, levando em consideração o que foi dito acima, pode-se observar que vários são os tipos de dissolução do casamento, assim como seus efeitos. No que tange aos tipos, de acordo com o artigo 571 do Código Civil de 2002, são eles: por morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial ou pelo divórcio.

No que tange ao critério de morte de um dos cônjuges, previsto no artigo 1571, I, e primeira parte do §1º do CC/2002, instrumento que põe fim a dissolução do casamento, diz-se que é real. De acordo com Gonçalves (2018), ao cônjuge sobrevivente é dada autorização para assumir novo casório, mas desde que respeite, no caso da mulher, um intervalo de tempo de 10 meses após o início da viuvez, presente no artigo 1.523, inciso segundo do CC/2002, assim evitando a *turbatio sanguinis*. Por outro lado, foi incluída pelo CC/2002, a morte presumida do ausente, presente no artigo 1.571, segunda parte do §1º, que se dá quando a própria lei autoriza a abertura de sucessão definitiva, ou seja, sua abertura pode ser pleiteada depois de 10 anos após passada em julgado a sentença que autorizar a abertura da sucessão provisória ou quando se provar que o ausente tenha 80 anos de idade e que em 5 anos tenham notícias dele.

Com relação a *nulidade* ou a *anulação* do casamento, é extinto o vínculo do casamento, rompendo a sociedade conjugal e facultando que ambos os cônjuges possam casar-se outra vez. Quanto nulidade, o artigo 1.521 elenca algumas figuras e impedimentos que torna o casamento nulo. Portanto, o casamento é nulo quando realizado entre os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; os afins em linha reta; o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; o adotado com o filho do adotante; as pessoas casadas; o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra seu consorte. No meio destas causas, o parentesco é um empecilho para a realização do matrimônio, visto que advém da consanguinidade, que é infinito, da afinidade e da adoção. O cônjuge que adentra no casamento possui o parentesco por afinidade do outro cônjuge.

Por outro lado, a respeito da anulabilidade do casamento, o artigo 1.550 expressa alguns impedimentos, os quais ocorrem o casamento é de quem não completou a idade mínima para casar; do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu

representante legal; por vício da vontade, os termos dos artigos: 1.556 a 1.558; do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento; realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges; por incompetência da autoridade celebrante.

Outro meio pelo qual se tem a dissolução matrimonial é pela separação judicial. No artigo 1.517, inciso terceiro do CC/2002 há a contemplação da separação judicial como meio para de extinção da sociedade conjugal, mas não há a dissolução do vínculo conjugal, como se tem no caso da morte e o divórcio. Com o advento da separação judicial, acabam os direitos e obrigações instituídos ao casamento, mas que pode ser restituído em qualquer oportunidade, de acordo com o disposto do artigo 1.577, do CC/2002, assim como na Lei nº6. 515/77, no seu artigo 46. O artigo 1.577 diz que qualquer que seja o motivo da separação e o modo que esta se faça, é cabível legalmente para as partes restituir, e qualquer momento, o casamento, por meio de ato cabível. Quanto aos efeitos práticos, afirma-se que são parecidos com os do divórcio, salvo o da possibilidade de contrair novo casamento, pois naquele é possível restabelecer, diferente de como ocorre aqui, que não é possível.

Por fim, tem-se a causa da dissolução por meio do divórcio. Por meio dele, tem-se a dissolução da sociedade conjugal, assim como do seu vínculo, e possibilita que novo matrimônio possa realizado pelos divorciados. O presente instituto somente pode ser instituído por uma das partes do casamento, ou por ambos, e a sua ocorrência necessita de manifestação de vontade de um dos cônjuges, assim excluindo a decretação via *ope legis*, de acordo com o artigo 1.582, do CC/2002.

No mesmo entendimento do que já foi posto acima, havendo a falta de vínculo entre os cônjuges, visto ser por imposição legal ou anuência das partes, haverá efeitos jurídicos pessoais e sobre o patrimônio, frutos da dissolução matrimonial.

Ocorre que, quando houver a dissolução do matrimônio, não importando em qual das formas acima elencadas for, acarretará várias obrigações e efeitos jurídicos no contexto social, isto é, sobre partilha dos bens, assim como sobre a guarda dos filhos. Veremos mais a respeito da guarda compartilhada, fazendo um paralelo com os animais domésticos, em tópico específico, no Capítulo 3.

3 A TUTELA JURÍDICA DOS ANIMAIS DOMÉSTICOS NA RELAÇÃO CONJUGAL

3.1 A afetividade na base da relação humana e animal doméstico

Quando se fala em animais domésticos e o ser humano, é notória a existência de uma relação entre ambos desde os tempos antigos, que sempre conviveram no mesmo ambiente. Assim como aduz Descartes no séc. XVII, hoje em dia descobre-se características

intrínsecas de cada tipo de animal doméstico que são surpreendentes e magníficas, até mesmo em sua natureza, comprovando sua capacidade de sentir e compreender o que está ao seu redor (SILVA, 2015).

A convivência entre os humanos e animais evoluiu por muitas fases. Desta forma, de acordo com a época, pode-se ver que os animais não eram tidos como seres tão importantes na base da família, por outro lado, nos tempos atuais, eles estão ocupando um grande espaço dentro do seio familiar, de tal forma que são considerados membros da família.

Por mais que existam outros animais inseridos neste meio, quando falamos em animais domésticos logo vem no pensamento cachorro ou gato, pois são os mais comuns e procurados para serem inseridos dentro do lar. Desta forma, através de dados tirados do IBGE em 2016, podemos observar que no Brasil, 44,3% das casas têm ao menos um cão e 17,7%, um gato, (IBGE, 2016). Portanto, está mais do que comprovado que os animais domésticos estão a cada dia ganhando um lugar nos lares brasileiros.

No mesmo sentido, de acordo com a explicação de Lima (2016), pode-se entender que a concepção de que cachorros e gatos, sendo da mesma família, é um fato que não é antigo no Brasil, ou seja, refere-se ao fim do séc. XX, período em que as finalidades de guardar e controlar as pragas, que antes eram direcionadas a esses animais, agora perdem utilidades, em confronto com a função de fazer companhia ao seu dono.

Com o aumento da relação entre homem e animal, o conceito família mais uma vez se modificou, o que tem sido bastante frequente nos últimos anos. Alguns casais optam por não terem filhos, ou mesmo adotarem. Por razões diversas chegam a esse consenso, preferindo assim ter um animal em seu lar para que se sintam completos como entidade familiar, formando assim a família multiespécie. Os animais domésticos introduziram-se no meio da comunhão e proteção familiar, assim sendo tratados como componentes destas e, não excepcionalmente, passando a ser considerados como filhos, visto que já foi comprovado pela ciência que eles são seres afetivos, providos de consciência (PIRES, 2016). Segundo a psicóloga Pettenon, a relação entre os casais e os animais estimulam a bioquímica cerebral: "Há uma liberação de dopamina e serotonina, neurotransmissores associados ao prazer, minimizando ou prevenindo sintomas depressivos" (BIANCHIN, 2019).

3.1.1 Bem-estar animal após a dissolução da relação conjugal

Com o surgimento desse novo modelo de família, ressurgem algumas adversidades que são corriqueiras atualmente, tais como o divórcio e a disputa judicial em busca da guarda, mas nesse caso é a guarda dos animais domésticos, que por sua vez também necessitam de atenção e de bastante cuidado para que tenham seu bem-estar protegidos.

A Lei Federal N° 9.605, de 12 de Fevereiro de 1998, em seu artigo 32, é bem clara ao proibir qualquer tipo de violência aos animais, inclusive aos animais domésticos, que após a dissolução matrimonial e divisão da guarda, merecem todo o cuidado e proteção para que continuem vivendo de maneira saudável, visto que esses animais têm um vínculo muito grande com seus tutores, necessitando da presença e convivência com os mesmo, caso contrário, isto poderá acarretar problemas nocivos à saúde do animal.

Os animais podem ficar depressivos e estranhos após o término da relação de seus tutores, pois não entendem o motivo da separação. É comum que isso ocorra, pois essa mudança está associada ao luto do término pelo animal, isso mostra mais uma vez os sentimentos que esses animais sentem, essas emoções são humanas, porém nos animais tendem a ser ainda mais complexas (LEONARDI, 2017).

De acordo com Sousa (2020), o Código Civil de 2002 pode ser aplicado, em relação à guarda dos filhos, de maneira análoga aos animais domésticos. Saliencia-se que, como o afeto tratado é vivido pelas partes na dissolução, a guarda e as visitas serão determinadas, principalmente com a participação delas, não do animal.

Quando for selecionado o tipo de guarda que melhor irá encaixar ao caso concreto e à realidade do animal, assim como o direito de comunhão das partes, deverá ser levada em consideração o nível de afetividade, condições financeiras e psicológicas dos ex-cônjuges com o animal. Tais critérios referem-se a melhor vivência do animal, assim como aduz Ximenes e Teixeira (2017):

[...] o melhor interesse do animal deve ser observado pelo juiz no caso concreto, analisando as condições de vida, a disponibilidade da pessoa para cuidar do animal, afeição, entre outros fatores. A aplicação desse princípio deve ser baseada em considerar que os animais são seres sensíveis, que possuem sentimentos e retribuem o afeto aos seus donos (XIMENES; TEIXEIRA, 2017, p. 82-83)

Para que o animal tenha um melhor bem-estar, as partes, ainda que separadas por umas das formas de dissolução matrimonial, colaborarão na medida de suas economias, de maneira igual ao artigo 1.703, do CC/2002. Embora a guarda dos animais domésticos não estejam regidos exatamente como o modelo da guarda dos filhos perante as diferenças, os custos de subsistências deverão ocorrer da mesma forma. Dessa forma, é notório que há uma similitude com a pensão alimentícia, visto que os animais, da mesma forma dos filhos, necessitam de zelos com a saúde, alimentação e lazer, assim gerando despesas aos seus donos, como diz Gonçalves (2017).

É notório o quanto esses animais precisam do ser humano em basicamente todos os aspectos da sua vida para que possam estar bem e conviver com seus tutores por um maior

período, alcançando assim uma longevidade maior e um bem-estar elevado. Portanto é necessário que, ao definir a guarda, seja dada a devida importância a esse aspecto que influencia diretamente na saúde do animal e em seu tempo de vida.

3.1.2 A divisão da guarda e suas obrigações

A dissolução do casamento culmina em diversos fatores, como por exemplo, a divisão de bens, guarda e alimentos dos filhos, pensão ao ex-cônjuge caso haja necessidade e, guarda de animais domésticos. Em se tratando deste último caso, é possível observar que independe de onde tenha se originado a obtenção do animal, seja ela advinda de compra, adoção, proveniente de abandono por antigos donos ou que estejam com o casal provisoriamente enquanto não consegue um lar de forma definitiva. Em todas as situações citadas, é necessário que, ao separar-se ou divorciar-se, o casal tenha a responsabilidade de decidirem sobre a guarda do animalzinho doméstico, exercendo, portanto, a guarda responsável.

A guarda de animais é extremamente semelhante à guarda de filhos menores, tendo em vista a importância dos animaizinhos, que muitas vezes são tratados como se filhos fossem, em alguns casos, o único ser vivo que o casal reconhece como filho, seja porque não conseguiram engravidar ou por opção mesmo. Recebem a denominação de filhos de quatro patas, e os membros da família passam a ser pet-(parentesco com animal), por exemplo, pet-avô e pet-avó.

Fato é que os animais, assim como um filho humano, necessitam de cuidados básicos, de médico, de passeios, de procedimentos cirúrgicos, uma boa alimentação, e de amor e carinho por parte dos que lhe cercam, e, assim como filhos humanos, sentem o impacto da separação de seus donos, pois abala toda a estrutura familiar. Em razão da inexistência de lei exclusiva que esclareça questões desse tema, o Projeto de Lei nº 1.365, de 2015, surge com o objetivo de assegurar que seja propiciada ao animal vida digna, saudável, prezando, conjuntamente, pelos direitos de ambos os donos poderem conviver igualmente com o animal.

O supracitado projeto traz três tipos de guarda como opções de escolha dos ex-cônjuges: guarda compartilhada, guarda unilateral e guarda alternada. De acordo com Gonçalves (2016), na guarda compartilhada, apesar de ambos terem direito sobre o animal, é necessário que seja estabelecida uma residência fixa para este, de modo que o animal passará, comumente, 60% do seu tempo nesta e, conseqüentemente, com um dos donos. O outro dono terá direito a 40% do tempo com o animal, seja levando-o a sua residência ou fazendo-lhe visitas, e as despesas serão divididas 50% para cada dono. Nesta modalidade de guarda, todas as decisões sobre o animal terão de serem tomadas de forma conjunta, tendo em vista a guarda ser compartilhada e ambos possuírem livre acesso para convivência.

Diferente disso, na modalidade de guarda unilateral, as visitas deverão acontecer com data e hora previamente marcada, de modo que a parte que não detém da guarda do animal, só poderá dispor 10% de tempo com ele, e nos demais 90% do tempo, o animal ficará com o detentor da guarda unilateral que, para nada precisará da concordância da outra parte, podendo tomar todas as decisões referentes ao animal sozinho. Na guarda unilateral, as despesas não serão divididas em igual modo, tendo em vista que apenas uma das partes possui a guarda do animal, porém nada obsta que a parte que possui apenas o direito à visita, ajude financeiramente.

A terceira e última modalidade de guarda é a guarda alternada. Esta modalidade, em especial, recebe críticas (tanto, que não possui previsão no Projeto de Lei nº 1.365, de 2015) devido ao fato de não existir como modalidade de guarda para filhos menores, sob a justificativa de que mexe com o psicológico da criança e, segundo o entendimento, é uma modalidade que também não deveria existir para divisão de guarda de animais. Isto porque, na guarda alternada, o animal ficaria dias iguais com cada dono, de forma previamente estabelecida, como por exemplo, 15 dias com cada um, de modo que, no período em que estivesse com algum dos donos, este seria financeiramente responsável pelo animal, bem como responsável por todas as decisões da vida deste, sem precisar consultar o outro afim de entrarem em comum acordo. A crítica a esta modalidade consiste na justificativa de que cada dono pode cuidar do animalzinho do seu jeito, provavelmente diferentes um do outro, e essa mudança de rotina do animal, a falta de habitualidade na educação do mesmo, as medicações e alimentação diferentes, podem acabar irritando o animal, afetando seu psicológico, podendo trazer-lhe, inclusive, doenças advindas do estresse e da falta de constância em hábitos comuns da vida cotidiana.

Novidade entre as modalidades tratadas acima, tem-se a guarda unilateral, que é pela qual atribui-se a guarda à apenas uma das partes, ao tempo que atribui ao outro o direito de visitas, de acordo com artigo §1º, artigo 1.583, do Código Civil de 2002. O presente tipo demonstra a privação da criança ou animal da convivência rotineira com uma das partes. Ao instituir a guarda unilateral, serão observados os fatores que possibilitam definir quem proporciona melhores condições para o sustento, sendo imprescindível o afeto da criança ou animal doméstico com a outra parte, devendo esta garantir a saúde e proteção. No entanto, quanto à parte que não obteve o direito a guarda, é dever manter a supervisão aos interesses do filho ou animal doméstico, podendo, quando quiser, pedir informações e prestação de contas, especialmente no que diz respeito a saúde física e mental da criança ou animal, de acordo com o artigo 1.583, do CC/2002. Na mesma linha de entendimento, Sanches (2015), diz que a parte que provar ser o legítimo dono do animal, terá a entrega da guarda. A prova mencionada pelo Autor acima pode se dar de diversas formas, visto que há várias situações em que o animal pode ser adquirido, ou seja, por meio de documento, certidão ou registro. Portanto, visto que as escolhas são feitas especialmente por uma das partes, Gonçalves (2017) entende que é pertinente uma análise com um

especialista que auxilie os custos. Há situações em que seja plausível a aplicação de tal guarda, como, na qualidade de exemplo, quando as partes morarem em cidades diferentes, sendo impossível a aplicação da guarda compartilhada ou alternada, ou se o animal não tiver afeto por uma das partes.

3.2 A guarda compartilhada de animais domésticos na dissolução matrimonial: para uma tutela efetiva dos interesses conjugais.

Como já foi discutido aqui, em algumas famílias os animais domésticos possuem grande espaço no núcleo familiar, grande importância, de modo que são considerados e/ou tratados como filhos, apesar de que, juridicamente, eles são semoventes por analogia, e são qualificados como patrimônio. Fato é que, de tão importantes na vida de uma família, nos casos em que há dissolução da união estável ou do matrimônio, os bichos têm direito a definição de guarda e tutor legal, tendo em vista não poder ser tratado como objeto de partilha como se uma coisa fosse, pois há sentimento de ambas as partes envolvido e, portanto, há necessidade de ser respeitado tanto o direito dos donos, como do animal.

Observa-se entre humano e animal uma relação de afeto tão grande, de modo que pode ser comprovada no caso concreto através de atitudes que, normalmente, se pratica com filho ou alguém que se ama, um integrante da família mesmo. Um exemplo claro é quando o animal fica doente, onde é possível observar famílias se mobilizando financeiramente ou mesmo quando não possuem recursos financeiros, fazendo campanhas em redes sociais, tudo em prol do bem-estar do animal, fazendo de tudo pra salvar a vida dele, mesmo ciente de que ele não trará nenhum retorno financeiro, é um esforço baseado exclusivamente no medo de perdê-lo, baseado no afeto que sente pelo animal.

Tendo em vista isso, observou-se não ser justo que, diante da separação de um casal, seja proporcionado a apenas uma das partes o direito de conviver com o animal, pois ambos possuem amor pelo mesmo e uma das partes seria lesada. Diante dessas questões, chegou-se à conclusão de que o tipo de guarda que melhor atende aos interesses tanto do animal como dos donos é a guarda compartilhada, pois nela é possível que o animal conviva com ambos os donos que, por serem obrigados a decidir conjuntamente sobre as questões relacionadas ao bichinho, até diminuem o risco de vida dele, tendo em vista que a alimentação será a mesma e os cuidados médicos também, entre outras questões.

Reiterando o que já foi previamente discutido, é característico desse tipo de guarda que as decisões sejam combinadas com antecedência, diferente da modalidade alternada, onde cada um toma as decisões sozinho no período em que o animal está em sua companhia. Na guarda compartilhada tudo é compartilhado, tanto a convivência como as decisões e os gastos financeiros, proporcionando assim uma melhor qualidade de vida ao animal.

4 CONCLUSÃO

O presente estudo observou a lacuna deixada pelo Direito em relação a guarda de animais domésticos, pois é notória a falta leis específicas que versem sobre tal assunto, que tem se tornado frequente nos dias atuais, mostrando o quão é importante a relação entre o animal doméstico e o ser humano.

Porém, é de grande importância salientar que, apesar da falta desses elementos, o instituto da analogia vem sendo utilizada como forma de suprir tal lacuna. Mas, para que o Direito cumpra seu papel e acompanhe de forma eficaz a evolução e os avanços da sociedade, é necessário a criação de legislação específica sobre este tema.

A temática mostra grande relevância ao tratar de um assunto moderno e que vem se tornando corriqueiro nos dias atuais, pois mostra a evolução do conceito família e como isso vem mudando a cada dia, expondo a evolução da espécie, observando a benéfica presença dos animais domésticos no ceio familiar e mostrando a importância do Direito na resolução de conflitos.

Tal pesquisa tem alguns limites impostos pelo próprio assunto, pois é um tema bastante atual e faltam doutrinas para maior aprofundamento. Porém, é válida a busca por um assunto que vem se tornado frequente e que necessita de uma resolução.

O tema abordado é de grande importância para o avanço científico na sociedade e fomenta a busca por uma solução que venha suprir a necessidade de inúmeros casais ao terem seu matrimônio dissolvido, optam por ir a justiça em busca de uma resposta para com a guarda de seu animal de estimação.

Este estudo se mostra bastante significativo e pertinente, pois versa sobre a presença dos animais no ceio familiar e sua importante relação com os seres humanos, observando os cuidados necessários para com a saúde animal e como eles devem ser bem tratados e protegidos, pois assim como o bem-estar humano é respeitado após o fim da relação matrimonial, o bem estar animal na guarda compartilhada também é importante, e com leis específicas, tal assunto poderá ser resolvido de uma maneira eficaz.

REFERÊNCIAS

ARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 6, p. 648.

BIANCHIN, Victor. **"Peternidade" só cresce, e mercado dos filhinhos peludos não conhece recessão**. [S. l.]: UOL, 11 out. 2019. Disponível em: <https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2019/10/11/a-revolucao-dos-pais-dos-bichos-economia-vai-mal-menos-para-os-pets.htm>. Acesso em: 13 out. 2021.

BRASIL. IBGE. **No Brasil, 44,3% dos domicílios possuem pelo menos um cachorro e 17,7%, um gato.** Estado de Minas, Minas Gerais. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2016/07/28/interna_nacional,788614/no-brasil-44-3-dos-domicilios-possuem-pelo-menos-um-cachorro-e-17-7.shtml Acesso em: 13 out. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

_____, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

_____, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

_____, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

_____, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, v. III: responsabilidade civil.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

GONÇALVES, Aline. **Divisão da guarda de animais é alternativa moderna. O Tempo,** Pampulha, Amor Dividido, 30 set. 2017. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/pampulha/divis%C3%A3o-de-guarda-de-animais-%C3%A9-alternativa-moderna1.1525841>. Acesso em: 10 out. 2021.

_____, Aline. **Divisão da guarda de animais é alternativa moderna. O Tempo,** Pampulha, Amor Dividido, 30 set. 2017. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/pampulha/divis%C3%A3o-de-guarda-de-animais-%C3%A9-alternativa-moderna1.1525841>. Acesso em: 12 out. 2021.

_____, GONÇALVES, Aline. **Divisão da guarda de animais é alternativa moderna. O Tempo,** Pampulha, Amor Dividido, 30 set. 2017. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/pampulha/divis%C3%A3o-de-guarda-de-animais-%C3%A9-alternativa-moderna1.1525841>. Acesso em: 12 out. 2021.

GONCALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** 12 ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2015.

LEONARDI, Ana. **É verdade que cachorros sofrem quando os donos se separam?:** Com frequência, eles agem de forma estranha depois do término. Mas, para especialistas, a reação é mais complexa que o simples luto pelo relacionamento. [S. /]: abril, 16 mar. 2017. Disponível em: <https://super.abril.com.br/comportamento/e-verdade-que-cachorros-sofrem-quando-os-donos-se-separam/>. Acesso em: 15 out. 2021.

LIMA, Maria Helena Costa Carvalho de Araújo. **Considerações sobre a família multiespécie**. Pernambuco. Tese de Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFPE. 2016 Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/29552/1/TESE%20Maria%20Helena%20Costa%20Carvalho%20de%20Ara%3%BAjo%20Lima.pdf>. Acesso em: 14 out. 2021.

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

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed. rev. aum. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed. rev. aum. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MIGLIAVACCA, Carolina Moares; KELLERMANN, Larissa Florentino. **A GUARDA COMPARTILHADA DOS ANIMAIS DOMÉSTICOS A PARTIR DA DISSOLUÇÃO MATRIMONIAL: ESTUDO DE CASO**. [S. l.], 27 maio 2019. Disponível em: <https://www.rkladvocacia.com/guarda-compartilhada-dos-animais-domesticos-partir-da-dissolucao-matrimonial-estudo-de-caso/>. Acesso em: 15 out. 2021.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA CASA CIVIL. Lei nº N° 9.605, de 13 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências: DOS CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE**, [S. l.], 13 fev. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 15 out. 2021.

SANCHES, Michelle. **Guarda compartilhada de animais no divórcio**. Jusbrasil, 2015. Disponível em: <https://misanches.jusbrasil.com.br/artigos/221509530/guarda-compartilhada-deanimais-no-divorcio>. Acesso em: 14 out. 2021.

SILVA, Camilo Henrique. **Animais, divórcio e consequências jurídicas**. INTERthesis, Florianópolis, v.12, n.1, p.102-116, Jan-Jun. 2015.

SOUSA, José Franklin de. **Direito Animal**. [S. l.: s. n.], 2020. *E-book*.

TARTUCE, F. **O Princípio da Afetividade no Direito de Família**. In *Revista Consulex* nº 378, 2012. Disponível em: www.flavioartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/201211141217320.ARTIGO_AFETIVIDAD_E_CONSULEX.doc. > Acesso em: 28 out. 2021.

XIMENES, Luara Ranessa Braga; TEIXEIRA, Osvânia Pinto Lima. **Família multiespécie: o reconhecimento de uma nova entidade familiar**. *Revista Homem, Espaço e Tempo*, v. 11, n. 1, 2017. Disponível em: <https://rhet.uvanet.br/index.php/rhet/article/view/249>. Acesso em: 15 out. 2021.

O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO: ANÁLISE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

RAPHAEL PEREIRA DE OLIVEIRA.

Graduando em Direito na Universidade de Gurupi – Unirg.

FERNANDO PALMA PIMENTA FURLAN

(orientador)

Resumo: Este artigo tem como análise o instituto da prescrição, definida como a perda da pretensão, ou seja, a extinção do direito da ação por inércia do titular, diferente dos demais institutos que versam sobre a perda do direito de agir no ordenamento, na qual se perde o próprio direito. Observaremos também as modalidades e prazos prescricionais definidas no Código Civil Brasileiro, além de trazer algumas definições dadas por diversos doutrinadores sobre o assunto. Verificaremos também casos onde a prescrição pode ser suspensão ou interrompida e seus requisitos fundamentais, matéria de divergência entre doutrinadores.

PALAVRAS- CHAVE: Prescrição, prazos, suspensão e interrupção.

Abstract This article analyzes the statute of prescription, defined as the loss of claim, that is, the extinction of the right of action due to the inertia of the holder, differently from other institutes that deal with the loss of the right to act the legal system, in which the right itself is lost. We will also observe the modalities and prescriptive deadlines defined in the Brazilian Civil Code, in addition to bringing some definitions given by various scholars on the subject. We will also check cases where the prescription can be suspended or interrupted and its fundamental requirements, a matter of divergence between indoctrinators.

KEYWORDS: Prescription, Deadlines, suspension and interruption.

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceito. 3. Requisitos Fundamentais. 4. Institutos da Prescrição. 5. Segurança Jurídica. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo possui o intuito de analisar o instituto jurídico da prescrição regulado pelo Código Civil de 2002. Para melhor compreensão, este artigo foi dividido em sete partes, sendo que a primeira possui o intuito de estabelecer o conceito de pretensão e prescrição, em seguida os tipos, os requisitos, as pretensões intercorrentes e imprescritíveis, as causas que impedem ou suspendem, as causas que interrompem a prescrição e, por fim, os prazos prescricionais. Procurando de maneira didática e de fácil

compreensão explicar o assunto em tela, onde cada etapa tem sua importância, neste caso, cada tópico. Salienta-se, também, a importância do assunto, pois os prazos são de extrema importância para que o titular não tenha seu direito preterido. Fazendo uso de uma abordagem metodológica dedutiva, por meio de pesquisas bibliográficas, o presente trabalho busca discutir e analisar a prescrição, assim como suas nuances. Ademais, a despeito das divergências concernentes ao tema, faz-se imperiosa uma padronização do entendimento jurídico mais correto, no sentido de evitar inseguranças para os envolvidos.

2 CONCEITO

O conceito de pretensão é a possibilidade que tem o titular do direito subjetivo de entrar, sob a proteção da ordem jurídica que outrem, positiva ou negativamente, satisfaça seu interesse legítimo, econômico ou moral.

Conforme Carlos Roberto Gonçalves (2015 p. 414) "A pretensão é revelada, portanto, como um poder de exigir de outrem uma ação ou omissão". Ou seja, o conceito de pretensão pode ser afirmado como um meio pelo qual um titular pode requerer o seu direito, o qual foi violado por outrem, em uma ação ou omissão. Porém, ao mesmo tempo em que nasce a pretensão, surge o instituto da prescrição, que é o limite de tempo máximo que o titular tem para fixar a ação.

O conceito de prescrição é revelado como a perda da pretensão do titular de um direito que não o exerceu em um período de tempo. Ou seja, a prescrição é a extinção da proteção jurídica que o titular tem de fixar a ação.

Em concordância com Pontes de Miranda: "A prescrição seria um exceção que alguém tem contra o que não exerceu, durante um lapso de tempo fixado em norma, sua pretensão ou ação." O conceito de prescrição é a perda da pretensão, ou seja, extinção da proteção jurídica relativa ao direito de ação pela não busca do titular de procurar reparar o seu direito violado.

A prescrição repudia a inação da qual está o titular do direito, incentivando o mesmo a tomar as providências cabíveis para o exercício do direito legal. Assim, a lei estipula prazos que devem ser seguidos pelo titular onde, não seguindo esses prazos, ele será impedido de ajuizar a ação do direito que foi violado. O intuito da prescrição é dar tranquilidade e assegurar a proteção, a fim de evitar instabilidades nas relações sociais. Com isso, pode-se afirmar que ela atua diretamente sobre a pretensão, já que não existe direito que não prescreve. Vale dizer que a prescrição não irá extinguir o direito em si, porque isso se trata de outro instituto, a decadência, mas o atingirá indiretamente.

Parte da doutrina aponta que há dois tipos de prescrição, considerando que há dois tipos de natureza: A extintiva e a aquisitiva. A seguir discorreremos sobre cada uma delas.

A Extintiva é a modalidade mais comum no ordenamento jurídico e diz respeito à perda do direito subjetivo de levar a juízo sua pretensão, motivo pelo qual leva o nome de extintiva, vez que acarreta na extinção da pretensão mencionada pelo Código Civil regulada pelos artigos 189 ao 206.

A prescrição extintiva, segundo Delgado (2008, p. 250), "é a perda da ação (no sentido material) de um direito em virtude do esgotamento do prazo para seu exercício".

Ocorre salientar que essa modalidade de prescrição não pode ser reconhecida de ofício pelo juiz, pois é uma matéria exclusiva de arguição pela defesa, devendo ser arguida na primeira oportunidade que o réu tenha de se manifestar no processo, para que a matéria seja caracterizada como pré-questionada em juízo.

Já a Aquisitiva Refere-se ao direito à usucapião, que se consolida com o decurso de tempo. Com isso, devemos observar que esse direito aquisitivo corresponde, por outro lado, à perda do direito do proprietário, adotando, deste modo, um caráter extintivo quanto ao lado oposto da relação jurídica, ou seja, é uma prescrição exclusiva do direito das coisas, sejam móveis ou imóveis. Regulamentado nos artigos 1.238 ao 1.244 do Cód. Civil.

O doutrinador, Caio Mário da Silva Pereira, discorre sobre a prescrição aquisitiva ou usucapião como "a aquisição de propriedade ou outro direito real pelo decurso de prazo estabelecido e com observância dos requisitos instruídos em lei" (Instituições..., 2004, v. IV, p.138).

3. REQUISITOS FUNDAMENTAIS

Sobre os requisitos fundamentais da prescrição, pode observar-se que alguns autores divergem em relação ao que é observado sobre os requisitos. Como podemos verificar com os doutrinadores a seguir. Para Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 514), após o surgimento do vigente Código Civil de 2002, seriam três os requisitos a serem preenchidos:

- A violação de um direito, fazendo, com isso, nascer uma pretensão: o titular por ação ou omissão de outrem, tem o seu direito violado, com isso nasce o direito de exigir o cumprimento do seu direito, judicialmente.
- A inércia do titular: o titular permanecer com o direito violado e não procurando solucionar o mesmo.

- Decurso do tempo fixado em lei: segue os artigos 205 e 206, os quais estabelecem os prazos que o titular tem para ingressar com uma ação.

Na metodologia de Câmara Leal (1978, p. 11-12 apud DINIZ, 2012, p. 434), além dos requisitos estipulados pelo doutrinador acima ele menciona mais um requisito: Ausência de um fato ou ato que a lei que a lei confere eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do curso prescricional, sendo este seu fator neutralizante.

O conceito de prescrição intercorrente é aquele que quando o autor já tem uma ação iniciada, porém, por inércia do mesmo, de forma ininterrupta e continuada, em decorrência do intervalo de tempo, perde o direito da ação no curso do processo, pela não realização dos atos necessários para seu prosseguimento e assim a paralisação foi superior ao previsto em lei. Segundo a qual o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luís Felipe Salomão, “ocorre no curso do processo e em razão da conduta do autor que, ao não prosseguir com o andamento regular ao feito, se queda inerte, deixando de atuar para que a demanda caminhe em direção ao fim colimado” (STJ REsp 1620919/PR, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/11/2016.).

Inclusive, recentemente, por meio da Lei n.º 14.195/2021, sancionada em 26/08/2021, a prescrição intercorrente passou a ser definida expressamente no Código Civil, por meio do artigo 206-A, a qual regulamenta que “a prescrição intercorrente observará o mesmo prazo de prescrição da pretensão”.

A pergunta é: “Existem pretensões que não prescrevem?” Bem, segundo Carlos Roberto Gonçalves, “A pretensão é deduzida em juízo por meio da ação. À primeira vista, tem-se a impressão de que não há pretensões imprescritíveis. Entretanto, a doutrina aponta várias pretensões imprescritíveis”. Assim, não prescrevem:

- A) As que defendem os direitos da personalidade, como o direito à vida, à honra, à liberdade, à integridade física ou moral, à imagem, ao nome, às obras literárias, artísticas ou científicas, etc.;
- B) As que se ligam ao estado das pessoas (estado de filiação, a qualidade de cidadania, a condição conjugal). Não prescrevem, assim, as ações de separação judicial, de interdição, de investigação de paternidade, etc.;
- C) As de exercício facultativa, em que não existe direito violado, como as destinadas a extinguir o condomínio (CC, art. 1.320), a de pedir meação no muro vizinho (CC, arts. 1.297 e 1.327) etc.;
- D) As pertencentes a bens públicos de qualquer natureza;

E) As que protegem o direito de propriedade, que é perpétuo;

F) As pretensões de reaver bens confiados à guarda de outrem, a título de depósito, penhor ou mandato. O depositário, o credor pignoratício e o mandatário, não tendo posse com ânimo de dono, não podem alegar usucapião;

G) As destinadas a anular inscrição do nome empresarial feita com violação de lei ou do contrato (CC, art. 1.167).

Os casos acima citados pela doutrina abordam as pretensões imprescritíveis por se tratarem de direitos personalíssimos, direitos que definem o estado das pessoas, de exercício facultativa, as pretensões que pertencem a bens públicos de qualquer natureza, as que protegem o direito de propriedade, as pretensões de reaver bens confiados à guarda de outrem, título de depósito, penhor ou mandato e as presentes no artigo 1.167 do Código Civil. Todos esses direitos citados não se extinguem em um lapso temporal, sendo assim imprescritíveis.

4. INSTITUTOS AFINS DA PRESCRIÇÃO

Existem três institutos, que também sofrem com a influência do lapso temporal, por isso a afinidade com a prescrição: Preclusão: No decorrer do processo a falta de manifestação no momento devido gera a perda do direito de agir nos autos da ação. (art. 209, parágrafo 2).

Para o doutrinador Luiz Machado Guimarães: "instituto da preclusão é um expediente técnico, que se exaure no mesmo processo em que ocorreu, e "de que se vale o legislador, visando assegurar uma seqüência ordenada e lógica das etapas procedimentais, e para resguardar a economia e a boa-fé processuais." Perempção: Caso o autor da ação deixa ocorrer três vezes a preclusão ele perde o direito de ação. (art. 268 do CPC)

Ensina Fredie Didier Junior:

"Dá-se a perempção quando o autor der causa por três vezes à extinção do processo por abandono, e somente nesta hipótese (art. 267, III, c/c o art. 268, parágrafo único, todos do CPC). Assim, proposta a mesma demanda pela quarta vez, é caso de extinção do processo em razão da perempção. O que perime, porém, não é o direito abstrato de ação, muito menos o direito material pleiteado. Perde o autor o direito de demandar sobre aquela mesma situação substancial; perde o direito de levar aquele litígio ao Poder Judiciário, até mesmo pela via da reconvenção. A pretensão material do autor resta incólume: ele poderá deduzi-la como matéria de defesa, como exceção substancial

(compensação, por exemplo), caso venha a ser demandado. A perempção é uma sanção que se aplica à prática de um ato ilícito, consistente em um abuso do direito de demandar. Trata-se de ato ilícito (o abuso de direito é um ato ilícito) que tem por sanção a perda de um direito. O abandono da causa por três vezes é, pois, um ilícito caducificante.” DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010. pág. 558.

Decadência: Consiste na perda do direito potestativo pela inércia do titular. (arts. 207 ao 211) Maria Helena Diniz, em seu Curso de Direito Civil Brasileiro, dá o conceito de decadência:

“A decadência extingue o direito e indiretamente a ação, (...) o prazo decadencial é estabelecido por lei ou vontade unilateral ou bilateral, (...) a decadência corre contra todos...” (Curso de Direito Civil Brasileiro, pag. 364, 2003)

“Portanto, observa-se que tais institutos possuem várias semelhanças com a prescrição e conhece-los é fundamental para saber com agir processualmente em cada situação”.

Estão previstas no artigo 205 do Código Civil. A prescrição ocorre em dez anos quando não fixado prazo menor na lei. O Art. 205 do Código Civil tem aplicação subsidiária, pois ele prevê um prazo de prescrição geral de 10 (dez) anos que somente será aplicado quando não houver nenhum outro prazo menor. Por isso, se não estiver fixado na lei um prazo menor, será este de 10 (dez) anos, também conhecida como Prescricional Decenal.

O artigo 206 contempla várias ações judiciais e fixa-lhes um prazo diferente de prescrição, que começa de um e vai até cinco anos, atribuído a muitas ações. Prescreve no prazo de um ano para pretensão dos fornecedores ou hospedeiros de provisões alimentícias no próprio estabelecimento, para o pagamento da hospedagem ou dos alimentos. Prescreve em dois anos a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem. Prescreve no prazo de três anos a pretensão relativa a aluguéis de prédios urbanos ou rústicos (CC, art.206, I). Prescreve em quatro anos a pretensão relativa à tutela, a contar da data da aprovação das contas. Por fim, prescreve em cinco anos a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular (CC, art.206, I).

A prescrição pode ser impedida ou suspensa por diversas razões, presentes no Código Civil. Segundo a Doutrinadora Maria Helena, as causas que impedem a prescrição são as circunstâncias as quais não deixam que seu curso tenha início e, as suspensivas, são

as que paralisam temporariamente seu curso. Após a suspensão, o tempo para a prescrição volta a contar de onde havia parado. Estão elencados nos artigos 197, I a III, 198, I e 199, I e II, todos, do Código Civil Brasileiro que estabelecem as causas de impedimentos da prescrição.

Para Maria Helena as causas impeditivas da prescrição fundam-se no: “atendendo razões de confiança, individual ou familiar, amizade e motivos de ordem moral e status da pessoa”. As causas impeditivas e suspensivas da prescrição previstas no artigo 197 do Código Civil são de ordem moral, pois são baseadas no parentesco, no dever de cuidado; na afeição; nas relações de afetividade; na confiança, entre outros. Para preservar a harmonia existente nas relações, entre os cônjuges; entre pais e filhos; tutores e tutelados e curadores e curatelados, os legisladores decidiram que entre essas pessoas não ocorre a prescrição.

Também devemos salientar que as causas previstas no artigo 197 podem ser tanto Impeditivas quanto suspensivas. O que diferencia as duas é que na hipótese de ocorrer uma das causas previstas no artigo 197, antes de começar a correr a prescrição, a causa será de impedimento.

Mas, se ocorreu uma das causas previstas no artigo 197, após já ter começado a correr o prazo de prescrição, a causa será de suspensão.

Não ocorre a prescrição entre cônjuges, na qualidade da sociedade conjugal. Também não ocorre a prescrição para os conviventes em união estável, pois também nessa relação se pretende preservar o laço afetivo entre os conviventes (CC art. 197, I). A sociedade conjugal termina pelas causas previstas no artigo 1.571 do Código Civil, quando assim cessará a causa que interrompeu ou suspendeu a prescrição.

Também não ocorre prescrição entre ascendentes e descendentes durante o poder familiar. Durante esse poder familiar não corre a prescrição entre pais e filhos também com os mesmos objetivos de preservar os vínculos afetivos das relações familiares (CC art. 197, II). Esse Poder Familiar persiste até os 18 anos de idade, quando, então, a pessoa adquire sua capacidade civil. No entanto, pode ocorrer a perda ou a suspensão do Poder Familiar por decisão judicial antes de a pessoa completar 18 anos de idade. Pode ocorrer também a perda do Poder Familiar por emancipação desta pessoa.

Da mesma forma não ocorre a prescrição entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela. Os legisladores prezaram por preservar esse vínculo afetivo das relações familiares e, também não corre a prescrições entres tutores e tutelados; curadores e curatelados. As causas previstas no artigo 198 baseiam-se na condição especial que se encontra o titular do direito, são elas: por ser absolutamente incapaz; por estar ausente do país a serviço do Estado; por estar servindo nas Forças

Armadas em tempo de guerra. Para essas pessoas que estão relacionadas no artigo 198 o que faz que não corra prescrição para ela é essa condição em que ela se encontra. Pendendo condição suspensiva, não se terá um direito violado, pois assim como está elencado no artigo 125 do Código Civil enquanto estiver pendente uma condição suspensiva não se terá adquirido o direito que ela visa (CC art. 199, I). De igual forma como ocorre na condição suspensiva, enquanto não vencido o prazo, o direito também não foi violado (CC art. 199, II). Não corre igualmente a prescrição, pendendo ação de evicção. Essa ação de evicção está elencada no artigo 447 e seguintes do Código Civil e elenca quando uma pessoa adquire ou perde a posse ou a propriedade desse bem por decisão judicial para um terceiro (CC, art. 199, III).

O artigo 200 do Código Civil trata de casos em que o desenvolvimento da ação civil depende de um fato ou de fatos que estão sendo apurados no juízo criminal, o que impede que ocorra a prescrição. Muitas vezes, um mesmo evento pode gerar uma ação no juízo criminal e uma ação no juízo civil.

A suspensão da prescrição é um benefício personalíssimo, porque somente a pessoa que foi beneficiada pela lei com a suspensão da prescrição pode recorrer a esse benefício a seu favor, conhecido como o Princípio da Intangibilidade da Suspensão (CC art. 201).

As causas de interrupção da prescrição estão dispostas no artigo 202 do Código Civil. Ocorrem quando a pessoa realiza atos previstos na lei com a intenção de exercer o seu direito e não está sendo negligente. Neste caso, o prazo de prescrição se interrompe e reinicia-se o prazo. Assim, o efeito da interrupção da prescrição é instantâneo. A interrupção da prescrição ocorre quando o devedor reconhece o direito do credor.

Segundo o parágrafo único do artigo 202 do Código Civil, a prescrição recomeça a correr da data do ato que a interrompeu ou do último ato do processo que tornou certo o direito do credor, cobrar a dívida. A interrupção da prescrição ocorrerá apenas uma vez, porque o seu objetivo é trazer segurança jurídica, sendo assim, impedem que as dívidas sejam eternas.

A interrupção dar-se-á:

“Por despacho do juiz mesmo que incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo na forma da lei processual; Por protesto, nas condições do inciso antecedente; Por protesto cambial; Pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores; Por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; Por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor. Parágrafo único: A prescrição interrompida recomeça a correr da data

do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para interrompê-la". (Código Civil, 2002, art. 202)

A prescrição poderá ser interrompida por qualquer das partes. O Sindicato, por exemplo, pode interromper a prescrição em desfavor do empregador. Por meio de ação civil pública, o Ministério Público poderá interromper em favor do segurado do INSS e outros; A companheira poderá alegar os direitos de seu companheiro falecido, em relação ao seu empregador; O Credor daquele de quem corre a prescrição (credor do credor), porque se a prescrição se consumir, poderá não receber o seu crédito. Estes são os terceiros interessados que poderão interromper a prescrição.

Operada por credor, se houver mais de um. Neste caso será realizada por apenas um credor a interrupção da prescrição, os demais poderão ser atingidos pela interrupção, sendo credores solidários ou não Credores (não solidários): Os efeitos da prescrição são pessoais, por esse motivo a interrupção da prescrição somente aproveitará aquele que interrompeu a prescrição (não aproveitará aos demais credores), Devedores (não solidários): interrupção a prescrição prejudicará apenas aquele devedor contra o qual foi pedida a interrupção da prescrição (os demais devedores e seus herdeiros não serão prejudicados por tal ação), Credores solidários: Na solidariedade ativa, a interrupção será aproveitada por todos os credores, mesmo aqueles que não manifestaram a interrupção da prescrição, com alcance graças aos aspectos solidários que está disposto no art. 204 do Código Civil Brasileiro e Devedores solidários: A interrupção da prescrição atingirá os devedores e seus herdeiros. Na solidariedade passiva, havendo a interrupção da prescrição para um codevedor, a interrupção atingirá todos os devedores solidários e, como consequência, também os seus herdeiros.

5. SEGURANÇA JURÍDICA

A prescrição é de suma importância também para as relações jurídicas. Ao estabelecer prazos para que se ingresse com a ação, o legislador buscou trazer segurança jurídica. O brasileiro comumente possui a fama de deixar suas responsabilidades para o último minuto, sem a existência da prescrição seria o caos perfeito, pois não haveria prazo para se ingressar com uma ação e, assim, ninguém buscaria solucionar o seu direito ferido, também é uma segurança para o judiciário, pois não haveria acúmulo de processos, cada um teria seu período próprio para exercer seu direito.

"(...) o exercício de um direito não pode ficar pendente indefinidamente. Deve ser exercido pelo titular dentro de determinado prazo. Não ocorrendo isso, perde o titular a prerrogativa de fazer valer seu direito". (Sílvio de Salvo Venosa, 2005, p. 611)

Entende-se que o tempo é uma ocorrência natural para todos e uma das maiores influências jurídicas, nas palavras do doutrinador Caio Mário: "O tempo domina o homem." A prescrição se torna uma importante ferramenta, que auxilia na garantia da segurança jurídica, uma vez em que cria e extingue o direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos observar que a 'prescrição é um instituto de suma importância para o Direito brasileiro, já que ele vem para incentivar o prejudicado a buscar seu direito, no prazo legal, auxiliar a justiça com as demandas sociais, proteger as relações sociais, não as deixando se tornarem caóticas e, claro, tornar efetiva a Segurança Jurídica ao cidadão.

Essa norma se alicerça na Segurança Jurídica, tendo como objetivo, dar um encerramento às demandas nela embasadas, com o finco de não se eternizarem litígios transformando-os em buscas incansáveis.

Essa Segurança Jurídica traz também certezas e objetividade necessárias, por se tratar de assuntos complexos, principalmente na esfera econômica financeira, envolvendo pessoas naturais e jurídicas, cada qual ponderando seus direitos a serem interpretados conforme as normas e suas esferas hierárquicas.

Concluimos que a prescrição, seja qual for a sua espécie, tem o objetivo de situar o processo em um espaço de tempo, para que em algum momento ele seja finalizado, neste sentido, cabe a máxima latina: "*dormientibus non succurrit ius*" (**o direito não socorre aos que dormem**).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVARO, Carlos Alberto de Oliveira. **Do formalismo no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003

BRASIL. *Código Civil: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Brasília, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: teoria geral do Direito Civil. V. 1. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral**. 10 ed. — São Paulo: Saraiva, 2012.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas**. V. 4. 7. ed. São Paulo: Forense, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. V. 1. 30. ed. São Paulo: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das coisas**. V. 4 9. ed. São Paulo: Forense, 2017

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. V. 1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA EFETIVAÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL A LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

LOUIS LAYNE FLORÊNCIO PINHEIRO:

Graduando em Direito pela Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO.

RESUMO: O presente artigo visa analisar os direitos do apenado na Instituição Prisional, pois desde dos primórdios da história criou-se com o intuito de reprimir aqueles que cometeram uma conduta contrária à norma, criada naquele contexto de tempo para regular o convívio em sociedade e aquele que não obedecesse deveria ser castigado, assim surgia o grande problema que até hoje se vivencia, porém com menos intensidade, onde o homem que delinque ao cometer tal prática ilícita, é mal visto pela sociedade e logo trancafiado em um sistema prisional, onde seus direitos inerentes de ser humano simplesmente não são respeitados pelo estado, apesar que no decorrer da história muitos institutos foram criados para proteger esses direitos, e muitas práticas desumanas foram sendo minimizadas, ainda é gritante o estado das coisas inconstitucionais no sistema carcerário, não olvidemos que tal proteção está amparada no contexto internacional, e também no ordenamento jurídico interno, sendo esta por sua vez, a base do ordenamento jurídico brasileiro a Constituição Federal de 1988, sendo o parâmetro para que o estado se estabeleça, no entanto a realidade é bem diferente, pois além de violar o Princípio da Dignidade da Pessoa no âmbito carcerário, reflete ainda, esta transgressão no convívio em sociedade após o cumprimento de sua pena, ferindo de forma ilimitada o indivíduo, mesmo depois de cumprido sua penalidade.

Palavra Chave: Sistema prisional. Dignidade humana. Efetivação. Constituição Federal 1988. Violação. .

ABSTRACT: The Prison Institution since the beginning of history was created with the aim of repressing those who committed a conduct contrary to the norm, created in that context of time to regulate the lived in society and those who did not obey should be punished, thus the big problem arose. which is still experienced, but with less intensity, where the man who commits such an illicit practice is frowned upon by society and is soon locked up in a prison system, where his inherent rights as a human being are simply not respected by the state, despite that throughout history many institutes were created to protect these rights, and many inhumane practices were being minimized, the unconstitutional state of affairs in the prison system is still striking, let us not forget that such protection is supported in the international legal context, and also in the legal system internal, being, in turn, the basis of the Brazilian legal system the Federal Constitution of 1988, being the parameter for the state to establish itself, however the reality is quite different, as in addition to violating the Principle of the Dignity of the Person in the prison sphere, it also reflects this transgression

in living in society after serving their sentence, unlimitedly injuring the individual, even after his penalty has been served. words.

Keywords: Prison system. Human dignity. Effectiveness. Federal Constitution 1988. Violation.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, vivemos em um cenário lastimável em nosso sistema carcerário, pois é preocupante a situação em que os presos são submetidos, em que o poder público não resguarda os direitos deles como ser humanos, nem tão pouco efetiva o que a lei determinada em seu texto, pois o mínimo não está sendo ofertado de forma efetiva. A pandemia propiciou ainda mais um ambiente hostil e desagradável para se cumprir a pena naquele recinto, visto que além de serem percebidos como marginais, ainda, são obrigados a viverem como animais enjaulados, sem dar à devida importância a saúde, em que muitos estão padecendo por falta de terem seus direitos respeitados. Partindo destas primícias, nota-se que um estudo mais aprofundado neste ambiente deve ser proposto, pois muitos não deveriam nem sequer ainda estar naquele local, devida as condições insalubres e desumanas.

Não olvidemos que independente da infração penal cometida, o indivíduo não deixa de ser humano, e esta condição lhe dar o gozo pleno de que seus direitos devam ser resguardados, pois evidencia-se este condão de forma positivista no Pacto São José da Costa Rica, na Lei de execução Penal e principalmente na Constituição Federal, quando descreve que ninguém será submetido a nenhum tratamento degradante ou desumano. Posto isso, assim como é garantido no Princípio da individualização da pena, em que o apenado terá a sua pena cominada conforme a dosimetria aplicada pelo magistrado na valoração de suas condutas que conduziram a quantificar de forma pormenor e individual. Assim, para ser realizado deve o próprio sistema da prisão monitorar quanto às condições oferecidas naquele estabelecimento, e se a prisão está de acordo com a sua pena, ao passo que, deve ser realizado uma vistoria por parte do sistema prisional no processo daquele indivíduo que se encontra cumprindo a pena naquele local.

2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Cediço, que a Constituição federal de 1988, em seu artigo primeiro inciso quatro, enuncia os preceitos de seu fundamento como república federativa, em que pontua a dignidade da pessoa humana, sem nenhuma ressalva, tangendo como base para o estado democrático de direito, portanto, todos devem ser tratados minimamente com dignidade, independente que tenham cometido um ilícito penal, pois esta atitude não o destitui deste direito, nem tão pouco o desqualifica da natureza de ser humano, no qual tem direito a ter a sua dignidade respeitada.

2.1. A HISTORICIDADE DO SISTEMA PRISIONAL DIANTE DA DIGNIDADE DA PESSOA

O estado detém o poder punitivo desde os primórdios em que submete algumas pessoas, que cometeram um ilícito a uma determinada pena, que por sua vez, dado fato entende-se por criminalidade, resultado de um sistema penal, que foi articulado de forma, para tecer tal conduta e sua reprimenda, neste sentido para se materializar tal coação nasce o sistema penal, onde o indivíduo cumprir a sua pena em concreto.

Apesar que, aquele que delinque foi quem praticou uma conduta contrária norma, não perde o *status* de *ser humano*, assim ainda continua a ser detentor de direitos na ordem jurídica e merece toda a proteção do sistema para que seus direitos não sejam violados, quando estes indivíduos estiverem submetidos no âmbito do sistema carcerário, pois o estado além de ser o responsável pela guarda daqueles indivíduos em que não se adequam ao convívio em sociedade, são também por outro lado, de suma importância para que a integridade física, psíquica e moral, além de outros direitos inerentes ao ser humano, que refletem o mínimo da dignidade da pessoa humana, esteja disponível naquele ambiente.

2.2. A MUDANÇA NA PUNIBILIDADE NO DECORRER DO TEMPO

Atualmente, vivemos em uma sociedade aterrorizada pelo crime organizado, porém desde os primórdios da história já se vivenciava estes delitos, com isto surgiu a ideia de que o indivíduo que cometesse qualquer crime deveria ser punido, independente da forma que fosse até mesmo sendo desproporcional, pois o único intuito era que ele tivesse que ser castigado pelo mal realizado à terceiro. Es que, a bem da verdade é uma forma popularmente conhecida hoje como "justiçamento".

No entanto, apesar das punições severas, dentre elas houve o destaque na questão da aplicação da pena Capital, que no início dos tempos teve seu apogeu, e neste mesmo contexto pouco criticada e bastante aplicada, porém apesar deste tipo de pena, não surtiu o efeito que se almejava na época, em que consistia na redução dos incidentes criminais, e nem tão pouco conteve o fenômeno criminal que só aumentava de forma avassaladora, ao passo que, em meio a estas punições desumanas, levantaram-se homens contra estas práticas, que conclamaram com repúdio ao tratamento dado aos indivíduos naquela época.

Com efeito, a figura mais marcante que mereceu destaque por seus ideais. E quão grande era sua revolta em relação aos meios de punições, e a forma desproporcional em que eram executadas, onde era desmedida a natureza da punição, surgiu o então ilustre Marques de Beccaria. Insigne, foi o seu posicionamento contra as atrocidades cometidas, dando ênfase em suas críticas na questão da aplicação da pena em si. Preconizou os princípios da dignidade da pessoa humana contido na CF/88 e no Pacto de São José da

Costa Rica, além de ressaltar o Princípio da liberdade. Não olvidemos, outrossim, de vários outros pensadores, destaco Rosseau, em seu posicionamento quanto a questão dos excessos da legislação penal, em meio o apogeu da Revolução Francesa, vale ressaltar que a liberdade é um dos lemas da Revolução, bem como o seu objetivo era a derrubada de governos opressores.

Incontestavelmente, nota-se a importância destes e outros pensadores para a mudança no sistema de punição, inspirado no contratualismo de Rosseau. Senão, vejamos:

O que está bem e em conformidade com a ordem, assim é devido à natureza das coisas e independentemente das convenções humanas. Toda justiça provém de Deus, da qual é ele a única fonte; se soubéssemos, porém, recebê-la de tão alto, prescindiríamos tanto e governo quanto de leis. Há, indubitavelmente, uma justiça universal emanada exclusivamente da razão, mas essa justiça, para ser admitida entre nós, deve ser recíproca. (ROSSEAU, 2015, p.37).

Beccaria sistematizou a utópica de como deveria proceder a punição de forma individual, dando a cada indivíduo a devida proporção quanto correspondente ao delito, pois afirma que:

se for estabelecido um mesmo castigo, a pena de morte, por exemplo, para aquele que mata um faisão e para quem mata um homem ou falsifica um documento importante, em pouco tempo não se procederá a mais nenhuma diferença entre esses crimes; serão destruídos no coração do homem os sentimentos de moral, obra de muitos séculos, cimentada em ondas de sangue, firmada muito lentamente através de mil obstáculos, edifício que apenas se pôde erguer com o auxílio das mais excelsas razões e o aparato das mais solenes formalidades. (BECCARIA, 2014, p.63-64).

Dessarte, é preciso ter uma certa acuidade ao imputar uma pena, pois aquele que delinque de forma menos violenta, ao compararmos com um assassino, tendo em vista que dividirão o mesmo ambiente, sucede-se que, o primeiro que não tivera pretensão alguma em violência, poderá se tornar tão cruel quando o segundo, deste modo é primordial que seja observado de forma cautelosa, ao trancafiar um condenado e onde será posto, razão pela qual poderá sair pior do que quando adentrou o ambiente carcerário.

2.3 A MARGINALIZAÇÃO EMPREENDIDA PELA SOCIEDADE

Vivemos em sociedade digital em que as informações estão na palma da mão, apesar de hoje passamos para um momento histórico e mais globalizado, ainda vivenciamos práticas de séculos, além de problemas e conceitos enraizados desde o início da história, ainda existe pessoas que não tem acesso a este sistema contemporâneo de tecnologia, e acabam excluídas de certa forma da sociedade, e por mais lastimável que parece, este é o cenário, e o único motivo de grande dessas pessoas ganharem mídia e visibilidade são nas páginas policiais, como uma pessoa que cometeu um delito, e ainda cria-se na sociedade um modelo estereotipado para tal conduta, que na maioria das vezes são “desvalorizados”, sendo-lhes imputado toda negatividade da sociedade sobre a vértice de preconceito, e como não lembrar do ilustríssimo criador de tal conjectura, o doutor *Cesare Lombroso*, e assim resulta em uma imagem de delinquência as pessoas desvalorizadas esteticamente (pessoas feias), porém o pior é quando mesmo que não haja tendência para o mundo do crime, muitos deles por serem taxados de tal forma, acabam assumindo o papel vinculado ao estereótipo.

3. AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Considerando o apanhado histórico das constituições anteriores, na qual era inexistente os direitos e garantias então vigente na CF/88, é estonteante visto que, foi uma conquista após muitas lutas e sofrimentos, porém não se pode apenas acreditar que pôr está na CF/88 já se torna efetivo, ainda é preciso muito se fazer para que o ser humano e em especial os menos assistidos, para não dizer *esquecidos pela sociedade*, possam obter tal garantia por parte do estado, no que pese sendo deste a obrigação de assegurar que não seja tolhido nenhum direito enquanto aquele que delinque esteja sobre a sua tutela jurisdicional, em grossas linhas no sistema penitenciário.

3.1 A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DOS PRISIONEIROS

Noutro giro, é importante frisar quanto ao delito individualmente, pois em alguns casos os indivíduos que cometem os delitos se arrependem, logo após o seu cometimento, apesar de ter aqueles que têm uma certa tendência para a prática criminosa, e, independente desta percepção subjetiva, deve ser resguardado o seu direito de forma objetiva e aplicado na medida da sua culpabilidade. A LEP deixa bem claro, que na aplicação da pena deve-se proporcionar condições para harmônica integração social do condenado e do internado, e esta condição harmônica está em consonância com o Princípio da humanidade, que a pena deve ser aplicada com o intuito de ressocializar o apenado.

A pena não deve ser um martírio, mas sim um tempo para que o indivíduo pense nas suas atitudes, e não faça novamente, pois “Devemos lembrar também que o

movimento para reformar as prisões, não é um fenômeno tardio”. (FOCAULT, 2007, p 197), e para que este seja o resultado, é preciso garantir os seus direitos, enquanto perdura a sua pena, pois a “finalidade das penalidades não é torturar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já está praticado”. (BECCARIA, 2014, p. 45). Ainda, em dado momento em sua obra Beccaria deixa claro ao demonstrar seu relevo a questão da prevenção, pois a sua preocupação não era o depois, ou seja, os novos danos, e sim, o antes, desconvenendo os outros de fazerem o mesmo.

Aliás, através desse modo de pensar mais humano, oposto ao rigor da aplicação das penas no indivíduo, que deu início a “prisão-pena”, em que se pauta como um grande avanço a melhores condições, ou a um “acesso à humanidade da justiça penal, nas palavras de Foucault (2007, p,195), sendo esta por sua vez à finalidade almejada. Pensamento este, que se disseminou dentre o mundo, como ponto marcante a questão humanitária que o legitima. No entanto, ao refletir sobre o sistema carcerário existente, entende-se que, apesar das lutas dos pensadores e a buscar por melhores condições ao apenado, se torna morta, entretanto com a reprodução desses direitos na Constituição Federal, no Código de Processo Penal, nos tratados e na Lei de Execuções Penais, é com pesar, que se verifica que não passa de meros dispositivos inativos. E o mais absurdo de tudo isso, é que esses seres humanos, quando enjaulados são esquecidos pela sociedade, e subjugados por todos.

3.2 OS MECANISMOS JURÍDICOS EXISTENTES PARA A DEFESA DOS DETENTOS

Portanto, para se obter um novo olhar sobre o sistema carcerário, de modo a garantir a efetividade dos direitos individuais aos apenados, a luz das normas que o regem, e assim deixem de ser mera “folha de papel”, dito pelo saudoso Ferdinand Lassale, em sua clássica obra “A Essência da Constituição” (2000). Vale frisar, que a Lei de execuções penais apesar de descrever ao longo de seu texto benefícios ao apenado, lamentavelmente não se torna efetivo, pois o mesmo não sabe dos seus direitos, nem tão pouco, tem acesso às informações que lhe são importantes, os atores responsáveis por essa assistência como a defensoria pública; ministério público entre outros, devido o alto índice de demanda fica impossibilitado de fornecer uma assistência digna que condiz com a Constituição e com outros mecanismos que fornecem a essa garantia, porém não são responsáveis por essa efetivação. Visto que, cada elemento tem o seu papel na efetivação dos direitos, ao passo que um garante, e o outro dispositivo o efetiva. Mas como efetivar? Um direito, que ao menos a maioria dos indivíduos que estão cumprindo pena, não tem conhecimento destes, e sequer sabem como proceder sua efetividade. Com efeito, uma desventura realidade, aduzido perfeitamente pelo ilustre Ferdinand, diante do existente “Conflito entre o direito meramente escrito no papel e os fatores de poder esculpidos no bronze da realidade” (LASSALE, 2015, p110).

Apesar, que o princípio da dignidade humana, é considerado como um valor supremo, na prática está longe se concretizar, não por falta de base jurídica, mas por falta de humanidade nos homens. Destarte, é preciso que o limite da dignidade da pessoa humana seja respeitado e assim o preso não seja privado de seus direitos, e sim, apenas do convívio em sociedade.

Em verdade, a situação dos presídios atualmente é degradante, além de ser irregular, exemplo disso: o mínimo de espaço entre um apenado e outro na cela não é respeitado, um direito tão básico não é feito, e esse quadro só piora com a pandemia em que além do direito está sendo violado a vida deste detento se põe em risco, pois a "Prisão: um quartel um pouco estrito, uma escola sem indulgência, uma oficina sombria, mas, levando ao fundo, nada de qualitativamente diferente".(FOCAULT, 2007, p 196).

3.3 A EXECUÇÃO PENAL NO SISTEMA CARCERÁRIO E SEUS REFLEXOS NA SOCIEDADE

Não obstante, que quando passa uma notícia sobre o sistema penitenciário na mídia de forma negativa, como mortes, rebeliões, fugas etc., é como se os mortos ressuscitassem e passassem a integrar novamente na sociedade, entretanto, não de forma benquista, e sim um com olhar soslaio, duvidoso e julgador. Infelizmente, as pessoas são preconceituosas por natureza, ainda mais quando sabem que a pessoa é um ex-detento, seu semblante muda, na prática a oportunidade que deveria ser proporcionada não ocorre, pois as pessoas só se concentram no passado daquele indivíduo, mas não procuram saber como foi as condições de vida no sistema prisional, se os seus direitos foram respeitados? Se passou por algum trauma, enquanto cumpria a pena, nem tão pouco conhecer seus projetos e sonhos depois do seu pagamento com a sociedade, tendo em vista que lhe foi retirado um dos bens mais preciosos, que foi a sua Liberdade.

Sabe-se que as políticas públicas não são efetivas, e que a vida na prisão não é fácil e que na maioria das vezes são submetidos a estarem em determinados grupos na cadeia, apenas para se proteger, pois a regra na prisão é diferente dos direitos que lhe deveriam ser assegurados, pois o que mais ocorre em determinados crimes cometidos aqui fora, quando este indivíduo adentra o sistema penitenciário, a sua integridade física e sexual se encontra fragilizada.

Todavia, mesmo após tudo que o apenado passa na prisão, ainda sofrerá novamente os efeitos na condenação do lado de fora, arrisco até a dizer um verdadeiro Non bis Idem, pois as pessoas em vez de se atentar as condições degradantes e desumanas nos presídios, à guisa de ver a realidade, e compreender melhor a problemática, em prol de buscar ferrenhamente por novas direções a ser traçadas, tendo como base A dignidade da Pessoa Humana, com a finalidade do retorno ao convívio social, sem anseio de uma possível recaída, "mas a obviedade da prisão se fundamenta

também em seu papel, suposto ou exigido, de aparelho para transformar os indivíduos”. (FOCAULT, 2017, p 196).

Tendo em vista importância deste ponto, muita das vezes é ignorado pela sociedade, que não se atenta aos direitos dos apenas na condição de ser humano, pois não perde esta qualidade no momento, em que é retirado da sociedade para um recinto, que lhe privará da sociedade. Para que se tenha uma dimensão desta realidade, basta observar o sistema carcerário mais próximo, para se identificar a violação de vários princípios correlacionados a Dignidade da pessoa humana, sendo notório o quadro lastimável em que se encontra o nosso sistema prisional, muitos fingem não enxergar o que está acontecendo e ainda aplaudem a falha do sistema, quando os apenados se matam ou quando tocam fogo nas prisões, se deleitam com a matança, e nem ao menos se preocupam com os familiares daquele prisioneiro em especial, seus pais.

Convém ressaltar, que este não é o único problema dentro do sistema carcerário, nem o menor deles, pois há presos que já cumpriram a pena ou que deveriam já está respondendo em liberdade, porém por falha do estado continuam esquecidos pela sociedade e seus direitos ignorados, submetendo-os a um tempo maior que lhe foi proposto naquele ambiente hostil e horrendo se perdura nas prisões. Contudo, é importante trazer à baila os preceitos constitucionais, em especial no artigo 5º, onde enumera alguns dos direitos constitucionais no âmbito do sistema penal, guisa que uma rápida pincelada nos transmite a ideia de o mínimo de dignidade, vejamos: à explícita vedação ao tratamento desumano ou degradante, com já dito alhures, é uma realidade no sistema prisional, outro ponto interessante é o respeito a integridade física e moral do preso, como exposto anteriormente não proteção quanto a isto, pois os indivíduos que cometem crime de estupro de incapaz são deflorados de forma tortuosa, pelos próprios detentos.

Dentre outros existentes, merece destaque a questão da individualização da pena consagrada no inciso XLVI, pois alguns dos delitos cometidos não se têm o ambiente propício para instalação dos detentos, exemplo disso seria no caso o usuário de droga, e o apenado que tem a pena de detenção. Importante frisar, que deixa uma margem na lei, para que se possa ser burlada por aqueles que detêm o conhecimento dele, ao passo, que o traficante, simplesmente se qualifica como usuário e continua vender a sua droga, e o indivíduo que está acostumado aos delitos anões continua a sua prática. “Portanto, não se deve querer solidificar as instituições políticas até o ponto de afastar a capacidade de lhes suspender o efeito. A própria esparta deixou que suas leis adormecessem”. (ROSSEAU, 2015, p111).

E por isso, conclui-se que, assim como a Constituição a dignidade dos presos, ou melhor, dos menos favorecidos, não são efetivas e sim violadas, e quase ninguém se preocupa com isto, e os responsáveis por esta defesa, se encontram simplesmente em

silêncio, em relação as condições enfrentadas pelos detentos no sistema carcerário. Tendo em vista a visão de Foucault, descreve que:

extrema solidez da prisão, essa pequena intervenção desacreditada desde o nascimento. Se ela tivesse sido apenas um instrumento para eliminar ou esmagar a serviço de um aparelho estatal, teria sido mais fácil modificar suas formas evidentes demais ou encontrar para ela um substituto aceitável. (FOCAULT, 2007, p 252).

Afinal, a prisão não deve ter o cunho para aprisionar a alma, apenas de restringir o direito à liberdade de locomoção, para que depois de cumprido a pena o preso possa se ressocializar na sociedade, e não voltar a delinquir, porém o que ocorre é o diverso do pretendido, o ambiente áspero contribui para o inverso da finalidade em que foi criado o sistema prisional, e que se dar por conta das péssimas condições oferecidas aos presos, enquanto cumprem a sua pena.

4. CONCLUSÃO

Em síntese a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental no estado democrático de direito, que atualmente pressupõe os valores essenciais da Constituição de 1988, e que está vigente em nosso sistema pátrio, no qual o legislador tem afinco em efetivar, porém atualmente embora o estado tenha o dever de garantir e efetivar os direitos dos presos no sistema prisional em consonância com a constituição vigente, é quimera, pois se vivencia um cenário diferente no âmbito prisional, em grossas linhas, um verdadeiro estado de coisas inconstitucionais.

Considerando o aparato estatal é destoante, a realidade dentro da penitenciária com os direitos inerentes dos presos assegurados pela Constituição Federal , e leis especiais , como dito na própria LEP – Lei de Execução Penal, não se pode negar, que no decorrer da história, houve significativas mudanças e elas por sua vez, a cada dia vêm ganhando um espaço maior todos os dias, mas não podemos olvidar que o direito é mutável e que se ajusta as mudanças na sociedade, portanto, não se pode aceitar que tais conquistas sejam esquecidas , porém nem tão pouco aceitar como se o bastante fosse, a bem da verdade o maior problema identificado se incide na superlotação do sistema carcerário e a partir deste, advém outros problemas como motins, que ocasionam o aumento da violência, e impulsiona outras falhas no sistema como alimentação, vigilância , saneamento entre outros. Dessarte, vários embaraços estão ligados a superlotação, neste sentido é praticamente impossível que o sistema prisional esteja hábil para propiciar um presídio cabal.

Calha, mencionar que não se prende somente a esta problemática, porém sendo esta uma das piores enfrentadas dentro do sistema prisional, enquanto o condenado cumpre sua pena, pois fora a sua liberdade, o condenado é comedido de seus direitos fundamentais, além de básicos atrelados a condição de ser humano, no que pese não alcançados pela sentença condenatória, ao caso em que são submetidos a condições degradantes.

Em suma, ao analisarmos todos os direitos inerentes ao preso, muitos deles não são efetivos, e nem tão pouco resguardados, dito isso, passemos a abordar quando a integridade física, na qual é um dos problemas enfrentados em todos os presídios, já que os presos são tratados como animais, e esquecidos pela sociedade, são subjugados a circunstâncias degradantes como falta de higiene pessoal, além de violência, torturas e maus tratos por parte dos companheiros de cela, devido a superlotação, ou até mesmo pelos agentes penitenciários.

Cabe ressaltar, que são inúmeras as incorreções do Estado em perfazer o seu papel, diante do preso, exigidos pelas leis constitucional e infraconstitucional, para que assim o preso possa cumprir sua pena em um cenário digno, uma vez que, se espera é um mínimo de assistência aquelas *personas non grata* pela sociedade. Malgrado, o quadro atual patenteia um sistema em crise, é decerto que mudanças consideráveis devem ocorrer para tal problemática abordada, sem embargo deve acontecer por diminuta que seja ações por parte do Poder Público, inclinadas as premências do sistema prisional na qual logrem êxito para transmutar o panorama existente, e as prisões consigam atingir a o *telos*, para a qual foram concebidas.

5. REFERÊNCIAS

BECCARIA. Cesare Bonesana. Marches di. 1738-1738-1794. Dos delitos e das penas/Cesare Beccaria: Tradução Torrieri Guimarães – São Paulo: Martin Claret, 2014.- Coleção obra-prima de cada autor; 48).

FOCAULT. Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. 34. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007 - 288.

LASSALE, FERDINAND. . 1825-1864. O que é uma constituição? ;[tradução Gabriela Edel Mei]. São Paulo: Editora Pillares, 2015.

LASSALE, FERDINAND. Sobre a Constituição. In: _____. A Essência da Constituição. 5. ed. Rio e Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

NUCCI. Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROSSEAU, Jean-Jacques, 1712-1778. O contrato social: princípios do direito político/ Jean-Jacques Rousseau; tradução de Edson Bini. – São Paulo: EDIPRO, 2. Ed., 2015.

ROXIN, Claus. Estudos de direito penal. Tradução por Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 8. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. 12ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015

SLOKAR. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. E. Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar- Rio de Janeiro: Revan, 2003, 3ª edição, novembro 2006.