

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1095

(Ano XIV)

(15/06/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

CAMILA ALENCAR COIMBRA: 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

QR code do Volume



Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1095, (ano XIV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2022. 615 f.

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

Recurso online. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

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

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



A precarização da mão-de-obra nas contratações de servidores temporários

Benigno Núñez Novo, 10

ARTIGOS

A apelação da sentença de absolvição e a violação ao direito fundamental e humano ao duplo grau de jurisdição

Lucas Oliveira da Costa Moreira, 18.

Princípio da bagatela imprópria em delitos de ação penal pública incondicionada praticados no contexto da Lei Maria da Penha

Julia Gracielle Rezende de Sousa, 37.

A importância do poder familiar nos casos de alienação parental

Letícia Justino dos Santos, 94.

Vacinação contra a Covid-19 como pressuposto para continuidade do contrato de trabalho e a demissão por justa causa: abuso do poder diretivo do empregador ou sobreposição do bem-estar coletivo em detrimento da vontade individual?

Bruna Larissa Feitosa de Carvalho, 113.

Recusa injustificada de se vacinar contra o corona vírus como causa de rescisão do contrato de trabalho por justa causa. Uma visão jurídico-pragmática

Cleber Venditti da Silva, 141.

A seletividade do sistema penal no Brasil: uma afronta ao princípio da igualdade

Fabianne Chaves de Sousa e Rhillary Conrado Aguiar, 169.

Súmula vinculante: engessamento da Justiça ou combate à morosidade do Poder Judiciário?

Isolda de Pontes Prado, 194.

Proteção internacional do meio ambiente e a logística reversa na política nacional de resíduos sólidos

Orlando Castro Pantoja, 213.

Violência doméstica e as medidas protetivas

Raquel Ribeiro Rodrigues Nobre, 222.

A ADPF 186/DF sob a perspectiva da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy

Antonio Vitor Viana de Oliveira, 241.

A retroatividade do acordo de não persecução penal frente ao direito intertemporal

Stefania Maria da Silva e Jeniffer Lorrane Costa Sousa Silva, 262.

Pensão alimentícia avoenga e a prisão civil do idoso

Vinicius de Araujo, 284.

Posse e o porte de arma fogo à luz do estatuto do desarmamento e da atual política armamentista

Mateus Bernabé Marques, 305.

A exclusão digital como entrave ao direito fundamental de acesso à justiça: a introdução de canais digitais na Defensoria Pública da União no Tocantins

Thainá Rodrigues de Moraes, 325.

Direitos fundamentais e princípios garantidos ao ser humano: associação com a pandemia da covid-19

Gabrielli Bianca Borges Prates, 351.

A responsabilidade civil pelo dano ao projeto de vida ante a eficácia horizontal das decisões da corte interamericana de direitos humanos

Lucas Oliveira da Costa Moreira, 367.

Adoção tardia no Brasil

Raimundo Nonato Lisboa Aguiar Santos, 385.

A legalidade do porte de armas em paralelo ao direito penal, possuir uma arma e poder usá-la

Lucas Nunes Rezende, 396.

Abandono digital de crianças e adolescentes: impactos nocivos e as implicações no ordenamento jurídico

Gabriela Batista de Souza, 408.

O Caso Colina - mandado de prisão válido e execução da prisão revogada por vício formal: o que fazer?

Eduardo Luiz Santos Cabette, 425.

O abuso do Estado e do sistema jurídico aos direitos humanos no livro "Cartada Final"

Livia Augusta César da Silva Pereira e Raylla Cardoso Do Rêgo Monteiro, 430.

O STF e os fundamentos jurídicos para a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS

Antonia Joseneide da Costa Cruz Mota, 451.

A contribuição do psicólogo jurídico na resolução dos casos de violência contra mulher

Hítalo Roberto Ramos de Carvalho, 477.

Julgamento Doca Street: influência da mídia no processo penal brasileiro

Gabriela Maria Lima Araújo Vieira e Bruno Carneiro Brito, 495.

O direito sucessório dos filhos na multiparentalidade

Dimas Rayan Miranda Vilarinho, 527.

Prisões cautelares: o uso exacerbado e sua consequência no processo penal brasileiro

Juarez de Araújo Ferreira Júnior e Lara Stella Rodrigues Pires Ferreira, 544

As contribuições sindicais após a reforma trabalhista e o abuso do direito sindical

Silvia Figueiredo Araújo Schnitzlein, 570.

Comentários sobre o Artigo 69-a do Estatuto dos Militares sob a luz da Constituição Federal

Luciano Leite Pereira, 587.

A garantia da intimidade e a preservação dos dados pessoais com o advento da Lei Geral de Proteção de Dados

Carlos Eduardo Barros Costa, 599.



A PRECARIZAÇÃO DA MÃO-DE-OBRA NAS CONTRATAÇÕES DE SERVIDORES TEMPORÁRIOS

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutorando em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba. 1

RESUMO: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer um estudo sobre a precarização da mão-de-obra nas contratações de servidores temporários nos Estados e Municípios brasileiros. A precarização da mão-de-obra significa o desmonte dos direitos trabalhistas. Daí a importância de refletir sobre essa temática, sobre a lógica perversa do capitalismo, avaliando formas de manter garantias ao trabalhador, que é o lado mais frágil desse conflito.

PALAVRAS-CHAVE: Precarização; Mão-de-obra; Contratações; Servidores; Temporários.

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo hacer un estudio sucinto sobre la precariedad de la mano de obra en la contratación de servidores temporales en los Estados y Municipios brasileños. La precariedad laboral significa el dismantelamiento de los derechos laborales. De ahí la importancia de reflexionar sobre este tema, sobre la lógica perversa del capitalismo, evaluando formas de mantener las garantías para el trabajador, que es el lado más frágil de este conflicto.

PALABRAS CLAVE: Precariedad; Mano de obra; Contratación; Servidores; Temporarios.

ABSTRACT: This article has the objective of succinctly to make a study on the precariousness of the workforce in the hiring of temporary servants in the Brazilian States and Municipalities. The precariousness of labor means the dismantling of labor rights. Hence the importance of reflecting on this theme, on the perverse logic of capitalism,

1 E-mail: benignonovo@hotmail.com

evaluating ways to maintain guarantees for the worker, who is the most fragile side of this conflict.

KEYWORDS: Precariousness; Labor; Hiring; Servers; Temporary.

INTRODUÇÃO

Serviço público é toda atividade administrativa ou de prestação direta e indireta de serviços à população, exercida por um órgão ou entidade da administração pública ou pela iniciativa privada.

As formas de ingresso no serviço público podem variar de acordo com as classificações dos cargos públicos, já que cada um conta com uma estrutura de admissão que segue critérios específicos. As formas de ingresso no serviço público podem se dar das seguintes formas: servidor público; empregado público; comissionado; estagiário; terceirizado; temporário e agente público.

A contratação do servidor público temporário se dá mediante necessidade de atender demandas específicas de excepcional interesse público da União, Estados e Municípios.

São aqueles contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, art. 37, IX, da Constituição Federal; **O regime a eles imposto é o contratual**, sem vínculo com cargo ou emprego público. Assim como estagiários e terceirizados, servidores temporários não têm um vínculo direto com os cargos públicos. Além disso, essa ocupação é por tempo limitado, como o próprio nome sugere. Por regra, é caracterizada pela necessidade de ocupar determinada posição de interesse público por tempo pré-determinado. Conforme determinado pelo artigo 37 da Constituição Federal, inciso IX, o servidor temporário é admitido por meio de processo seletivo simplificado, tendo em vista que não há tempo hábil para o preenchimento da vaga via concurso público, já que isso demanda um tempo maior para a realização das diferentes etapas do processo seletivo previsto pela Carta Magna.

Esta pesquisa é bibliográfica e qualitativa, justifica-se pela extrema relevância da precarização da mão-de-obra nas contratações de servidores temporários pelos Estados e Municípios brasileiros.

DESENVOLVIMENTO

Da norma constitucional, doutrina e jurisprudência podem ser inferidos quatro requisitos básicos para a contratação temporária de pessoal, são eles: Previsão legal das hipóteses de contratação (lei), tempo determinado da contratação, necessidade temporária e excepcional interesse público.

O ato administrativo que desencadear o processo de contratação temporária deve conter, além de outros elementos, **a justificativa da contratação**. O gestor deve demonstrar que a situação concreta justifica a contratação temporária conforme hipótese prevista na legislação do município.

Exemplos de casos em que são permitidas as contratações temporárias: afastamentos legais de professores ou vacância desses cargos; início de mandato eletivo com insuficiência de pessoal; profissionais da saúde para atendimento a programas intensivos, endemias e epidemias; guarda-vidas temporários; frustração dos resultados de concursos públicos realizados; caso fortuito ou força maior. Calamidades públicas; servidores em afastamentos legais; vacância de cargos; crescimento inesperado dos serviços e criação de novos órgãos.

Não é possível contratação temporária para suprir atividades permanentes com funções de poder de polícia e fiscalizatórias, tendo em vista que desempenham funções tipicamente estatais, devendo ser realizadas por profissionais de carreira, devidamente aprovados em concurso público, nos termos da jurisprudência do TCE-PI (Vide Dec. Monocrática nº 476/2021-GWA, proferida no Processo TC/016429/2021, com publicação no DOE TCE/PI nº 201, em 25/10/2021, ratificada pela Decisão Plenária nº 1.081/2021).

Algumas atividades são inerentes ao exercício do poder de polícia do Estado e devem ser preenchidas por meio de concurso público, a exemplo das carreiras da administração tributária, fiscal de vigilância sanitária, guarda de trânsito, policial civil e militar, agentes ambientais, dentre outras. Nesses casos, a Constituição Federal não admite a contratação temporária.

O Processo Seletivo Simplificado é ferramenta que permite o Gestor público atuar de forma mais dinâmica e célere na escolha dos servidores contratados temporariamente. Os critérios objetivos para a avaliação devem ter ampla publicidade e respeitando a isonomia e impessoalidade. Preferencialmente através de provas ou provas e títulos (não é permitida a contratação temporária tomando-se como critério entrevista).

Excepcionalmente diante de situações urgentes (por exemplo: pandemias), onde ausente tempo para a realização de provas é possível à utilização de avaliação por análise curricular, desde que a forma de pontuação esteja definida de maneira objetiva e clara no edital e contemple a qualificação, experiência e habilidades específicas necessárias para o desempenho das atividades a serem realizadas.

O regime a eles imposto é contratual, sem vínculo com cargo ou emprego público. Os direitos destes contratados serão estabelecidos através da legislação pertinente. Assim, o ente que quiser realizar um contrato temporário deverá primeiro aprovar a legislação que discriminará o regime jurídico, o qual orientará o contrato a ser celebrado com cada profissional.

Isso acontece porque o profissional contratado temporariamente não é servidor público efetivo – já que não tomou posse como concursado – e também não é empregado regido pela CLT. Daí a necessidade de uma legislação que estabelecerá como será aquele contrato, com o tempo de duração máximo, possibilidade de renovação de contrato, férias, etc.

Ainda no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a trabalhadora teve a ação julgada parcialmente favorável. Segundo o Tribunal, as férias, o terço constitucional das férias e o 13º salário são direitos sociais de todo trabalhador, independentemente do vínculo funcional.

Mesmo se tratando, no caso concreto, de contrato de natureza jurídico-administrativo, ainda que este contrato fosse nulo não seria transformado em contrato trabalhista. Porém, sob fundamento ser vedado o enriquecimento ilícito, o Estado de Minas Gerais tem o dever de pagar os salários, 13º e férias acrescidas.

Assim foi decidido, pois na avaliação do caso concreto, segundo o tribunal, não houve comprovação da realização de horas extras, noturnas, insalubres, perigosas ou prejudicados os horários de refeição ou descanso.

Quanto ao pedido de recolhimento de FGTS e pagamento da multa referente, o Tribunal negou por entender que este direito é exclusivo dos trabalhadores da iniciativa privada.

O voto vencedor foi o do Ministro Alexandre de Moraes, que manteve o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao afirmar:

“Em virtude da natureza de contrato administrativo, as contratações temporárias para prestação de serviços de excepcional interesse público não geram vínculo do contrato com o poder público segundo as normas regentes do Direito do Trabalho”.

Assim, foi aprovada o Tema 551 de Repercussão Geral:

“Servidores temporários não fazem jus a décimo terceiro salário e férias remuneradas acrescida de terço constitucional, salvo (I) expressa previsão legal e/ou contratual em sentido contrário, ou (II) comprovado desvirtuamento da contratação temporária pela Administração Pública, em razão de sucessivas e reiteradas renovações e prorrogações”.

Da precarização da mão-de-obra

O termo precarização do trabalho descreve a situação de emprego pouco ou não padronizado, assim como temporário, que, majoritariamente, é mal remunerado, inseguro, desprotegido e que gera renda salarial incapaz de sustentar um indivíduo ou uma família.

A contratação temporária de pessoal é um instrumento que permite que os entes públicos enfrentem situações anômalas, no que se refere à escassez de mão-de-obra para atendimento de demandas excepcionais, de maneira mais eficaz e eficiente.

Quando se contrata temporariamente apenas por conveniências políticas e em substituição de atividades permanentes, se gasta o erário e não se presta um serviço de qualidade, nem o agente público tem um mínimo de estabilidade para efetuar seus serviços, nem sendo a população devidamente atendida. Essa prática malfazeja deve ser ceifada e mitigada dos indevidamente inchados quadros funcionais dos entes públicos, devendo ser reduzida ao seu caráter essencial de excepcionalidade.

A substituição de força de trabalho efetiva por força de trabalho precária, em uma forma de tentar combinar a redução do corpo técnico em curso com a manutenção da capacidade técnica e operacional em uma conjuntura de constantes restrições orçamentárias. Essa substituição, associada à vulnerabilidade dos vínculos laborais, bem

como à distinção de salários e direitos em funções semelhantes, constitui exemplo de uma relação precária de trabalho.

Este aspecto da precarização refere-se às formas menos seguras de inserção no mercado de trabalho, ou seja, aos contratos precários e sem proteção social. Trata-se do que é chamado de flexibilização nas formas contratuais.

O Tribunal de Contas do Estado da Paraíba através da Auditoria Temática 01/2021 constatou que nos 223 municípios paraibanos, 222 municípios realizaram contratação temporária que na prática, para cada servidor efetivo, o gestor municipal contratou três servidores temporários demonstrando que a contratação temporária e esporádica de servidores públicos se tornou a regra e o regular concurso público, a exceção.

A Auditoria do TCE/PB concluiu:

“Como resultado, foi possível identificar que há uma forte recorrência nas contratações temporárias, tanto no âmbito estadual como no municipal, inclusive com a contratação contínua de diversos profissionais por anos, fato que colide frontalmente com o estabelecido constitucionalmente. De mesma gravidade foi à detecção de uma quantidade considerável de casos em que as funções desempenhadas pelos contratados são ordinárias da Administração Pública, ou seja, fogem à excepcionalidade”.

Um levantamento feito junto ao Diário Oficial dos Municípios do Piauí (<http://www.diariooficialdosmunicipios.org/consulta/ConPublicacaoGeral/ConPublicacaoGera.php>), Diário Oficial das Prefeituras Piauienses (<https://diariooficialdasprefeituras.org/piaui/buscas>), Diário Oficial do Estado do Piauí (<http://www.diariooficial.pi.gov.br/>) e em sites de concursos públicos e de processos seletivos, como o PCI Concursos (<https://www.pciconcursos.com.br/concursos/nordeste/>) e Ache Concursos (<https://www.acheconcursos.com.br/>) no período de 01 janeiro de 2022 a 09 de maio de 2022 constata-se que foram realizados 52 (cinquenta e dois) processos seletivos pelas prefeituras e Estado e apenas 3 (três) concursos públicos pelas prefeituras piauienses.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) no artigo 23º deixa claro que:

“Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual. Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social. Toda a pessoa tem o direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para defesa dos seus interesses”.

CONCLUSÃO

A precarização da mão-de-obra, sobretudo, pela instabilidade, desproteção legislativa e flexibilização contratual. Por essa perspectiva, entende-se que os empregos de características precárias não são produtos de ausência de crescimento econômico, "trabalho precário" quer dizer trabalho incerto, imprevisível, e no qual os riscos empregatícios são assumidos principalmente pelo trabalhador, e não pelos seus empregadores ou pelo governo.

A precarização da mão-de-obra significa o desmonte dos direitos trabalhistas. Daí a importância de refletir sobre essa temática, sobre a lógica perversa do capitalismo, avaliando formas de manter garantias ao trabalhador, que é o lado mais frágil desse conflito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHE CONCURSOS. **Ache Concursos**. Disponível em: <<https://www.acheconcursos.com.br/>>. Acesso em: 09 de maio de 2022.

DOM. **Diário Oficial dos Municípios do Piauí**. Disponível em: <<http://www.diariooficialdosmunicipios.org/consulta/ConPublicacaoGeral/ConPublicacaoGeral.php>>. Acesso em: 09 de maio de 2022.

DOPP. **Diário Oficial das Prefeituras Piauienses**. Disponível em: <<https://diariooficialdasprefeituras.org/piaui/buscas>>. Acesso em: 09 de maio de 2022.

DOE. **Diário Oficial do Estado do Piauí**. Disponível em: <<http://www.diariooficial.pi.gov.br/>>. Acesso em: 09 de maio de 2022.

NOVO, Benigno Núñez. **Compreendendo contratação temporária de servidor público nos Estados e Municípios.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/96275/compreendendo-contratacao-temporaria-de-servidor-publico-nos-estados-e-municipios>>. Acesso em: 09 de maio de 2022.

PCI. **PCI Concursos.** Disponível em: <<https://www.pciconcursos.com.br/concursos/nordeste/>>. Acesso em: 09 de maio de 2022.

PIAUÍ. **Lei Ordinária Nº 5.309 de 17/07/2003.** Dispõe sobre a contratação por tempo determinado no serviço para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público na Administração Estadual direta, nas autarquias e fundações públicas, sob o regime de Direito Administrativo, nos termos do artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal. Disponível em: <<http://legislacao.pi.gov.br/legislacao/default/detalhe/12477>> Acesso em: 09 de maio de 2022.

TCE/PB. Levantamento realizado pelo Tribunal de Contas do Estado da Paraíba (TCE-PB). Disponível em: <<https://tce.pb.gov.br/noticias/tce-pb-ve-excesso-de-temporarios-em-prefeituras-em-223-municipios-sao-mais-de-62-3-mil-contratos-2018por-excepcional-interesse-publico2019>>. Acesso em: 09 de maio de 2022.

TCE/PI. **Resolução nº 23/2016, de 06 de outubro de 2016.** Dispõe sobre o envio e acesso a informações necessárias e estabelece procedimentos para exame, apreciação e registro dos atos de admissão de pessoal pelo Tribunal de Contas do Estado do Piauí. Disponível em: <<https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2016/12/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-23-16-Com-altera%C3%A7%C3%B5es-da-Resolu%C3%A7%C3%A3o-33-2016.pdf>>. Acesso em: 09 de maio de 2022.

ONU. Brasil. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 09 de maio de 2022.

A APELAÇÃO DA SENTENÇA DE ABSOLVIÇÃO E A VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL E HUMANO AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

LUCAS OLIVEIRA DA COSTA MOREIRA:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Pós-Graduando em Direito Processual Penal pela Faculdade CERS.2

Resumo: O ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Constituição Federal de 1988, dos tratados internacionais de direitos humanos e da vinculante jurisprudência internacional de direitos humanos, assegura o direito fundamental e humano ao duplo grau de jurisdição, garantindo a toda pessoa a possibilidade de impugnar a decisão judicial que a condena. No entanto, dispositivos legais possibilitam que a condenação seja proferida de forma inédita em segundo grau de jurisdição, após recurso de apelação interposto pelo Ministério Público, querelante ou assistente de acusação, de modo a impedir o acusado de recorrer por meio de instrumento de ampla devolutividade. Por meio de princípios interpretativos constitucionais e de direitos humanos – tais como o *pro homine*, da supremacia da Constituição e do *favor rei* –, deve-se reconhecer a inadequação legal do recurso de apelação em face da sentença absolutória.

Palavras-chave: Direito ao duplo grau de jurisdição; recurso de apelação; processo penal; direitos humanos.

Abstract: The Brazilian legal system, through the Federal Constitution of 1988, international human rights treaties and binding international human rights jurisprudence, guarantees the fundamental and human right to a double degree of jurisdiction, It ensures the possibility of challenging the condemnation sentence. However, legal provisions make it possible the condemnation in an unprecedented decision in the second degree of jurisdiction, after an appeal filed by the Public Prosecutor's Office, the plaintiff or assistant to the prosecution, in order to prevent the accused person from appealing through an instrument of ample devolution. Through constitutional and human rights interpretive principles – such as "*pro homine*", the supremacy of the Constitution and "*favor rei*" – the legal inadequacy of the appeal against the acquittal sentence must be recognized.

Keywords: Right to a double degree of jurisdiction; right to appeal; criminal procedure; human rights.

Sumário: 1 Introdução; 2 O duplo grau de jurisdição como direito fundamental e humano da pessoa condenada; 3 O recurso de apelação na legislação processual penal

2 E-mail: lucasocmoreira@hotmail.com

brasileira; 4 A inadequação do recurso de apelação em face da sentença absolutória; 5 Conclusão; Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi elaborado para analisar, a partir da Constituição brasileira de 1988, das convenções internacionais ratificadas pelo Brasil – em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos – e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a incompatibilidade e a necessidade de readequação do sistema recursal do processo penal brasileiro ao direito fundamental e humano ao duplo grau de jurisdição da pessoa condenada.

O dever estatal de tutela efetiva do direito ao duplo grau de jurisdição exige que se disponha à pessoa acusada, em qualquer hipótese de condenação inédita, um mecanismo processual de impugnação com amplitude ilimitada da matéria a ser devolvida a instância judiciária diversa. O art. 2º da CADH determina que se os direitos e liberdades da pessoa humana ainda não forem garantidas, devem os Estados-Partes adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições da própria Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias.

No ordenamento jurídico pátrio, há uma inegável controvérsia com relação à possibilidade legalmente garantida de recurso de apelação pelo órgão acusatório (e ainda pelo querelante ou assistente de acusação) em face da sentença de absolvição. Isso porque, uma vez reformada a decisão e proferida a condenação em segundo grau, resta prejudicado o direito ao duplo grau de jurisdição da pessoa acusada, que não terá à sua disposição a possibilidade de impugnação plena em face condenação inédita.

2 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E HUMANO DA PESSOA CONDENADA

O duplo grau de jurisdição corresponde ao mecanismo processual que possibilita a submissão da decisão judicial inédita à revisão ampla por órgão jurisdicional diverso. A necessidade de reanálise do mérito justifica-se pela falibilidade do julgador e a insatisfação do vencido.

O recurso, por sua vez, é o instrumento que, ordinariamente, viabiliza o trânsito da decisão entre as instâncias, ou seja, a devolução da decisão malquerida ao Poder Judiciário para fins de reanálise. Dentre os pressupostos recursais, verificam-se a adequação, a

unirrecorribilidade, a tempestividade, a motivação, a regularidade procedimental e, ainda, em dimensão subjetiva, a legitimidade e o interesse de recorrer³.

Não viola o duplo grau de jurisdição o sistema que impede a recorribilidade imediata das decisões interlocutórias. Isso porque, em verdade, a despeito do óbice à revisão imediatamente após a prolação da decisão, se ao final o julgamento de mérito for desfavorável, poderá a parte apelar e, no recurso contra a sentença, também apresentar a impugnação da decisão interlocutória anterior⁴. Portanto, mesmo nestes casos as decisões intermediárias devem ser consideradas recorríveis, sendo o retardamento a momento processual posterior e a condição da sucumbência, em verdade, questões relativas ao próprio pressuposto de interesse recursal.

Outro instrumento viável é a regra do reexame necessário, também chamado atecnicamente de “recurso *ex officio*” ou “recurso de ofício”. Trata-se da determinação legal de decisão subjetivamente complexa, ou seja, que exige manifestação de dois órgãos para que possa produzir todos seus efeitos legais; assim, a reanálise judicial corresponde a uma condição de eficácia da sentença⁵. Distingue-se o reexame necessário do recurso, porém, porque faltam-lhe a voluntariedade, a tipicidade, a dialeticidade, o interesse em recorrer, a legitimidade, a tempestividade e o preparo, características e pressupostos de admissibilidade recursais⁶.

O direito processual penal brasileiro prevê o reexame necessário nas seguintes hipóteses: das decisões de primeiro grau que concederem *habeas corpus* (art. 574, I, do CPP); da decisão que concede a reabilitação (art. 746 do CPP); e da decisão que acolhe pedido de arquivamento de inquérito sobre crime contra a economia popular, da que absolve o réu nesses mesmos crimes, da que acolhe pedido de arquivamento de inquérito sobre crime contra a saúde pública ou que, nesse mesmo crime, profira sentença

³ O direito ao duplo grau de jurisdição, a ser exercido por meio do recurso, decerto não é absoluto ou totalmente incondicionado – tal como qualquer direito no ordenamento jurídico –, subordinando-o a lei ao cumprimento de condições e pressupostos.

⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. Manual dos recursos penais. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 44-45.

⁵ FÉLIX, Juarez. O duplo grau de jurisdição obrigatório. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 428.

⁶ NERY JR., Nelson. Teoria geral dos recursos. 7ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 91.

absolutória (art. 7º da Lei nº 1.521/51)⁷. Conforme se verifica, portanto, quase todas as decisões cuja eficácia encontra-se submetida à reapreciação por outra instância em matéria penal são favoráveis ao réu⁸.

Em regra, o órgão jurisdicional revisor corresponde a uma instância superior e de estrutura colegiada⁹. A decisão prolatada pelo colegiado advém de um reforço do caráter da impessoalidade, da independência e da imparcialidade dos membros julgadores do órgão jurisdicional. A abertura a vozes destoantes e a possibilidade de desacordo, além de traduzir a complexidade na interpretação do ordenamento jurídico, proporciona maior concretização do princípio constitucional do contraditório, ao viabilizar o alargamento do exercício de argumentação. Assim, a colegialidade amplifica a possibilidade de uma decisão mais adequada, por sobrevir ao diálogo, à difusão de novas ideias e à consideração atenta das críticas¹⁰.

Gustavo Badaró indica três fundamentos essenciais para a existência dos recursos¹¹. O fundamento psicológico diz respeito à insatisfação natural com o julgamento

7 Após a entrada em vigor da Lei nº 11.689/2008, em 8 de agosto de 2008, o reexame necessário de decisão absolutória sumária proferida em procedimento do Tribunal do Júri que estiver pendente de apreciação não deve ser examinado pelo Tribunal *ad quem*, mesmo que o encaminhamento da decisão absolutória à instância superior tenha ocorrido antes da entrada em vigor da referida Lei (STJ. 5ª Turma. HC 278124-PI, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo, Desembargador convocado do TJ/PE, Rel. para acórdão Min. Felix Fischer, julgado em 9/6/2015).

8 Houve intensa controvérsia doutrinária acerca da recepção (ou não) do reexame necessário pela Constituição brasileira de 1988. Muitos doutrinadores manifestaram-se no sentido de que, a partir do momento em que a Constituição outorgou ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública (art. 129, I), não faria mais sentido a existência de um recurso obrigatório. Além disso, ao adotar o sistema acusatório, o constituinte deixou claro que, no processo penal, há inequívoca divisão de funções, cabendo ao magistrado apenas o julgamento da demanda. Acabou prevalecendo, no entanto, a posição contrária. De fato, na visão da Suprema Corte, subsiste a necessidade do reexame necessário nas hipóteses previstas em lei (STF, 1ª Turma, HC 75.417/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. 12/08/1997, DJ 20/03/1998).

9 No sistema brasileiro de repartição constitucional de competência jurisdicional, os órgãos do Poder Judiciário são independentes entre si, de modo a não existir hierarquia entre juízes, nem mesmo entre juízes ordinários e o Supremo Tribunal Federal. Esse arranjo organizacional, no entanto, não afasta o caráter vinculante de determinadas decisões dos tribunais ou a autoridade para revisão entre órgãos jurisdicionais.

10 VALADARES, André Garcia Leão Reis. A composição do órgão colegiado e seus efeitos na tomada de decisão. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 719-739, 2018, p. 11.

11 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 39-40.

desfavorável, fruto da consciência da imperfeição humana. O fundamento político tem relação com a necessidade de controle dos atos estatais, no caso, dos atos do Poder Judiciário, uma vez considerado inaceitável no Estado de Direito a existência de uma decisão sob poder ilimitado e absoluto¹². Por fim, o fundamento jurídico do recurso é o próprio princípio do duplo grau de jurisdição, que assegura o direito ao reexame das decisões por um órgão jurisdicional diverso daquele que proferiu a decisão.

Apesar da Constituição brasileira de 1988 não prever explicitamente o direito ao duplo grau de jurisdição, este decorre de diversas garantias processuais positivadas diretamente no seu texto: o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), o devido processo legal (art. 5º, LVI), o juiz natural (art. 5º, LIII), a publicidade e a motivação das decisões judiciais (art. 93, IX), dentre outras¹³. O duplo grau de jurisdição é, ainda, um princípio que decorre da própria estruturação conferida aos órgãos do Poder Judiciário e da repartição de competências jurisdicionais. A Constituição deve ser interpretada como um sistema unitário de normas – regras e princípios –, conforme leciona Gilmar Ferreira Mendes:

“(...) as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituída na e pela própria Constituição. Em consequência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade.”¹⁴

¹² Pode-se acrescentar, ainda, no âmbito do direito processual penal, que o caráter político do duplo grau de jurisdição também se correlaciona com a limitação do poder punitivo estatal, a partir do ganho cognitivo e do reforço à presunção de inocência. Eis a lição de José Frederico Marques: “o processo é instrumento de atuação estatal vinculado, quase sempre, às diretrizes políticas que plasmam a estrutura do Estado. Impossível, por isso, subtrair a norma processual dos princípios que constituem a substância ética do Direito e a exteriorização de seus ideais de justiça. No processo penal, então, em que as formas processuais se destinam a garantir direitos imediatamente tutelados pela Constituição, das diretrizes políticas desta é que partem os postulados informadores da legislação e da sistematização doutrinária” (MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. V. I. 1. ed., São Paulo: Bookseller, 1998., p. 37).

¹³ As garantias são os instrumentos através dos quais os cidadãos podem assegurar seus direitos fundamentais. No dizer do professor Paulo Bonavides, são: “(...) um meio de defesa, se coloca então diante do direito, mas com este não se deve confundir” (BONAVIDES, Paulo. Curso de Constitucional. 16º. Ed. Malheiros: São Paulo, 2005, pag. 526). No entanto, há de se reconhecer que as garantias fundamentais também se encaixam na modalidade de direitos, na medida em que o cidadão tem o direito subjetivo de fazer uso desses expedientes.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 3ª Edição, Ed. Saraiva, p. 114.

Ingo Wolfgang Sarlet ressalta que especialmente por meio do reconhecimento dos direitos implícitos é que se percebe o quanto a reconstrução permanente do catálogo constitucional de direitos desnuda o caráter histórico-relativo dos direitos fundamentais¹⁵. O duplo grau de jurisdição é, sobretudo, a manifestação do paradigma acusatório no sistema processual penal, que corresponde não somente a uma mera disposição jurídica, mas também a uma conquista político-social.

Conforme dispõe o art. 5º, § 2º, da Constituição, os direitos e garantias expressos nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. A partir dessa disposição, há de se reconhecer o direito ao duplo grau de jurisdição como um direito fundamental e humano.

Os direitos fundamentais, previstos na constituição dos países, têm como objetivo proteger o cidadão da ação estatal e garantir os requisitos mínimos para que o indivíduo tenha uma vida digna¹⁶. Já os direitos humanos guardam relação com os documentos de direito internacional, por referirem-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional¹⁷. Pode-se afirmar, de certa forma, que os direitos fundamentais são "os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional"¹⁸.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas e internalizada pelo Decreto nº 592/1992, em seu art. 14.5, estabelece que "toda pessoa declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância, em conformidade com a lei". De forma

15 SARLET, Ingo Wolfgang. Uma Constituição aberta a outros Direitos Fundamentais?. Revista Consultor Jurídico, 13 de março de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-13/direitos-fundamentais-constituicao-aberta-outros-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 26 de maio de 2022.

16 Neste sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 90. / CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 573.

17 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 249.

18 COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 71.

semelhante, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em San José da Costa Rica, e internalizada pelo Decreto nº 678/1992, igualmente assegura, no art. 8.2.h, a toda pessoa acusada de um delito "o direito de recorrer da sentença a um juiz ou Tribunal superior".

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao interpretar o mencionado dispositivo internacional em caso contencioso submetido a sua jurisdição, fixou parâmetros para o conteúdo do direito humano ao recurso¹⁹: (i) o recurso deve garantir a possibilidade de um exame integral da decisão recorrida; (ii) o recurso deve ser acessível, sem a exigência de complexidades burocráticas que o tornem ilusório, devendo ser mínimas as formalidades exigidas; (iii) deve possibilitar a análise das questões fáticas, probatórias e jurídicas da sentença impugnada, posto que há uma interdependência entre as determinações fáticas e a aplicação do direito, devendo o recurso possibilitar um amplo controle dos aspectos impugnados da sentença condenatória e (iv) o recurso deve respeitar as garantias processuais mínimas que, conforme o art. 8º da CADH sejam relevantes e necessários para decidir as reclamações do recorrente.

Com relação à ampla devolutividade da decisão, faz-se necessário um instrumento processual que permita a máxima impugnação da sentença, ou seja, que possibilite a revisão de todo o seu conteúdo, sejam questões de direito ou de fato. O acusado, diante da sentença condenatória, deve ter a possibilidade de impugnar a decisão por *error in procedendo* ou por *error in iudicando*, mediante reexame de mérito ilimitado. No ordenamento jurídico pátrio, a apelação é, ordinariamente, o recurso com devolutividade plena cabível contra sentenças terminativas ou satisfativas proferidas pelo juízo²⁰.

Os recursos extraordinários, especiais ou *stricto sensu*, a serem interpostos, respectivamente, ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, são caracterizados pela devolutividade limitada ou parcial, ou seja, só uma parte da sentença é recorrida. O STF editou o enunciado sumular nº 456: "o Supremo Tribunal Federal, conhecendo o recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie". Em sentido semelhante, dispõe o enunciado nº 7 da súmula do STJ que "a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". Isso porque a esses tribunais de cúpula

¹⁹ Corte IDH, Caso Mohamed vs. Argentina, Objecões Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, julgado em 23.11.2012, Série C, nº 255.

²⁰ Em hipóteses excepcionais, são outros recursos de ampla devolutividade em face de sentenças: o recurso ordinário para o STJ (art. 105, II, da CF) e o recurso ordinário para o STF (art. 102, II, da CF).

cabe analisar, conforme determina a Constituição, tão somente a legalidade ou a constitucionalidade da decisão recorrida.

Por fim, deve-se observar que a titularidade do direito humano ao recurso pertence à pessoa formalmente condenada, ou do imputado, nos casos de absolvição ou prescrição. Os dois principais instrumentos internacionais de direitos humanos que impõem ao Estado brasileiro a observância e respeito estatal ao duplo grau de jurisdição indicam tal sistema como um direito subjetivo da pessoa acusada, e não do organismo estatal.

O conceito de direitos humanos configura um limitador ao conceito de soberania. Além de objeto de proteção à dignidade da pessoa humana, os direitos humanos configuram normas estruturais que limitam a liberdade do Estado. Ou seja, a soberania pode ser livremente exercida, desde que respeite integralmente a dignidade da pessoa humana. Portanto, é conseguinte da própria natureza do tratado internacional de direitos humanos que a sua interpretação seja realizada "*pro homine*": sempre aquela mais favorável ao indivíduo.

Neste sentido, dispõe Julio Maier a respeito do art. 8.2.h da CADH²¹:

"Me parece claro que, ao menos no parágrafo, a Convenção regional não se propõe – nem se pode propor – defender o Estado, mas sim, ao contrário, conceder uma garantia a quem sofre a coação estatal. A Convenção se refere, precisamente, às garantias processuais frente à ação e à força aplicada pelo Estado."²²

3 O RECURSO DE APELAÇÃO NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA

A apelação é acolhida pela legislação brasileira como o recurso ordinário por excelência, correspondendo à impugnação com o efeito devolutivo mais amplo e

²¹ "Artigo 8. Garantias judiciais: 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior."

²² MAIER, Julio BJ. El recurso del condenado contra la sentencia de condena: ¿ una garantía procesal?. In: La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Editores del Puerto, 1997. p. 407-428.

permitindo ao tribunal *ad quem* o reexame integral das questões julgadas na sentença proferida em primeiro grau de jurisdição. Trata-se, portanto, do instrumento processual que concretiza o princípio do duplo grau de jurisdição, uma vez que possibilita a reapreciação das questões de fato e de direito.

A ressalva à possibilidade de devolução plena do recurso de apelação, previsto no art. 593 do Código de Processo Penal, corresponde à hipótese da sua interposição contra decisões do Tribunal do Júri. Nesse caso, diante da garantia constitucional da soberania dos vereditos (art. 5º, XXXVIII, "c", da CF), o órgão jurisdicional revisor está, em regra, restrito à reforma da aplicação do direito feita pelo juiz presidente, impedido de alterar a decisão prolatada pelos jurados. Não obstante, caso conclua-se que a decisão do júri foi manifestamente contrária à prova dos autos, a decisão impugnada deve ser rescindida e determinado novo julgamento perante o Tribunal do Júri, com a formação de plenário com jurados distintos.

Há, em verdade, uma adequação entre os direitos fundamentais ao duplo grau de jurisdição e à soberania dos veredictos. Caso prevalecesse totalmente o veredito soberano, não seria possível que um tribunal diverso composto por juízes togados determinasse a realização de novo julgamento, mesmo sob a justificativa de manifesto desrespeito à prova dos autos. Por outro lado, caso fosse observado apenas o duplo grau de jurisdição, o próprio órgão revisor poderia reformar por inteiro o veredito do júri. Prevalece, todavia, a orientação de que é inconcebível que uma decisão manifestamente contrária à prova dos autos não possa ser revista por meio de recurso, e ao mesmo tempo a impossibilidade de um órgão revisor prolatar a decisão que somente pode ser constituída pelo júri. Assim, impera-se, ao fim, a realização de novo julgamento.

As hipóteses em que se admite a interposição de apelação não estão previstas apenas no art. 593 do CPP. O art. 416 do CPP faz menção ao cabimento da apelação contra a absolvição sumária e a decisão de impronúncia, ambos no procedimento do Tribunal do Júri. Por sua vez, a Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, também faz menção ao cabimento da apelação.

A hipótese mais comum de cabimento da apelação diz respeito às sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular (art. 593, I, do CPP). Sentenças absolutórias são aquelas em que o juiz julga improcedente a imputação constante da peça acusatória, tendo como fundamento uma das causas mencionadas no art. 386 do CPP. Na sentença condenatória, o juiz julga procedente, total ou parcialmente, a imputação.

A apelação também é admitida pela legislação infraconstitucional contra a absolvição sumária do art. 397 do CPP, quando o juiz reconhece: a existência manifesta de causa excludente da ilicitude; a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade, salvo inimizabilidade; quando concluir que o fato narrado evidentemente não constitui crime. Ressalva-se, no entanto, a hipótese em que tal decisão for proferida em razão do reconhecimento de causa extintiva da punibilidade (art. 397, IV, do CPP); tratando-se, nesse caso, de decisão com natureza declaratória, e não absolutória, a impugnação adequada será o recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581, VIII, do CPP.

O art. 593, I, do CPP, condiciona o cabimento da apelação às sentenças proferidas por juiz singular, não sendo cabível a interposição de apelação contra acórdãos condenatórios ou absolutórios nas hipóteses de competência originária dos tribunais.

Segundo o art. 593, inciso II, do CPP, também caberá apelação contra decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular, que não sejam recorríveis por recurso em sentido estrito. Quando houver previsão expressa de cabimento de recurso em sentido estrito, não será cabível apelação, tal como nos seguintes casos: a rejeição da peça acusatória (art. 581, I, do CPP); o acolhimento de exceção de coisa julgada, de ilegitimidade de parte ou de litispendência (art. 581, III, do CPP); e a extinção da punibilidade (art. 581, VIII, do CPP).

Quanto à legitimidade ativa, o legislador, por meio do art. 577, *caput*, do CPP, positivou de forma expressa: o recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público (órgão estatal acusatório), pelo querelante ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor. Em certas hipóteses, possibilita-se ainda ao assistente da acusação a legitimidade para interpô-lo.

Para que o Ministério Público possa recorrer, deve-se observar a configuração da sua sucumbência²³. Se, diante das suas alegações finais – orais ou por memoriais –, o Ministério Público pleitear a condenação do acusado, sendo proferida, ao revés, sentença absolutória, haverá sucumbência plena, que permitirá, nos termos do CPP, o conhecimento de eventual apelação por ele interposta. A mesma lógica se impõe quando houver o pleito ministerial de absolvição seguido de sentença condenatória, caso em que subsistirá

²³ Dispõe o art. 577, parágrafo único, do Código de Processo Penal: “não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão”.

interesse recursal tanto do acusado quanto do *Parquet*. Por outro lado, se, diante do pleito condenatório, sobrevier sentença condenatória, o Ministério Público poderá resignar-se com a decisão nos seus termos ou, ainda, interpor recurso visando ao aumento da pena fixada.

4 A INADEQUAÇÃO DO RECURSO DE APELAÇÃO EM FACE DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA

O Código de Processo Penal vigente foi promulgado em 3 de outubro de 1941. O seu artigo 593, principal previsão a respeito do recurso de apelação, teve redação alterada pela última vez em 1948. Não é extraordinário conceber que a Constituição Federal de 1988 e tratados internacionais internalizados em 1992 demandam uma revisão atenciosa da lei.

Conforme verificado, o CPP possibilita ao órgão acusatório o recurso de apelação à sentença absolutória. Ocorre que, havendo a revisão da sentença absolutória e a condenação de forma inédita no segundo grau de jurisdição, não dispõe o ordenamento jurídico nenhum recurso de ampla devolutividade ao condenado. Nessas situações, o direito ao recurso em decisão inédita demandaria, ao menos, um meio de impugnação de “terceiro grau”, o qual inexistente com a amplitude necessária no cenário brasileiro.

O CPP prevê ainda a mencionada figura da remessa necessária, em todos os casos diante de decisão favorável ao réu, numa espécie de refúgio ao escuso princípio “*in dubio pro societate*”²⁴. A sistemática se incompatibiliza com o sistema acusatório. No processo penal, a divisão de funções é inequívoca: cabe ao magistrado apenas o julgamento da demanda. A atuação de ofício do juiz de remeter os autos à instância diversa em virtude do reexame necessário importa em violação a esse sistema, porquanto haveria o deslocamento do magistrado de sua inércia natural²⁵.

Com relação ao reexame necessário, o STF entendeu pela sua subsistência diante da Constituição de 1988. O fato de ser privativa a atribuição do Ministério Público para a propositura da ação penal pública não teria o condão de revogar o recurso de ofício, uma

24 O princípio “*in dubio pro societate*” não tem qualquer guarida constitucional, legal ou convencional. A invocação desse brocardo é inconstitucional, violando a atividade probatória na persecução penal, bem como o contraditório e a ampla defesa. A presunção de inocência – ou o princípio do “*in dubio pro reo*” – está consolidado na Constituição (art. 5º, LVII), bem como na CADH (art. 8.2) e no PIDCP (art. 14.2).

25 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 1.743.

vez que o ordenamento jurídico prevê, inclusive, mecanismos de controle da inércia ministerial, tal como ocorre, por exemplo, nos casos de ação penal privada subsidiária da pública²⁶.

Já o direito ao recurso no caso de apelação que leva à reforma de absolvição proferida em primeiro grau foi analisado pelo Corte IDH no caso Mohamed vs. Argentina, julgado em 23/11/2012²⁷. Carlos Alberto Mohamed, motorista de ônibus, foi processado por crime de homicídio culposo, em razão de um atropelamento, enquanto dirigia na cidade de Buenos Aires. O acusado foi absolvido em primeiro grau, porém, após recurso do Ministério Público, findou-se condenado à pena de 3 anos de prisão, além de 8 anos de suspensão do direito de dirigir. Contra o acórdão condenatório era possível interpor apenas um recurso extraordinário, que não admitia revisão da matéria fática.

Após o processamento do caso, a Corte IDH concluiu pela responsabilidade do Estado argentino em razão da violação ao direito humano ao recurso (art. 8.2.h da CADH). Em acórdão, a Corte IDH determinou: a adoção das medidas necessárias para garantir Sr. Mohamed o direito a recorrer da sentença condenatória; a suspensão dos efeitos da condenação até o julgamento do recurso a ser interposto; e o pagamento de indenizações fixadas.

“Considerando-se que as garantias judiciais buscam evitar a submissão dos acusados em processo penal a decisões arbitrárias, a Corte interpreta que o direito ao recurso da decisão não poderá ser eficaz se não garantido em relação a todos aqueles que sejam condenados, uma vez que a condenação é a própria manifestação do exercício do poder punitivo do Estado. É contrário à finalidade desse direito que não seja assegurado o recurso a quem for condenado por sentença que reforma decisão absolutória. Interpretar de outra forma implicaria deixar o condenado privado de um recurso contra a condenação. Trata-se, em verdade, de uma garantia do indivíduo em face do Estado e não apenas mero guia

²⁶ STF, 1ª Turma, HC 75.417/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. 12/08/1997, DJ 20/03/1998.

²⁷ CoIDH, Caso Mohamed vs. Argentina, Objecões Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, julgado em 23.11.2012, Série C, nº 255.

procedimental que orienta o arranjo dos sistemas de impugnação nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Partes da Convenção.”²⁸

Conforme se extrai do caso, para a Corte IDH o direito humano ao duplo grau de jurisdição, nos termos do art. 8.2.h da CADH, se impõe a partir da primeira decisão condenatória, mesmo nos casos em que seja esta uma decisão reformadora de absolvição prévia.

A disposição da CADH é distinta, por exemplo, do que prevê a Convenção Europeia dos Direitos do Homem²⁹. A CADH estabelece “o direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal” como uma “garantia mínima” de toda pessoa acusada de um delito, sendo inadmissível qualquer condição ou limitação a tal direito. Por sua vez, a CEDH determina que o direito ao recurso “pode ser objeto de exceções em relação a infrações menores, definidas nos termos da lei, ou quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição ou declarado culpado e condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição” (art. 2.2 do Protocolo nº 7 à CEDH).

No âmbito do sistema global de direitos humanos, há decisões do Comitê de Direitos Humanos da ONU para esclarecer que, também conforme o art. 14.5 do PIDCP, impõe-se a possibilidade de um recurso no caso de reforma da absolvição ensejada por recurso dos acusadores³⁰. O dispositivo do PIDCP foi parâmetro, inclusive, utilizado pela Corte IDH no caso *Mohamed vs. Argentina*.

Na Opinião Consultiva OC-14/94, de 09/12/1994, solicitada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Corte IDH tratou sobre a responsabilidade internacional pela expedição e aplicação de leis violatórias da CADH. Segundo o órgão, a expedição de uma lei manifestamente contrária às obrigações assumidas por um Estado ao ratificar ou aderir à Convenção constitui uma violação desta e, no caso de essa violação afetar direitos e liberdades protegidos de indivíduos determinados, gera a responsabilidade internacional do Estado.

²⁸ CoIDH, Caso *Mohamed vs. Argentina*, ..., § 92.

²⁹ PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 3ª ed. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 234.

³⁰ AROCA, Juan Montero. *Proceso Penal y Libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*. Madrid: Thomson Civitas, 2008, p. 481.

Nos termos do art. 68 da própria CADH, “os Estados-Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte, em todo caso em que forem partes”. A sentença da Corte IDH, portanto, produz autoridade de coisa julgada internacional, com eficácia vinculante e direta às partes. Todos os órgãos e poderes internos do país encontram-se obrigados a cumprir a sentença.

Aliás, conforme decisão de supervisão de cumprimento de sentença no Caso *Gelman vs. Uruguai*, a Corte IDH, em interpretação do mencionado dispositivo da CADH, entendeu que sua jurisprudência contenciosa vincula também os Estados que não foram partes materiais no precedente³¹. Foram mencionadas duas dimensões de coisa julgada internacional: subjetiva e direta para as partes na controvérsia internacional e objetiva e indireta para todos os Estados-Partes na CADH. Aliás, por este motivo, o artigo 69 da Convenção estabelece que a sentença da Corte IDH seja notificada não apenas às partes no caso, mas também a todos os demais Estados-Partes.

Em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, a respeito de aplicação de medida provisória estabelecida pela Corte IDH no âmbito interno, foi estabelecido que as autoridades públicas, judiciárias sobretudo, devem exercer o controle de convencionalidade, observando os efeitos das disposições do diploma internacional e adequando sua estrutura interna para garantir o cumprimento total de suas obrigações frente à comunidade internacional, uma vez que os países signatários são guardiões da tutela dos direitos humanos³². O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca dispôs que “os juízes nacionais devem agir como juízes interamericanos e estabelecer o diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, até mesmo para diminuir violações e abreviar as demandas internacionais”³³.

Neste sentido, o parâmetro do controle de convencionalidade é o bloco de convencionalidade, que inclui não apenas os tratados, mas também outras fontes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como o costume internacional e principalmente a jurisprudência tanto contenciosa quanto consultiva dos tribunais internacionais de direitos humanos.

31 CoIDH, *Caso Gelman vs. Uruguai*, Objecões Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, julgado em 23.11.2012, Série C, nº 221..

32 STJ - AgRg no RHC: 136961 RJ 2020/0284469-3, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 15/06/2021, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/06/2021.

33 STJ - AgRg no RHC: 136961 RJ 2020/0284469-3, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 15/06/2021, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/06/2021, p. 4.

Toda prática ou normativa interna pode ser objeto de controle de convencionalidade. Qualquer norma de direito interno, independentemente de sua hierarquia (constitucional ou infraconstitucional), pode, pela sua própria existência e aplicabilidade, por si só comprometer a responsabilidade de um Estado-Parte em um tratado de direitos humanos.

É patente, portanto, também no ordenamento jurídico pátrio a inadequação do recurso de apelação em face da sentença absolutória, uma vez inexistente a possibilidade de um recurso ordinário do acusado, com efeito devolutivo das questões fáticas, probatórias e jurídicas, em face de eventual condenação em segundo grau.

Nas antinomias aparentes, os critérios adotados são a hierarquia, a cronologia e a especialidade. Conforme dispõe o art. 2º do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), "não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue". Equivalendo a sistemática recursal do CPP, em especial no que diz respeito à possibilidade da apelação em face de sentenças absolutórias, a normas anteriores aos decretos que internalizam a CADH e o PIDCP, inegável se demonstra o instituto da revogação³⁴.

Ademais, as normas infraconstitucionais anteriores a nova constituição e materialmente compatíveis com ela são recepcionadas pelo Poder Constituinte, que as engloba do mesmo modo que eram, normas infraconstitucionais. Não havendo recepção, por raciocínio óbvio, revogam-se as normas anteriores. Se a Constituição brasileira de 1988 resguarda o sistema acusatório e, ainda que implicitamente, o direito fundamental ao duplo grau de jurisdição ao acusado, não dispondo a respeito da possibilidade de recurso ordinário pelo órgão acusatório, é evidente que também há de se reconhecer a não recepção dos referidos dispositivos do CPP, que priorizam a capacidade recursal do órgão acusatório ao revés do direito fundamental e humano ao duplo grau de jurisdição da pessoa condenada.

5 CONCLUSÃO

O direito fundamental e humano ao duplo grau de jurisdição impõe a possibilidade de um recurso de devolutividade ampla em face da primeira sentença condenatória, seja

³⁴ Conforme se verificará a seguir, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados por rito legislativo diverso ao conferido para a edição de emendas constitucionais possuem status de supralegalidade. Portanto, poder-se-ia ainda apontar a hierarquia normativa como critério.

ela em primeiro ou segundo grau. Assim, observando-se na legislação pátria a possibilidade legal de um recurso de apelação em face da sentença absolutória e o impedimento normativo de novo recurso ordinário em face de decisão reformadora da absolvição, poder-se-ia concluir que, uma vez vinculado o Estado às disposições da jurisprudência internacional da Corte IDH e às normas internacionais da CADH e do PIDCP, a adequada solução seria a criação de um terceiro grau de jurisdição. Porém, tal entendimento não deve prevalecer.

Ocorre que a inadequação no sistema recursal do processo penal brasileiro não é a inexistência de um terceiro grau de jurisdição. Tradicionalmente, enaltece-se o duplo grau de jurisdição como a concretização jurídica e político-social do sistema acusatório. A previsão deste sistema como uma garantia fundamental e um direito humano corresponde à consolidação da possibilidade da impugnação à condenação como um mínimo existencial da pessoa humana e ainda um limite ao poder punitivo do Estado. Assim, o que há de inadequado é o mecanismo que esvazia a substância desse direito fundamental e humano: a possibilidade do recurso de ampla devolutividade conferido ao órgão acusatório diante de sentença absolutória.

O poder constituinte originário estabeleceu na Constituição brasileira de 1988 a estrutura organizacional do Poder Judiciário com a indicação exata dos órgãos e tribunais que o integram e a respectiva repartição de competências jurisdicionais. O princípio da conformidade funcional impede que os órgãos encarregados da interpretação constitucional cheguem a uma leitura normativa que altere a divisão de funções ou invada a repartição de competências atribuída pela Constituição. Não pode também o legislador ampliar, reduzir ou modificar a disposição organizacional do Estado por meio de normas infraconstitucionais, uma vez reconhecida a supremacia da Constituição.

Não foi a vontade política do poder constituinte brasileiro estabelecer um terceiro grau de jurisdição. As competências jurisdicionais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça estão expressa e delimitadamente previstas em rol taxativo do texto constitucional (arts. 102 e 105). E, sendo inconstitucional a criação de nova instância ou a alargada ampliação de competências dos tribunais de cúpula, não há outra conclusão: é inviável o recurso de apelação pelo Ministério Público, querelante ou assistente de acusação em face da decisão de absolvição. Todas as disposições legais neste sentido devem ser reconhecidas revogadas ou não recepcionadas.

É plenamente possível, diante das disposições constitucionais e convencionais, um sistema que somente admita o recurso *pro reo*: as sentenças condenatórias seriam apeláveis, mas não caberia recurso das sentenças absolutórias. Aliás, não apenas plenamente possível, mas inevitável, uma vez considerado o princípio interpretativo *pro homine* dos direitos humanos: uma vez que a Constituição impede um recurso de ampla devolutividade a um terceiro grau de jurisdição, os dispositivos internacionais de direitos humanos que garantem o recurso à decisão de condenação devem se compatibilizados internamente por meio do tratamento mais favorável ao indivíduo.

A paridade de armas não estaria prejudicada, uma vez que toda a persecução penal está sob o poder estatal; em verdade, o recurso de apelação exclusivo do acusado corresponderia ao mais adequado equilíbrio processual no sistema acusatório. Ao Ministério Público, querelante ou assistente de acusação restaria excepcionalmente cabível o recurso de apelação diante da sentença condenatória quando tiver opinado previamente pela absolvição.

Afinal, se há um princípio que favorece a sociedade é o princípio do "*favor rei*". No Estado Democrático de Direito, ao réu deve ser dispensado tratamento diferenciado, baseando-se precipuamente na predominância do direito de liberdade, quando em confronto com o direito de punir do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AROCA, Juan Montero. *Proceso Penal y Libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*. Madrid: Thomson Civitas, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 136.961-RJ. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, Distrito Federal, 21 de junho de 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 278.124-PI. Relator: Leopoldo de Arruda Raposo, Desembargador convocado do TJ/PE. Relator para acórdão: Felix Fischera. Brasília, Distrito Federal, 09 de junho de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 75.417/DF. Relator: Octavio Gallotti. Brasília, Distrito Federal, 20 de março de 1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-SP. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, Distrito Federal, 3 de dezembro de 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Constitucional. 16º. Ed. Malheiros: São Paulo, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguai. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C, nº 221.

_____. Caso Gomes Lund e Outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, nº. 219.

_____. Caso Mohamed vs. Argentina. Sentença de 23 de novembro de 2012. Série C, nº. 255.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

FÉLIX, Juarez. O duplo grau de jurisdição obrigatório. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

MAIER, Julio BJ. El recurso del condenado contra la sentencia de condena: ¿una garantía procesal?. In: La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Editores del Puerto, 1997.

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. V. I. 1. ed., São Paulo: Bookseller, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 3ª Edição, Ed. Saraiva.

NERY JR., Nelson. Teoria geral dos recursos. 7ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos. 3ª ed. Belo Horizonte: CEI, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. Uma Constituição aberta a outros Direitos Fundamentais?. Revista Consultor Jurídico, 13 de março de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-13/direitos-fundamentais-constituicao-aberta-outros-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 26 de maio de 2022.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

VALADARES, André Garcia Leão Reis. A composição do órgão colegiado e seus efeitos na tomada de decisão. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 8, n. 2, p. 719-739, 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Duplo Grau de Jurisdição na Justiça Criminal: o direito ao recurso como possibilidade de questionamento da motivação da sentença condenatória. In: GIACOMOLLI, Nereu; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (org.). Processo Penal e Garantias Constitucionais. Estudos para um processo penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA EM DELITOS DE AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA PRATICADOS NO CONTEXTO DA LEI MARIA DA PENHA

JULIA GRACIELLE REZENDE DE SOUSA:

Faculdade de Direito Santa Terezinha – FEST.
Técnica Judiciária do Tribunal de Justiça do
Estado do Maranhão

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo a análise da aplicação do princípio da bagatela imprópria na Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), considerando a problemática encontrada na execução das finalidades desta Lei, levantando a discussão a respeito da natureza da Ação Penal Pública nos delitos de lesão corporal praticados no âmbito da violência doméstica. Para alcançar tal finalidade, o estudo se fará por meio de metodologia que utiliza abordagem qualitativa, uma vez que busca as percepções e entendimento acerca do tema, abrindo espaço para a interpretação mais complexa do que a Lei Maria da Penha, a priori, apresenta. O estudo também possui caráter exploratório, tendo em vista que almeja fazer um apanhado geral do tema em análise, utilizando, no que refere-se aos meios, a pesquisa bibliográfica de teorias já afirmadas no ordenamento jurídico e na doutrina, por meio de leis, livros e artigos científicos. Por fim, faz o necessário exame do posicionamento jurisprudencial a respeito da aplicação do princípio da bagatela imprópria no contexto da lei Maria da Penha, que justifica o presente artigo.

Palavras-chaves: Lei Maria da Penha. Ação Penal Pública Incondicionada. Princípio da Insignificância. Princípio da Bagatela Imprópria. Posicionamento jurisprudencial.

1.INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.340 de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, surgiu com a pretensão de criar meios para coibir a violência doméstica e familiar contra mulheres, a fim de garantir direitos fundamentais, afirmados em tratados internacionais e na Constituição Federal. No entanto, ainda que existam expressivos avanços no que se refere às relações de gênero, os resquícios da ideologia patriarcal ainda subsistem. Na tentativa de superar esses resíduos patriarcais que alimentam uma cultura machista reverberada ao longo dos séculos, a Lei Maria da Penha inclina-se para uma direção criminalizadora, por meio da constante intervenção criminal.

Supõe ser este o instrumento mais eficaz para assegurar direitos fundamentais, abrindo, com esse rigor penal, precedentes que questionam a finalidade da Lei, bem como

possibilita nascer mecanismos, com fins moderadores, que norteiem a aplicação de penalidades que, efetivamente, sejam adequadas ao caso concreto. E nesse sentido, apresenta-se, como nova modalidade doutrinária, a aplicação do princípio da bagatela imprópria no contexto da Lei Maria da Penha.

Nesse passo, o presente estudo tem como objetivo averiguar a possibilidade da aplicação do princípio da bagatela imprópria no âmbito da Lei nº 11.340/2006, bem como identificar quais as dificuldades enfrentadas pela Lei para o alcance de sua finalidade, levantando discussão a respeito da natureza da Ação Penal Pública nos delitos de lesão corporal praticados no âmbito da violência doméstica. Para alcançar a finalidade proposta, esse estudo se realizará por meio de pesquisa em materiais já elaborados por doutrinadores, como livros, revistas, teses entre outros, assim como em julgados provenientes dos Tribunais Estaduais e Tribunais Superiores.

De início, serão examinados os aspectos históricos, culturais e sociais da Lei Maria Penha, tendo em vista que esses fatores vivenciados, tanto pelo sexo masculino, como feminino, são fundamentais no processo de inovação de uma ordem jurídica que ampare e resguarde dos direitos fundamentais da mulher. Será abordado, ainda nesse capítulo, o conceito de violência doméstica, bem como a finalidade da Lei Maria da Penha, considerando que essas definições são imprescindíveis para compreensão acerca da violência gênero e da necessidade de interferência dessa lei nas relações familiares.

O segundo capítulo se ocupará de trazer as alterações legislativas penais introduzidas pela Lei Maria da Penha haja vista que o Código Penal Brasileiro e Lei de Execução Penal sofreram modificações, no que concerne a possibilidade de decretação da Prisão Preventiva e a criação e encaminhamento dos agressores aos centros de educação e de reabilitação.

Posteriormente, o capítulo terceiro, passará à análise da natureza da Ação Penal Pública, apresentando as espécies existentes no ordenamento jurídico brasileiro, para então classificar a natureza da Ação Penal, quando o delito ocorrer no âmbito da violência de gênero. Explora, ainda esse capítulo, o debate existente e a respeito dos delitos de lesão corporal e lesão corporal leve qualificada pela violência doméstica e familiar.

O quarto capítulo adentrará no estudo do princípio da insignificância ou bagatela, haja vista que o conhecimento sobre essa matéria será essencial para compreender o que vem a ser a infração bagatela imprópria ou irrelevância penal do fato. Serão expostas nesse capítulo as posições doutrinárias acerca dos conceitos e aplicações desses princípios no âmbito da Lei Maria da Penha.

Em conclusão, o quinto capítulo mostrará os posicionamentos jurisprudenciais a respeito da aplicação do princípio da bagatela imprópria no contexto da lei Maria da Penha.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS DA LEI Nº 11.340/2006

Nos anos finais do século XX, destaca-se, nacional e internacionalmente, o movimento de superação da mulher após um longo período de subordinação ao sexo masculino. Esse avanço está associado a vários fatores, como a atuação das mulheres nas atividades econômicas, participação no mercado de trabalho, presença do sexo feminino na política, e, em consequência dessa nova dinâmica, que integra a mulher à sociedade de forma participativa, promovem-se alterações nos papéis desempenhados pelos gêneros feminino e masculino, passando a serem alvos de questionamentos que exigem um novo comportamento da sociedade.

No entanto, essas mudanças ocorridas gradualmente não foram suficientes para a total superação da ideologia patriarcal desenvolvida desde primórdios em nossa sociedade. A distinção entre os papéis masculinos e femininos não foram eliminados da cultura brasileira, permanecendo até dias atuais o pensamento de que o papel profissional desempenhado pelas mulheres seria secundário. No campo da política, embora hoje seja permitida sua participação, a desigualdade acentuada ainda pode ser observada como um espaço preponderantemente masculino, restando às mulheres fazer parte de uma estatística de exceções no espaço político.

Alinhando-se a esta visão, ressalta Karam (2006, b. 168):

Os resquícios da ideologia patriarcal, da histórica desigualdade, da discriminatória posição de subordinação da mulher, naturalmente, também subsistem nas relações individualizadas. Embora os atos de agressão de homens contra mulheres nas relações de casais tenham diminuído sensivelmente — redução nitidamente visível em relação aos chamados homicídios passionais no Brasil, quase desaparecidos dos registros do sistema penal —, relações de hierarquização e dominação ainda subsistem, assim subsistindo atos identificáveis como expressão da chamada violência de gênero, isto é, motivados não apenas por questões estritamente pessoais, mas expressando fundamentalmente a hierarquização estruturada em posições de dominação do homem e subordinação da mulher, por isso se constituindo em manifestações de discriminação.

Percebe-se que a violência contra o gênero feminino nem sempre foi entendida como violência, assim, esse evento social complexo afeta meninas e mulheres, em variadas culturas, desencadeando efeitos negativos para a saúde física e mental das mulheres, bem como para toda a sociedade, tornando-se necessário conhecer o processo histórico e social que converteu essa violência, praticada durante gerações contra as mulheres, em violação de direitos humanos das mulheres.

2.1 Aspectos históricos culturais e sociais

A necessidade e urgência na criação da lei nº 11.340/2006 encontra fundamento em aspectos culturais derivados de uma desigualdade histórica ancorada em valores patriarcais que perduram na sociedade por gerações. Esse contexto cultural, que deságua na atual desigualdade de posições em que os gêneros masculino e feminino encontram-se, é analisado por Del Priore (2013, p. 6) que aponta:

A soma dessa tradição portuguesa com a colonização agrária e escravista resultou no chamado patriarcalismo brasileiro. Era ele que garantia a união entre parentes, a obediência dos escravos e a influência política de um grupo familiar sobre os demais. Tratava-se de uma grande família reunida em torno de um chefe, pai e senhor, forte e destemido, que impunha sua lei e ordem nos domínios que lhe pertenciam. Sob essa lei, a mulher tinha de se curvar.

Nota-se que a violência doméstica tem raízes nos papéis que foram desempenhados por homens e mulheres no decorrer da história. Observa-se, nesse percurso, uma sociedade cega à agressividade masculina, que exalta sua virilidade, alimentando ao longo do tempo a ideologia de superioridade do homem.

Na ótica de Del Priore (2013), não por acaso, esses eram os termos da legislação portuguesa utilizada pelo Brasil, constituídas pelas Ordenações Filipinas que vigoraram no país até 1916. Nessa legislação, a mulher era vista como incapaz de praticar atos da vida civil, em razão da sua fraqueza de entendimento, tendo suprida essa incapacidade, caso fosse casada, por meio do seu representante legal, o esposo.

As mulheres estavam submissas ao pai ou marido, sendo assim, constava nas normas das Ordenações Filipinas que estes seriam livres de pena, caso agredissem as mulheres, podendo castigá-las, desde que moderadamente. Acrescenta Rodrigues (2003, p. 40) sobre o tema, que aos homens também era concedido o direito de matar suas companheiras quando adultério, bastando, para isso, apenas que houvesse boatos da traição.

A legislação criminal de 1830 superou poucos costumes patriarcais do passado, tratando desigualmente homens e mulheres quando da tipificação do adultério, embora a Constituição brasileira de 1824 já determinasse a igualdade formal para todos.

Já o Código Civil de 1916 retrocedendo no que diz respeito aos direitos das mulheres, afirmou e fez permanecer a divisão hierarquizada da família, quando instituiu o pátrio poder e a incapacidade da mulher casada, durante a constância do casamento, atribuindo ao homem o poder no casamento, conferindo a ele o dever de representação legal dos membros da entidade familiar.

No Código Penal de 1890, suriu a figura dos uxoricidas, admitindo que não fossem tidos por delituosos os homens que atestassem a privação de sentido e de inteligência durante a prática do crime. Para Mariza Correia (1981), o enorme debate ocasionado por essa possibilidade de descriminalização de crimes passionais cometidos contra mulheres, gerado pelo Código Penal de 1890 ocasionou a declaração no Código de 1940 que a emoção ou a paixão não excluem a responsabilidade penal, conforme artigo 28 do referido diploma legal.

Esse tratamento diferenciado, atribuído a homens e mulheres, na área do direito penal e civil, perdem espaço no decorrer dos anos, em razão dos movimentos feministas, que colocaram no seu rol de direitos a serem alcançados, o direito das mulheres viverem livres da violência, tendo como estratégia escolhida, as reformas legislativas, alcançando gradualmente alterações no ordenamento jurídico.

Grande exemplo disso é a Constituição Federal de 1988, que teve incorporado em seu texto normas que tratam do princípio da igualdade entre homens e mulheres no art. 5º, I, igualdade na sociedade conjugal no art. 226, § 5º, bem como determina no art. 226, § 8º, a criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações.

Essa inclusão de dispositivos que deslocam para o Estado a obrigação de interferir nas relações familiares para coibir a violência doméstica e auxiliar a vivência intrafamiliar, juntamente com o que é exposto na Constituição Federal sobre o tema eo histórico de luta dos movimentos, acima explanados, quando somados à história de luta particular de Maria da Penha Maia Fernandes, farmacêutica e residente na Cidade de Fortaleza, no Estado do Ceará, fortaleceu e deu ensejo à criação, na legislação nacional, da Lei 11.340/2006, batizada popularmente de Lei Maria da Penha.

Maria da Penha suportou, por anos, um relacionamento tumultuoso, repleto de episódios de agressões praticadas pelo seu companheiro. O mais grave deles, ocorrido no ano de 1983, que a deixou paraplégica, não cessando a violência contra a vítima neste ato,

esta passou a viver desde então, uma batalha desgastante por justiça que atravessou anos, conforme aponta Maria Berenice Dias (2012), visto que a legislação brasileira, existente à época, foi muito branda com o agressor, fazendo o caso desembocar na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão que pertence à Organização dos Estados Americanos (OEA), para verificação das denúncias de violação aos direitos humanos que envolveram o caso.

Em razão das denúncias efetuadas por Maria da Penha, bem como por outros órgãos, consubstanciado por conquistas já galgadas pelos movimentos de mulheres que já haviam solicitado Convenção própria para obrigar os Estados-parte a tomarem medidas adequadas à promoção da igualdade entre homens e mulheres, a Comissão publicou em 2001, Relatório 54/2001, documento imprescindível na criação da Lei 11.340/2006, em razão da grande repercussão que obteve. É o que afirma Cunha e Pinto (2014, p. 29): "Serviu como poderoso incentivo para que se restabelecessem as discussões sobre o tema, culminando, passados pouco mais de cinco anos de sua publicação, com o advento, finalmente, da Lei Maria da Penha."

Assim, não existem dúvidas, que os aspectos históricos, culturais e sociais vivenciados e internalizados por homens e mulheres, foram essenciais para a inovação de uma ordem jurídica, que fosse capaz de amparar e resgatar a mulher desse ambiente violento. Cria-se, então, a Lei Maria da Pena, que surge como mecanismo de combate à violência proveniente das relações familiares e domésticas, incumbindo ao Estado e à Justiça, a tarefa delicada, porém necessária, de interceder na esfera familiar, fazendo-se necessário, nesse caminhar, compreender os conceitos e implicações que esta nova Lei apresentou à sociedade.

2.2 Conceito de Violência Doméstica

A própria Lei nº 11.340/2006 conceitua o que é violência doméstica no seu artigo 5º, bem como especifica sua área de atuação nos incisos do mesmo artigo. Vejamos.

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

- I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
- II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade

formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (BRASIL, 2006).

Verifica-se que primeiramente, a Lei aponta as ações que se ajustam a violência doméstica e familiar (art. 5º). Após, limita o espaço onde se configuram o delito (art. 5º, I, II e III), a saber: no âmbito do convívio doméstico, familiar e em qualquer relação de afeto. E por fim, descreve as condutas que caracterizam a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Para melhor compreensão dessa definição apresentada pela lei, faz-se necessário, antes, assinalar que gênero não diz respeito às características sexuais, mas refere-se à forma com que elas são idealizadas em determinado contexto histórico, destinando-se a cada um dos gêneros um posto específico.

Nesse entender, esclarece Machado, (1995):

Gênero remete a ideia da construção cultural e social do que é ser mulher ou ser homem e a ideia de que as relações sociais de gênero é que englobam os entendimentos culturais do que seja cada um dos gêneros possíveis. O conceito é gerado a partir da perspectiva da desconstrução das ideias naturalizadas de mulher e homem chegando-se assim a focalizar a sua construção cultural e social.

Superada esta necessária explanação, de que violência de gênero traduz-se na tentativa de exercício de poder do homem sobre a mulher, em virtude dos desequilibrados papéis que cada sexo exerce, Cunha e Pinto (2012, p. 49) definem violência doméstica "como sendo a agressão contra mulher, num determinado ambiente (doméstico, familiar ou de intimidade), como finalidade de objetá-la, isto é, dela retirar direitos, aproveitando sua hipossuficiência."

Coaduna a definição apresentada pelos autores com o conceito apresentado pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra Mulher, qual seja: “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública, como na esfera privada.” Foi esta, inclusive, a definição que orientou a Lei Maria da Penha na construção dos mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra mulher.

No que tange às formas de violência doméstica e familiar contra mulher, a Lei conceitua vários tipos de violência, que ultrapassam a mera proteção da integridade física e se estendem à várias condutas que podem ser objeto de tutela pelo poder Judiciário. A lei atribui, ainda, o caráter exemplificativo do rol, quando acrescenta ao texto legal a expressão “entre outras” para referir-se às formas de violência, deixando claro que podem existir outras condutas não previstas expressamente na lei.

Passando à análise individual dos tipos de violência doméstica apresentados pelo texto legal, Campos e Corrêa (2012, p. 255) assim define a **violência física**:

A violência física constitui qualquer agressão física ao corpo da mulher, tutelando sua vida e integridade física, podendo ser praticada de diversas formas, como por meio de empurrões, puxões de cabelo, mordidas, beliscões, socos, chutes, queimaduras, pontapés e os mais diversos ferimentos e cortes causados por faca, canivete, pedaços de madeira, objetos pontiagudos, asfixia, fios, eletricidade, armas de fogo e outros.

Não se distancia, tal definição, da apresentada pela Lei Maria da Penha em seu artigo 7º, que declara ser violência física, a entendida como qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal da mulher.

Importante destacar, que os delitos caracterizados como violência física, perpetrados por meio das condutas acima descritas, encontram-se tipificados no Código Penal, em sua parte especial e na lei de Contravenção Penal, sendo esta a forma de violência que apresenta maior incidência nos registros de violência contra mulher em nosso país.

A **violência psicológica**, também, encontra-se conceituada no artigo 7º, inciso II, da lei 11.340/2006, que a descreve da seguinte forma:

II - violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise

degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; [...]. (BRASIL, 2006).

A lei Maria da Penha descreve como violência psicológica, qualquer ação que cause à mulher diminuição de sua autoestima, abrangendo qualquer sofrimento causado pelo abalo da autoimagem, visto que consiste em uma agressão emocional. Conforme ressalta Dias (2012, p. 67), "a proteção é da autoestima e da saúde psicológica."

Continuando a definir as formas de violência, também consta nesse rol a **violência sexual**, explanada pelo artigo 7º da lei 11.340/2006 deste modo:

Entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; [...]. (BRASIL, 2006).

Registre-se que esse tema foi objeto de resistência por parte da doutrina e jurisprudência, visto que, como afirma Maria Berenice Dias (2013, p. 68), "a tendência sempre foi identificar o exercício da sexualidade como um dos deveres do casamento, a legitimar a insistência do homem, como se estivesse ele a exercer um direito."

Felizmente, acrescenta a mesma doutrinadora, que a doutrina legal já evoluiu no que se refere ao tema, no entanto a violência sexual não deixou, nem parece estar perto de deixar, de ocupar lugar de destaque neste cenário. Vejamos o que diz Campos e Corrêa (2012, p. 255) sobre o assunto:

A violência sexual é fenômeno universal que alcança indistintamente mulheres de todas as classes sociais, etnias,

religiões e culturas, acontecendo em populações de diferentes níveis de desenvolvimento econômico e social, em espaços públicos ou privados, e em qualquer fase da vida da mulher, possuindo sequelas biopsicossociais complexas de mensurar, sabendo-se que produz efeitos intensos e devastadores, muitas vezes irreparáveis ou de difícil reparação.

Os danos da violência sexual, para a saúde física e mental da vítima, são gravíssimos, motivo pelo qual carece de especial atuação por parte do Poder Judiciário, no sentido de não reproduzi-la permitindo antecedentes equivocados, gerados a partir de uma cultura de desigualdade de gêneros.

Quanto à **violência patrimonial** o que a lei dispõe no seu artigo 7º é o seguinte:

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades. (BRASIL, 2006).

Para Cunha e Pinto (2012, p. 64), "Esta é a forma de violência raramente se apresenta separada das demais, servindo, quase sempre, como meio para agredir, física ou psicologicamente, a vítima."

Hermann (2007, p. 114), analisando o artigo supramencionado assim delibera:

A violência patrimonial é a forma de manipulação para subtração da liberdade à mulher vitimada. Consiste na negação peremptória do agressor em entregar à vítima seus bens, valores, pertences e documentos, especialmente quando esta toma iniciativa de romper a relação violenta, como forma de vingança ou até como subterfúgio para obriga-la a permanecer no relacionamento do qual pretende se retirar.

Para tais autores a violência patrimonial é, ora meio, ora desfecho de outros tipos de violência praticados contra a mulher. Além disso, pode-se também depreender que se trata de recurso para atingir psicologicamente a vítima, haja vista ser clara a finalidade de que, com tal conduta, o agressor interfere na independência financeira necessária para permitir à ela condições para recomeçar e reorganizar sua vida.

Encerrando a conceituação das formas de violência a lei Maria da Penha, ainda em seu art. 7º, inciso V, entende como **violência moral** qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

A respeito do artigo supramencionado, comenta Dias (212, p. 72):

A violência moral encontra proteção penal nos delitos contra honra: calúnia, difamação e injúria. São denominados delitos que protegem a honra, mas quando cometidos em decorrência do vínculo de natureza familiar ou afetiva, configuram violência moral.

Ajustando-se a norma ao conceito apresentado pode-se concluir como violência moral qualquer que seja a conduta que resulte em calúnia, configurada quando o agressor afirma que aquela praticou crime que não cometeu; difamação, quando o agressor atribui à vítima fatos que ofendam a sua reputação, ou injúria, que se efetua quando o agressor atinge a dignidade da mulher.

2.3 Finalidade da Lei Maria da Penha

A Constituição Federal impõe em seu artigo 226, §8º, que “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.” Demonstra, assim, o texto constitucional a necessidade de implementação de políticas públicas que coíbam e erradiquem a violência doméstica.

A Constituição Federal, com esse dispositivo, tenta corrigir as diferenciações postas arbitrariamente para os gêneros, bem como tem o intuito de vedar o tratamento desigual que discrimina o sexo feminino, colocando-o em uma situação de vulnerabilidade. Nesse interim, a criação dessa ação afirmativa, visa consertar a desigualdade enfrentada pela mulher na sociedade ao longo dos anos, em função das relações hierarquizadas às quais esta sempre foi submissa.

Para Campos e Corrêa (2012, p. 111), essas políticas públicas têm como alvo a figura do sexo feminino, visto que é este que ocupa o polo de inferior nas relações familiares, bem como na sociedade. Vejamos:

O projeto delimita o atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, por entender que a lógica da

hierarquia de poder em nossa sociedade não privilegia as mulheres. Assim, busca atender aos princípios de ação afirmativa que têm por objeto implementar ações direcionadas a segmentos sociais, historicamente discriminados, como as mulheres, visando corrigir desigualdades e a promover a inclusão social por meio de políticas públicas específicas, dando a estes grupos um tratamento diferenciado que possibilite compensar as desvantagens sociais decorrentes da situação de discriminação e exclusão que foram expostas.

A necessidade de criar uma legislação que assista à mulher vítima de violência doméstica, ao lado do que é previsto na Constituição e em tratados internacionais, encontra-se consubstanciado nas estatísticas que comprovam a elevada ocorrência de agressões no âmbito doméstico.

Em função dos dados elevados de violência, ainda sob a análise do mesmo autor, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recomendou ao Brasil simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias do devido processo e o estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera.

Dessa forma, a Lei Maria da Penha, tendo obtido seu mérito reconhecido nacional e internacionalmente, veio inserir na ordem jurídica brasileira um sistema apto a oferecer maior proteção e assistência à mulher, histórica e culturalmente desfavorecida, em razão do papel frágil que a esta sempre foi atribuído ao longo dos anos. Aquém disso, ultrapassando a figura feminina, como alvo da Lei, arremata Maria Berenice Dias (2012, p. 42) quando ensina, que além da mulher vítima de violência, a família e a sociedade, dado que o sofrimento individual de mulheres ofendidas agride o equilíbrio de toda a comunidade e a estabilidade das células familiares como um todo.

3. ALTERAÇÕES NA LEGISLAÇÃO PENAL TRAZIDAS PELA LEI MARIA DA PENHA

Para atender a algumas expectativas da Lei Maria da Penha, o Código Penal Brasileiro passou por algumas modificações, na medida em que permitiu que os agressores, na prática de violência doméstica de gênero, fossem presos em flagrante ou que tivessem sua prisão preventiva decretada, não podendo ser a estes sancionadas penas alternativas ou as penas pecuniárias.

A Lei Maria da Penha trouxe, também, alterações no âmbito da execução penal, quando determina que o agressor compareça a programas de reeducação, bem como a

esfera do processo penal, quando levanta o debate sobre Ação Penal Pública, tema este que será tratado em capítulo próprio mais a frente. Vejamos, a princípio, as alterações trazidas no campo das prisões e penas aplicáveis ao agressor, mais especificamente a que diz respeito ao comparecimento deste a programas de reeducação.

3.1 Prisão Preventiva

A prisão preventiva é, segundo Márcio Pereira e Fernando Leal Neto (2014, p.402), “medida cautelar de cerceamento provisório da liberdade ambulatorial do indivíduo que, decretada por magistrado se presentes os requisitos legais, podem ocorrer durante o curso de uma investigação ou processo criminal”.

Conforme artigo 311 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva pode ser decretada de ofício pelo juiz ou mediante requerimento do Ministério Público, do querelante, ou ainda mediante representação da autoridade policial.

Debatendo sobre o tema, Távora e Antonini (2009, p, 463):

É a prisão de natureza cautelar mais ampla, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, leia-se, durante o inquérito policial e na fase processual. Até antes do trânsito em julgado da sentença admite-se a decretação prisional, por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente (art. 5º, inciso LXI da CF), desde que presentes os elementos que simbolizem a necessidade do cárcere, pois a preventiva, por ser medida de natureza cautelar, só se sustenta se presentes o lastro probatório mínimo a indicar a ocorrência da infração, os eventuais envolvidos, além de algum motivo legal que fundamente a necessidade do encarceramento.

Cabe observar, nessa linha, que a decretação da prisão preventiva, admitida até mesmo antes da instauração do inquérito policial, deve atender a requisitos legais, devendo estes ser obrigatoriamente demonstrados, haja vista a preventiva ser medida exceção que deve ser utilizada cautelosamente.

Importante, nesse contexto, expor os fundamentos que o art. 312 do Código de Processo Penal, apresenta primeira parte. Vejamos, “Art. 312 – A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal [...]”

Passando à análise desses fundamentos, que permitem o cabimento da prisão preventiva, r Távora e Antonni (2009) esclarece que garantia da ordem pública é o meio para evitar que o agente continue delinquindo no transcorrer da persecução criminal, traduzindo essa expressão em tranquilidade e paz no meio social. Ou seja, existindo evidências de que o infrator continuará com a práticas delituosas, será cabível a aplicação da prisão, no entanto é necessário que reste comprovado a situação de risco.

A garantia da ordem econômica, no entender de Marcio Pereira e Fernando Leal Neto (2014, p. 404) “visa coibir ataques vultosos à ordem econômico-financeira nacional.” Tem, de acordo com o autor, a finalidade evitar que o indivíduo, caso fiquesolto, continue a afetar a ordem econômica.

Compreende-se por conveniência da instrução criminal, a proteção de uma produção probatória livre de interferências, definida por Távora e Antonni (2009, p. 466) “como a possibilidade de que o infrator destrua provas, ameace testemunhas, ou comprometa de qualquer maneira a busca da verdade.”

Por fim, a garantia de aplicação da lei penal, sob o ponto do vista do autor supramencionado, tem o objetivo de impossibilitar a fuga do agente, impedindo que esse venha a eximir-se de eventual cumprimento da sanção penal, sendo obrigatório, neste caso a concreta e fundada possibilidade de fuga, não bastando como fundamento apenas a condição econômica do réu.

A segunda parte do artigo 312 do Código Penal traz como pressuposto a demonstração de prova da existência do crime, bem como os indícios suficientes de autoria, também sendo necessária aqui a comprovação de que a ocorrência do delito é incontestável, fazendo-se por meio de exame pericial, testemunhas, documentos, interceptação telefônica, a fim de evitar a prisão quando não houver certeza da existência do crime. Já no que diz respeito à autoria, a exigência é apenas de indícios que associe o suspeito à prática do delito.

Cunha e Pinto (2014, P. 129) pedem cautela sobre a análise do tema e explicam:

Primeiro, porque não basta, para a decretação da medida de exceção, que o crime tenha sido perpetrado contra a mulher, no âmbito doméstico ou familiar. É preciso que, além disso, estejam presentes, também, os pressupostos e fundamentos justificadores da prisão preventiva, elencados no art. 312 do CPP, de início, se exigirá a presença de prova de existência do crime e indício de sua autoria, a configurar o *fumus boni iuris*.

Não é suficiente, assim, para a efetivação da prisão preventiva, a comprovação da materialidade e indícios de autoria, anteriormente explanadas, é imprescindível que fique demonstrado um fator de risco que justifique a aplicação da medida. Nesse sentido, o Código de Processo Penal dispõe no seu texto as hipóteses de cabimento da prisão preventiva estão expostas no artigo 313, incisos I a III:

- I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos (quatro) anos;
- II – Se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal;
- III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. (BRASIL, 1941).

Deve-se advertir que esses fundamentos, nomeados pela doutrina como *periculum libertatis*, que autorizam essa modalidade de prisão, são alternativos e não concomitantes, conforme ressalta Marcio Pereira e Fernando Leal Neto (2014, p. 404). Assim, basta apenas que uma hipótese ocorra para que o fundamento da prisão preventiva seja alcançado.

A possibilidade de prisão preventiva quando o crime envolve violência doméstica e familiar contra a mulher foi criada e acrescentada ao Código de Processo Penal pela lei Maria da Penha que no seu artigo 42 ampliou as hipóteses de cabimento da prisão preventiva, a fim de garantir a execução das medidas protetivas de urgência. Esse artigo foi revogado expressamente pelo art. 4º da Lei 12.403/2011 que dá nova redação ao inciso, qual seja, “se o crime envolver violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”.

A novidade legislativa causou divergência na doutrina, conforme indica Maria Berenice Dias (2012, p. 78), “Houve inclusive quem sustentasse a inconstitucionalidade da nova hipótese de decreto de prisão preventiva como forma de garantir a execução de medida protetiva de índole civil”. Posiciona-se a doutrinadora supra que a possibilidade de aprisionamento decorre exatamente da violência doméstica, esta prática é justamente o que autoriza a concessão da medida protetiva, garantindo seu cumprimento com a aplicação da prisão preventiva

Em concordância com esse entendimento arremata Cabette (2012, p. 1):

O dispositivo é providencial, constituindo-se em um utilíssimo instrumento para tornar efetivas as medidas de proteção preconizadas pela novel legislação. Não houvesse essa modificação, a maioria dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher ficaria privada do instrumento coercitivo da prisão preventiva por ausência de sustentação nos motivos elencados no art. 312, CPP, tradicionalmente e nos casos de cabimento arrolados no art. 313, CPP.

Desejou o autor, com esse apontamento, enfatizar a fragilidade da medida protetiva de urgência de proibição de contato da ofendida se tal determinação não fosse amparada por um instrumento de teor coercitivo restaria desacreditada e de fácil superação, não sendo eficaz a determinação judicial.

Por outro lado, adverte Nucci (2006, p. 887):

É fundamental muita cautela para tomar essa medida. Há delitos incompatíveis com a decretação de prisão preventiva. Ilustrando: a lesão corporal possui pena de detenção de três meses a três anos; a ameaça, de detenção de um a seis meses, ou multa.

Dessa forma, são infrações penais que não comportam preventiva, pois a pena a ser aplicada, no futuro, seria insuficiente para coibir o tempo de prisão cautelar, tornando-se, tecnicamente medida excessiva se aplicada isoladamente.

Compreendendo o tema no que toca aos dois pontos de vista elencados Cunha e Pinto (2014, p. 130) admite ser cabível a prisão preventiva, somente quando presentes os requisitos expostos no art. 312 e 313 do CPP, dentre eles, quando a conduta do agente configurar, além do descumprimento da medida protetiva, prática também de outro crime.

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade diversas vezes de manifestar-se sobre tema, já tendo consolidado sua posição, qual seja:

Ementa: PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. **LEI MARIADA PENHA . PRISÃO PREVENTIVA.** AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS. 1. A teor do art. 312 do

Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada quando presentes o *fumus comissi delicti*, consubstanciado na prova da materialidade e na existência de indícios de autoria, bem como o *periculum libertatis*, fundado no risco que o agente, em liberdade, possa criar à ordem pública/econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal. 2. A reiteração de condutas delituosas e o descumprimento das medidas protetivas denotam, de forma concreta, uma propensão do paciente em cometer crimes, razão pela qual a manutenção de sua prisão se mostra necessária para garantia da ordem pública e em estreita consonância com os arts. 312 e 313 , III , do Código de Processo Penal . 3. As condições pessoais do acusado, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, por si sós, não são suficientes para afastar a necessidade da custódia cautelar, caso presentes os requisitos que a autorizam, como na hipótese. Recurso ordinário desprovido. (BRASIL, 2015).

Pode-se concluir com base na análise das posições doutrinárias e jurisprudencial expostas, que a decretação da prisão preventiva pode ser utilizada como forma de garantir o êxito da execução das medidas protetivas de urgência. No entanto, para ser cabível, deverá adequar-se aos fundamentos e hipóteses estabelecidas legalmente. Caso, outras medidas, menos gravosas, forem igualmente eficazes para assegurar a execução das medidas protetivas para a proteção dos direitos da mulher, a decretação prisão preventiva será ilegítima e, por conseguinte, inconstitucional.

3.2 Centros de educação e de reabilitação para os agressores

A violência de gênero, conforme já estudado, tem resistentes raízes culturais, de maneira que a educação é um instrumento essencial em seu combate e eliminação. E foi nesse caminho que a Lei Maria da Penha, também inovou ao determinar que o agressor compareça a programas de recuperação e reeducação, conforme é disposto no artigo 45, da Lei 11.340/2016 que acrescentou o parágrafo único ao art. 152 da Lei de Execução Penal nos seguintes termos:

Art. 152. Poderão ser ministrados ao condenado, durante o tempo de permanência, cursos e palestras, ou atribuídas atividades educativas.

Parágrafo único. Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação. (BRASIL, 1984).

Dessa forma, quando a pena privativa da liberdade for substituída pela pena restritiva de direitos consistente na limitação de finais de semana, o juiz poderá determinar ao agressor que compareça obrigatoriamente a programa de recuperação e reeducação, atendendo a uma das finalidades da Lei Maria da Penha em consonância com o artigo 35, inciso V do mesmo diploma legal que estabeleceu a criação de centros de educação e de reabilitação para os agressores.

Nessa esteira, Campos e Corrêa (2012, p. 572) relatam que a finalidade de tal inovação é a seguinte:

Reequilibrar a relação de poder do homem sobre o homem, que permeia no espaço doméstico e familiar, advindo da cultura patriarcal com vistas à igualdade material dos sexos, não se podendo ignorar a instabilidade psicológica e emocional do agressor, que evidentemente também necessita de ajuda para conter seus instintos malévolos e violentos, em prol de si mesmo, da própria vítima, das pessoas atingidas pela violência, sobretudo os menores e de toda a sociedade.

Abstrai-se do texto que a Lei Maria da Penha vem apresentar uma alternativa capaz de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher por meio de uma gradual mudança de pensamento e, conseqüentemente, de comportamento, de toda a sociedade perante as mulheres. É indispensável que se invista, não tão somente, em ações repressivas, para combater o drama da violência doméstica de gênero, mas é preciso, também, direcionar estímulos preventivos, que ultrapassem a esfera do Direito Penal, capazes de estancar a violência, bem como a reincidência do agressor.

Bianchini (2012, p. 1) pontua perspicazmente sobre o assunto:

É recomendável que sejam implantados, portanto, programas que articulem mecanismos alternativos, em lugar de solicitar exclusivamente a intervenção do sistema legal, ou que se suavize e administre as conseqüências dessa intervenção. O sistema penal é estigmatizante e inaugura, muitas vezes, por suas

interferências excessivas ou mesmo inadequadas, carreiras criminais.

Em outra análise, em razão da natureza do crime, que envolve violência doméstica e familiar, é relevante considerar que, em algumas situações, a vítima não deseja a prisão do agressor, mas apenas que cesse a prática de violência na família. Acrescenta Miriam Luciana Freitas Elias (2014), que alguns crimes cometidos no âmbito doméstico, em função da sua gravidade, necessitam da aplicação de penalidade mais rígida, como a privação de liberdade, para reter a banalização da violência doméstica. Todavia, em muitos outros casos, se faz fundamental a adoção de meios diferenciados de enfrentamento, suficientes a coibir a violência e reparar os danos sofridos, sem ocorrer o encarceramento do agressor.

Nota-se, portanto, que são insuficientes os encaminhamentos e deferimentos de medidas protetivas e prisões, para reprimir a violência de gênero nas suas variadas formas em casos futuros. Acima de tudo, faz-se urgente a execução das políticas públicas já previstas na Lei Maria da Penha como modo de se almejar a modificação de valores e práticas, estabelecidos no plano da cultura e social, indo além da banalização de prisões preventivas, sendo indispensável um combate amplo da violência, por meio da educação e da luta contra estereótipos, mostrando-se como meio adequado para essa modificação, o investimento em Centros de Educação e Reabilitação de Agressores.

4. NATUREZA DA AÇÃO PENAL

De acordo com Renato Brasileiro Lima (2016, p. 107) a doutrina majoritária define ação penal como “o direito público subjetivo de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo a um caso concreto”. É, dessa forma, o direito que a parte acusadora, Ministério Público, ou a vítima, ou querelante tem de, por meio do devido processo legal, chamar o Estado a dizer o direito objetivo no caso concreto, que encontra fundamento no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, o qual dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Para Nucci (2011, p. 130): “Não há possibilidade de haver punição, na órbita penal, sem que o devido processo legal, isto é, sem que seja garantido o exercício do direito de ação, com sua consequência natural, que é o direito contraditório e à ampla defesa.”

Para o autor, mesmo quando a Constituição permite a possibilidade de transação no âmbito penal, em casos de infrações de menor potencial ofensivo, prepondera, em tal

procedimento, o direito de ação, haja vista que o fato delituoso é levado a conhecimento do judiciário, que necessita cancelar a proposta efetuada pelo Ministério Público.

A ação penal pública, segundo a doutrina majoritária, representada por Rangel(2006, p. 189) possui duas modalidades, quais sejam: “ação penal pública incondicionada e ação penal pública condicionada à representação ou à requisição do Ministro da Justiça.” Afirma, ainda, o autor, que em ambos os casos, a legitimidade é do Ministério Público para propor a ação, porém quando disser respeito à ação penal pública condicionada é necessário verificar se a condição foi suprida ou não. Tem-se por satisfeita essa condição, quando houver manifestação de vontade do ofendido.

Já na ação penal pública incondicionada, ainda segundo este autor, o Ministério Público independe da manifestação de vontade, bastando existir indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do fato para oferecer a ação.

Discorre Nucci (2011, p. 131) sobre outra espécie de ação penal, a privada. Essa modalidade ocorre quando o autor é a vítima ou seu representante legal. Explica ainda que a “ação privada pode ganhar titulação de subsidiária da pública, quando houver uma ação pública, mas o direito de agir transfere-se ao particular, diante da inércia do órgão acusatório estatal”.

Passada essa breve explanação sobre conceitos e espécies de ação penal, sigamos o estudo correlacionando este tema com a Lei Maria da Penha, abordando suas principais peculiaridades no que diz respeito à lesão corporal e à ação pública incondicionada.

4.1 Lesão Corporal

O crime de lesão corporal é definido, na Exposição de Motivos do Código Penal, como ofensa à integridade corporal ou saúde, isto é, como todo e qualquer dano ocasionado à normalidade funcional do corpo humano, quer do ponto de vista anatômico, quer do ponto de vista fisiológico ou mental.

Trata-se, portanto, de todo dano que ofende a integridade física e à saúde fisiológica ou mental de alguém. Capez (2016, p. 161), abordando o tema, ensina o que vem a ser integridade física, saúde fisiológica e saúde mental. Vejamos:

Integridade física diz respeito à alteração anatômica, interna ou externa, do corpo humano, geralmente produzida por violência física ou mecânica. A saúde fisiológica do corpo humano diz respeito ao equilíbrio funcional do organismo, cuja lesão normalmente não produz alteração anatômica, ou seja, dano, mas perturbação de sua normalidade funcional que produz ofensa à

saúde. A saúde mental diz respeito à perturbação da ordem psíquica.

Nota-se, portanto, que para configurar lesão corporal é necessário que a vítima sofra algum dano físico, não apenas uma ofensa moral, alterando interna e externamente e que possa desencadear também modificações prejudiciais à saúde da vítima.

Quantos aos sujeitos, ensina Capez (2016, p. 165-166) que pode ser qualquer pessoa o sujeito ativo do delito. Já quanto ao sujeito passivo existem algumas hipóteses dos §§ 1º, IV, e 2º, V, do artigo 129 do Código Penal, exigem que seja mulher grávida. Os §§ 9º e 10º do mesmo artigo determina que a lesão seja praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com que conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade.

Registre-se que, embora tenha sido criado em amparo à mulher o delito de lesão corporal do § 9º do art. 129, admite que a vítima seja homem, conforme declara Dias (2012, p. 76):

Ainda que a Lei tenha vindo em benefício da mulher, o delito de lesão corporal qualificado pela violência doméstica tipifica-se independentemente do sexo do ofendido. Tanto uma mulher como um homem podem ser vítimas do delito de lesão corporal qualificado pela violência doméstica. O Código Penal não faz distinção quanto à identidade de gênero da vítima e nem à orientação sexual dos integrantes do núcleo familiar. Basta o fato de a agressão decorrer do vínculo familiar para configurar-se o delito na modalidade qualificada.

Assim, quando a vítima do delito for homem, ficando comprovada a lesão corporal qualificada pela violência doméstica, segue o mesmo rigor penal atribuído pela Lei Maria da Penha, embora, também reste claro, que ser cabível a aplicação do crime de lesão qualificada ao gênero masculino, não significa dizer que quando a violência doméstica for praticada contra o homem se aplicam todas as regras específicas da Lei 11.340/06, haja vista que não pode ser confundida a violência doméstica e familiar exposta no artigo 129 § 9º com a violência doméstica e familiar contra a mulher da Lei Maria da Penha.

Quanto à classificação do delito de lesão corporal, o Código Penal, apresenta duas, quais sejam, quanto ao subjetivo e à intensidade. Conforme a primeira classificação pode

ser lesão corporal dolosa simples (caput), dolosa qualificada (§§1º, 2º e 3º), dolosa privilegiada (§4º e 5º) e culposa (§6º). Já quanto à intensidade pode ser leve (caput), grave (§1º) gravíssima (§2º) e, por fim, seguida de morte (§3º). Quando a lesão corporal dolosa for de natureza leve e culposa, segundo aponta Cunha (2016, p. 129) serão infrações penais de menor potencial ofensivo, sendo cabível, nesse caso, a transação penal. Tratando-se de lesão corporal qualificada de natureza grave, admite-se apenas a suspensão condicional do feito, tendo em vista que a pena máxima imputada ao delito é de cinco anos.

Todavia, quando a lesão corporal de natureza leve tiver incidência na Lei Maria da Penha, por ser crime cometido no ambiente doméstico e familiar, conforme apontados nos §§ 9º, 10º e 11º do Código Penal não se podem aplicar as medidas despenalizadoras previstas na Lei 9.099/1995, visto que o artigo 41 da lei 11.340/2006 veda expressamente a aplicação de tal dispositivo, tema este que será aprofundado em momento oportuno neste trabalho.

A Lei Maria da Penha não criou novos tipos penais, tendo o legislador apenas inserido uma agravante no artigo 61, inciso II, alínea "f", uma majorante no art. 129 §11º, admitiu mais uma hipótese de prisão preventiva e, por fim, alterou a sanção do crime de lesão corporal do art. 129 § 9º, aumentando a pena máxima e diminuindo a pena mínima, que antes era de seis meses a um ano, passando a ser, após o advento da Lei, de três meses a três anos.

4.1.1 Lesão corporal de natureza leve qualificada pela violência doméstica e familiar

A conceituação de lesão corporal leve ocorre por exclusão, quando não se verifica que resultado agravador dispostos nos parágrafos 1º e 3º do artigo 129. Assim, segundo Capes (2016, p. 169):

Sempre que não se lograr provar o resultado agravador ou então na hipótese de crime tentado, se não se lograr provar qual o tipo de lesão intencionada pelo agente (se leve, grave ou gravíssima), a lesão será tida como simples, em atendimento ao princípio do *in dubio pro reo*.

Perceba-se que não há conceito específico de lesão corporal leve, entendendo-a, nesse contexto, como qualquer lesão corporal dolosa que não seja grave ou gravíssima.

Em função da pena máxima cominada ao crime, Masson (2011, p. 93) relata que "o delito de lesão corporal leve ingressa no rol das infrações penais de menor potencial ofensivo, admitindo transação penal e seu processo de julgamento segue o rito sumaríssimo, definido pelos arts. 77 e seguintes da Lei nº 9.099/1995". Isso porque a Lei dos

Juizados Especiais, visando inserir instrumentos despenalizadores elencou como de pequeno potencial ofensivo os delitos de lesão corporal leve e de lesão culposa, transformando-os em infrações de ação pública condicionada, passando a depender da vítima a persecução penal.

Por outro lado, o art. 41 da Lei nº 11.340/2006 afastou expressamente a incidência da Lei 9.099/1995 em infrações praticadas com violência doméstica e familiar contra a mulher. Vejamos a inteligência do art. 41: "Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995". (BRASIL, 2006).

Esclarece o dispositivo supra que os crimes cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher não se aplica a Lei nº 9099/95, independentemente da quantidade e natureza da pena prevista no tipo penal. Não tendo a lei em questão alterado o Código Penal, grande foi a divergência de posicionamento entre os doutrinadores.

Para Gonçalves e Lima (2006, p. 1):

A nova Lei não fez qualquer ressalva quanto à Lei 9099/95, ao contrário, expressamente a afastou, restaurando a incondicionalidade para o processamento das lesões corporais leves, de modo que o Ministério Público não precisa mais de autorização das vítimas para processar os acusados, podendo iniciar a persecução penal a partir do auto de prisão em flagrante, requerimento da vítima, seu representante legal ou ainda por qualquer pessoa do povo.

Na ótica dos autores, não poderia ser diverso o entendimento, já que os delitos que prescindem de representação são aqueles em que o interesse privado à intimidade das vítimas ultrapassam o interesse público em reprimir a infração. Na hipótese de violência gênero, a solução é contrária, visto que é interesse público cessar violência, não admitindo-a, em hipótese alguma, o Estado.

Em defesa de entendimento contrário Saliba e Saliba (2006, p. 50-52, apud, DIAS, 2012, p. 88) ressalta:

A Lei Maria da Penha representou um retrocesso, pois a conciliação civil permitia que o autor da agressão e a ofendida

buscassem, com auxílio de mediadores, a solução adequada para os problemas vivenciados no ambiente doméstico e familiar.

Entendem os autores que o diálogo entre as partes é, sem dúvida alguma, o melhor caminho para combater a violência, não podendo se confiar a uma punição mais severa, a melhor forma de solução de conflitos, concluem, portanto, não ser o direito penal a melhor solução.

Por um bom tempo também divergiram os tribunais superiores, chegando o Superior Tribunal de Justiça a decidir que a ação penal pública era condicionada à representação da vítima nos casos de lesão corporal leve, a exemplo disso, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1097042 DF. Veja o teor do julgado:

[...] A ação penal nos crimes de lesão corporal leve cometidos em detrimento da mulher, no âmbito doméstico e familiar, é pública condicionada à representação da vítima. 2. O disposto no art. 41 da Lei 11.340/2006, que veda a aplicação da Lei 9.099/95, restringe-se à exclusão do procedimento sumaríssimo e das medidas despenalizadoras. 3. Nos termos do art. 16 da Lei Maria da Penha, a retratação da ofendida somente poderá ser realizada perante o magistrado, o qual terá condições de aferir a real espontaneidade da manifestação apresentada. (DISTRITO FEDERAL, 2010).

No entanto, hoje o tema encontra pacificado por meio de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 4424) ajuizada pelo procurador-geral da República, Roberto Gurgel sobre a aplicação de dispositivos da Lei Maria da Penha foi julgada tendo como resultado o exposto a seguir:

Dispositivo Legal Questionado Art. 12, art. 16 e art. 41, da Lei nº 11340, de 2006 (Lei Maria da Penha). Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher;

altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

Art. 12 - Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

I - ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;

Art.16-Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Art. 41 - Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta para, dando interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006, assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico. Plenário, 09.02.2012. Acórdão, DJ 01.08.2014.

Dessa, forma a ação penal pública não é mais condicionada à representação da vítima, não precisando a vítima externar sua vontade de processar o agressor. Comisso, qualquer pessoa, e não apenas a vítima de violência de gênero, pode comunicara prática delituosa à polícia.

Ademais, pode também o Ministério Público oferecer denúncia contra o agressor, ainda que contra o desejo da vítima, modificando a tendência anterior que de apenas a mulher tinha o poder de representar contra o agressor em casos de lesões corporais leves.

5. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Nos dizeres de Carem Barbosa de Castro (2016, p. 1), “um princípio é o fundamento de uma norma jurídica, são as vigas do direito que não estão definidas em nenhum diploma legal”. Esse conceito se aproxima da concepção trazida por Ávila (2009, p. 71) que aponta:

Princípios são normas que estabelecem um estado ideal das coisas (ou um fim a ser alcançado) para cuja realização é necessário adoção de comportamentos não explicitamente prescritos. A aplicação deve ser fundamentada na demonstração da correlação entre os efeitos do comportamento a ser adotado e a realização do fim buscado.

Dessa maneira, conclui-se que os princípios têm a função de orientar e inspirar normas, devendo ser contemplados quando da produção destas, bem como devem ser observados no momento interpretá-las ou aplicá-las.

No Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, o preceito penal incriminador não é apenas aquele que expõe um fato como infração penal, mas sim aquele que exige que o fato provoque ou não o sentimento coletivo de justiça. Desse Estado Democrático, afirma Fernando Capez (2010), emana um gigantesco tentáculo que regulamenta todo o sistema penal, qual seja, o princípio da dignidade humana, sendo qualquer dispositivo contrário a ele inconstitucional.

Nesse caminho, em conformidade com a Constituição e seus princípios fundamentais, especificamente o da dignidade da pessoa humana, a norma incriminadora deverá, impreterivelmente, eleger as condutas humanas, que de fato, oferecem lesividade ante o meio social, devendo o Estado-juiz indagar-se sobre o tipo incriminador, tendo em vista que infração penal não é somente o que o legislador disser, aspecto formal, visto que nenhum comportamento pode ser taxado como criminoso quando essa conduta não expuser a perigo valores fundamentais da sociedade.

Exatamente nessa linha, ainda conforme Capez (2010, p. 25):

Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, por reflexo, seu direito penal há de ser legítimo, democrático e obediente aos princípios constitucionais que o informam, passando o tipo

penal a ser uma categoria aberta, cujo conteúdo deve ser preenchido em consonância com os princípios derivados desse perfil político-constitucional. Não se admitem mais critérios absolutos na definição de crimes, os quais passam a ter exigência de ordem formal (somente a lei pode descrevê-los e cominar-lhes uma pena correspondente) e material (o seu conteúdo deve ser questionado à luz dos princípios constitucionais derivados do Estado Democrático de Direito).

Por conseguinte, os dispositivos penais que fixam apenas formalmente infrações penais, não auferindo seu potencial lesivo concreto, inclinam-se à contrariar o princípio da dignidade da pessoa humana, devendo o magistrado, nessas hipóteses, afastar o poder punitivo do Estado, em razão de sua ínfima significância jurídico-social, sob pena de desobediência ao princípio da dignidade da pessoa humana, não devendo o direito penal se fazer tão somente instrumento opressor de controle do estado, mas deve refletir em sua análise e aplicação o justo anseio social.

Desse princípio fundamental, dignidade da pessoa humana, nascem outros princípios constitucionais no âmbito do direito penal que tem como missão é indicar limites

Resumido por Toledo (2007, p. 133):

O princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde se necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas.

Assim, pode-se concluir em apego às palavras simples e diretas de Toledo (2007), que o princípio da insignificância autoriza a exclusão do dano em tipos penais de pouca importância, devendo o direito penal limitar-se a casos que efetivamente afetem a dignidade, a honra e assim por diante, afastando fatos sem consequências concretas.

Assim, para bem compreender a aplicação do princípio da insignificância, sua relevância e consequências jurídico-sociais, é necessário que se entenda, primeiramente, seu conceito, natureza jurídica, bem como é fundamental que se faça uma análise adequada acerca da tipicidade penal, elemento no qual está contida a aplicação de tal princípio.

5.1 Conceito do princípio da Insignificância e a tipicidade penal

Boa parte da doutrina entende que o Princípio da Insignificância teve origem no Direito Romano, tendo seu fundamento no adágio latino *minimis non curat praetor*, que orientava que o Direito não deveria encarregar-se de fatos irrelevantes, segundo Toledo (2007). No entanto há discussão quanto à origem do princípio, visto que, nessa época, necessitava de especificidade, tendo sido criado somente para explicar a atuação menos ativa do estado no âmbito penal que na esfera cível, já que o Direito Civil romano era mais avançado. Assim, nota-se que é creditado ao Direito Romano o nascimento fático do princípio e não a sua origem histórica, sendo este atribuído ao direito alemão.

Segundo Bitencourt (2007), o princípio da insignificância foi introduzido no sistema penal pela primeira vez por Claus Roxin em 1964, sendo utilizado na realização dos objetivos sociais esboçados pela política criminal, segundo o qual, na visão de Capez (2010, p. 29) não deve preocupar-se com bagatelas, da mesma forma que não podem ser admitidos tipos incriminadores que relatem condutas insuficientes a lesar o bem jurídico.

Para a melhor doutrina, a mais relevante exteriorização da influência desse princípio ocorreu na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seus artigos 5, 7 e 8 que propôs tal princípio ao afirmar que lei não veda, tão somente, as ações nocivas a sociedade, gerando um caráter seletivo para o Direito Penal, mas também os faz descartar os fatos insignificantes.

O princípio da insignificância é uma teoria tão somente doutrinária, já que não existe conceito em nosso sistema jurídico, seja nas leis ou na Constituição Federal, restando à doutrina e à jurisprudência a missão de apresentar e defender sua definição e aplicação.

Dentre os conceitos apresentados pela doutrina merece evidência o oferecido por Ackel Filho (1988), qual seja:

Princípio da insignificância pode ser entendido como aquele que permite infirmar a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações de bagatela, desprovida de reprovabilidade, de modo a não merecerem valoração da norma penal, exurgindo, pois, como irrelevantes. A tais ações, falta juízo de censura penal.

Pode-se abstrair da doutrina acima exposta, que o Princípio da Insignificância é instrumento de política criminal, haja vista que desempenha exame restritivo do tipo. Assim, serão julgadas típicas as condutas aptas a gerar lesão material expressiva a bem jurídico protegido, não sendo o caso, não justifica-se a interferência penal.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, também caminhando nessa direção, apresenta conceito ao princípio da insignificância, conforme pode-se aferir do julgado a seguir:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE DESCAMINHO (ART. 334 DO CP). TIPICIDADE. INSIGNIFICÂNCIA PENAL DA CONDUTA. TRIBUTO DEVIDO QUE NÃO ULTRAPASSA A SOMA DE R\$ 3.067,93 (TRÊS MIL, SESENTA E SETE REAIS E NOVENTA E TRÊS CENTAVOS). ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA. 1. ○

postulado da insignificância opera como vetor interpretativo do tipo penal, que tem o objetivo de excluir da abrangência do Direito Criminal condutas provocadoras de ínfima lesão ao bem jurídico por ele tutelado. Tal forma de interpretação assume contornos de uma válida medida de política criminal, visando, para além de uma desnecessária carcerização, ao descongestionamento de uma Justiça Penal que deve se ocupar apenas das infrações tão lesivas a bens jurídicos dessa ou daquela pessoa quanto aos interesses societários em geral

2. No caso, a relevância penal é de ser investigada a partir das coordenadas traçadas pela Lei 10.522/02 (objeto de conversão da Medida Provisória 2.176-79). Lei que determina o arquivamento das execuções fiscais cujo valor consolidado for igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Sendo certo que os autos de execução serão reativados somente quando os valores dos débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ultrapassarem esse valor (...). (BRASIL, 2010).

A jurisprudência também entende o princípio da bagatela como instituto que limita o alcance e aplicação do Direito Penal quando o bem atingido pela conduta do agente sofre dano desprezível. Aponta ainda que trata-se de medida de política criminal e, por tal razão, somente as infrações nocivas ao bem jurídico protegido devem sofrer as reprimendas penais.

Em seguida no mesmo acórdão a Corte destaca a importância de verificar se a conduta se adequa ao tipo penal não só no quesito formal, mas que é necessário que a conduta se adeque ao conceito de tipo penal material, conforme consta a seguir:

(...) 3. Incidência do princípio da insignificância penal, segundo o qual para que haja a incidência da norma incriminadora não basta a mera adequação formal do fato empírico ao tipo. Necessário que esse fato empírico se contraponha, em substância, à conduta normativamente tipificada. É preciso que o agente passivo experimente efetivo desfalque em seu patrimônio, ora maior, ora menor, ora pequeno, mas sempre um real prejuízo material. Não, como no caso, a supressão de um tributo cujo reduzido valor pecuniário nem sequer justifica a obrigatória cobrança judicial.

4. Entendimento diverso implicaria a desnecessária mobilização de uma máquina custosa, delicada e ao mesmo tempo complexa como é o aparato de poder em que o Judiciário consiste. Poder que não é de ser acionado para, afinal, não ter o que substancialmente tutelar. 5. Não há sentido lógico permitir que alguém seja processado, criminalmente, pela falta de recolhimento de um tributo que nem sequer se tem a certeza de que será cobrado no âmbito administrativo-tributário do Estado. Estado julgador que só é de lançar mão do direito penal para a tutela de bens jurídicos de cuja relevância não se tenha dúvida. 6. Jurisprudência pacífica de ambas as Turmas desta Suprema Corte: RE 550.761, da relatoria do ministro Menezes Direito (Primeira Turma); RE 536.486, da relatoria da ministra Ellen Gracie (Segunda Turma); e HC 92.438, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa (Segunda Turma). 7. Ordem concedida para restabelecer a sentença absolutória. (BRASIL, 2010).

O conceito debatido pela jurisprudência apresentada encontra-se em plena consonância com o exposto pela doutrina, não restando dúvidas que a finalidade do princípio aqui estudado é afastar o rigor penal de delitos bagatelares, quando estes não preencherem materialmente o tipo penal.

Por falar em finalidade, não por acaso o princípio em questão foi introduzido no sistema jurídico pelo doutrinador Claus Roxin, visto que esse estudioso do direito penal,

também difundiu a teoria do Funcionalismo Teleológico-Racional. Sobre tal teoria vejamos o que diz De-Lorenzi (2015, p. 211):

O sistema por ele proposto tem como ponto de partida concepções neokantianas e neohegelianas e propõe uma fusão entre Direito Penal e política criminal. Historicamente o que ocorria era o contrário, as teorias contrapunham os dois conceitos, atribuindo à política criminal a função de realização dos interesses sociais no combate à criminalidade e ao Direito Penal a função de assegurar a uniformidade da aplicação do direito e a liberdade do indivíduo em face do Estado.

Nas palavras do próprio Roxin (2006), essa divisão é errada, já que afastar os propósitos políticos do Direito Penal obriga ele a se distanciar das necessidades concretas e faz ser indispensáveis reparos valorativos do sistema oriundos das orientações isoladas do julgador, sem respaldo legal, fazendo que tais correções tenham bases turvas e sem poder de convencimento científico.

Nota-se que o autor compreende que a norma tem por finalidade viabilizar a aplicação justa da lei. Sendo indispensável que os fins do Direito Penal, cumpram funções de políticas criminais, defendendo bens jurídicos relevantes. E definindo o que vem a ser bens jurídicos, Roxin (1998, p. 27) esclarece:

São pressupostos imprescindíveis para a existência em comum de um grupo humano em um contexto histórico-social enquanto concretizados em uma série de condições de grande valor, como a vida, a liberdade, a propriedade, a integridade física, o patrimônio, etc.

Quando estudado por Prado (2009, p. 44), bem jurídico quer dizer ente material ou imaterial orientado pelo contexto social, de titularidade individual ou meta individual, sendo essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade, sendo por esta razão, penalmente protegido.

Dessa forma, a missão do Direito Penal, para Roxin, nada mais é, do que proteger bens jurídicos, ou seja, oferecer proteção a valores essenciais para uma convivência social harmônica com intervenção mínima na sua aplicação. O que coaduna bem com fundamento do princípio da insignificância quando se verifica sua natureza fragmentária,

atuando o Direito Penal apenas no que for necessário para a proteção desses bens jurídicos.

A doutrina moderna convencionou diferenciar o princípio da insignificância ou da bagatela própria e da bagatela imprópria. Como já amplamente abordado nesse estudo, a bagatela imprópria torna atípica a conduta em razão da lesão ou perigo de lesão ser insignificante ao bem jurídico tutelado. Nas palavras de Cunha (2016, p. 80), “a conduta é formalmente típica, mas materialmente atípica. Logo não é criminosa, não se justificando a aplicação do direito penal”. No que diz respeito à bagatela imprópria, será concedido tópico próprio para explanação do assunto, visto tratar-se de conceito primordial para a compreensão do tema exposto.

Superados os esclarecimentos acerca do conceito de princípio da insignificância, faz-se necessário, para melhor entender a aplicação do mesmo, adentrar um pouco na teoria geral do delito, sem querer aprofundar aqui o debate acerca de todas as teorias existentes, mas tão somente explanar sobre a teoria majoritariamente aceita no país, qual seja, a teoria analítica tripartida, direcionando a abordagem ao elemento fato típico, mais precisamente ao estudo do seu substrato tipicidade penal, visto que é nesse ponto que incide o efeito do princípio da insignificância.

Inicialmente deve-se ter em vista qual o conceito de infração penal, que varia conforme o enfoque. Para Cunha (2016, p. 150) perante o enfoque formal, infração penal é aquilo que assim está rotulado em uma norma penal incriminadora, sob ameaça de pena. Em um aspecto material, infração penal é comportamento humano causador de relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, passível de sanção penal. Já para o conceito analítico leva-se em consideração os elementos estruturais que compõem infração penal, prevalecendo fato típico, ilícito e culpável. Capez (2010, p. 134) ensina que este aspecto é:

Aquele que busca, sob um prisma jurídico, estabelecer os elementos estruturais do crime. A finalidade deste enfoque é propiciar a correta e mais justa decisão sobre infração penal e seu autor, fazendo com que o julgador ou intérprete desenvolva o seu raciocínio em etapas. Sob esse ângulo, crime é todo fato típico e ilícito. Dessa maneira, em primeiro lugar deve ser observada a tipicidade da conduta. Em caso positivo, é só neste caso, verifica-se se a mesma é ilícita ou não. Sendo fato típico e ilícito, já surge a infração penal. A partir daí, é só verificar se o autor foi ou não culpado pela sua prática, isto é, se deve ou não sofrer um juízo de reprovação pelo crime que cometeu.

Infere-se dessas observações, que a teoria do delito contém vários aspectos e fundamentos a depender do ângulo adotado, resultando definições variadas, no entanto, essas não se mostram contraditórias. Ao contrário, essa vasta demanda de conceitos vem, apenas, ressaltar a complexidade que é analisar o delito penal, demandando análises compostas por muitas variáveis. Aqui nos interessa a concepção analítica do crime, haja vista que o debate proposto inicialmente, no qual incide o princípio da insignificância, justifica-se em afastar um dos elementos dessa teoria do crime, a saber, a tipicidade penal.

Antes, porém, faz-se imperioso discorrer sobre o conceito de um dos elementos que compõe o crime para teoria analítica, qual seja, fato típico.

Cunha (2016, p. 177) assim conceitua fato típico:

Ação ou omissão humana, antissocial que, norteadas pelo princípio da intervenção mínima, consiste numa conduta produtora de um resultado que se subsume ao modelo de conduta proibida pelo Direito Penal, seja crime ou contravenção penal.

Desse conceito, extraem-se os elementos conduta, nexos causal, resultado e tipicidade, necessitando para ser classificado como típico, que o fato perpassasse e se amoldasse a todos esses elementos, dos quais nos interessa mais esse último, a tipicidade penal.

Em primeiro plano, é fundamental conceituar tipo legal, definição esta essencial para captar posteriormente o que é tipicidade penal. Na ótica de Capez (2010, p. 209):

O tipo legal é um dos postulados básicos do princípio da reserva legal. Na medida em que a Constituição brasileira consagra expressamente o princípio de que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (art. 5º, XXXIX), fica outorgada à lei a relevante tarefa de definir, isto é, de descrever os crimes.

Para esse autor, não convém à lei penal coibir generalizadamente os crimes, deve descrevê-lo de forma pormenorizada, detalhando, de forma precisa, o que vem a ser fato criminoso. Em outras palavras, é imprescindível que a descrição do fato, tido por crime, seja específica, bem como individualize o comportamento criminoso.

Tem-se então por tipicidade penal, na lição de Trigueiros (2014, p. 190), “a subsunção entre o fato concreto e a norma penal incriminadora”. Ou seja, há tipicidade penal quando ação ou omissão praticada pelo indivíduo tiver previsão legal. Mais resumidamente, quando a conduta realizada se ajustar perfeitamente ao tipo penal, estaremos diante da chamada tipicidade penal.

Essa compreensão de tipicidade penal como a adequação do fato à norma, pertence à teoria tradicional que concebe a tipicidade somente sob o aspecto formal. No entanto, para doutrina moderna a tipicidade formal e tipicidade material integra a tipicidade penal.

Esclarecendo esse ponto, Cunha (2016, p. 245) leciona: “a tipicidade penal deixou de ser mera subsunção do fato à norma, abrigando também juízo de valor, consistente na relevância da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado”. Nesse sentido, para o autor, apenas nessa ótica é que se passa a aceitar o princípio da insignificância como condição de atipicidade material da conduta.

De acordo com Manás (1994, p. 56):

O princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, o que consagra o postulado da fragmentariedade do direito penal.

Em outras palavras, para Carlos Vico Manás na concepção material do tipo penal é possível, sem violar a segurança jurídica, a descriminalização de condutas, que embora sejam formalmente típicas, não ofendem de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal.

À luz do entendimento do Gomes (2016), a compreensão não é diferente, pois ensina que o princípio da insignificância tem a capacidade de retirar a tipicidade do fato, desconstruindo a característica material do tipo penal, passando a conduta a ser atípica, determinando absolvição do réu.

Zaffaroni (2001, p. 475) afirma que:

A insignificância pode só surgir à luz da função geral que dá sentido à ordem normativa e, conseqüentemente, a norma em particular, e que nos indica que esses pressupostos estão excluídos de seu âmbito de proibição, o que resulta impossível de se estabelecer à simples luz de sua consideração isolada.

A teoria que o autor vem apresentar com esta afirmação trata-se da tipicidade conglobante, que para Cunha (2016, p. 246) tem como proposta:

É harmonizar os diversos ramos do Direito, partindo-se da premissa de unidade do ordenamento jurídico. É uma incoerência o Direito Penal estabelecer proibição de comportamento determinado ou incentivado por outro ramo do Direito (isto é desordem jurídica). Dentro desse espírito, para concluir pela tipicidade penal da conduta causadora de um resultado, é imprescindível verificar não apenas a subsunção formal fato/tipo e a relevância da lesão ou perigo de lesão, mas também o comportamento antinormativo, leia-se, não determinado ou incentivado por qualquer ramo do Direito.

Nessa linha de entendimento, não basta que a conduta se encaixe perfeitamente ao tipo, é imprescindível que esta conduta não seja potencializada e que de fato ofenda o bem jurídico tutelado, devendo ser feito um juízo entre as conseqüências do crime praticado e a reprovação imposta ao agente.

Sobre essa tipicidade conglobante, o Ministro Teori Zavascki, também, já discorreu sobre o assunto quando do seu voto em sede de Habeas Corpus impetrado contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

O juízo de tipicidade envolve, também e necessariamente, consideração sobre a chamada antinormatividade, a saber: 'O tipo é gerado pelo interesse do legislador no ente que valora, elevando-o a bem jurídico, enunciando uma norma para tutelá-lo, a qual se manifesta em um tipo legal que a ela agrega uma tutela penal. Conforme esse processo de gestação, resultará que a conduta que se adequa a um tipo penal será, necessariamente, contrária à norma que está anteposta ao tipo legal, e afetará o

bem jurídico tutelado. (...) Isso significa que a conduta, pelo fato de ser penalmente típica, necessariamente deve ser também antinormativa. Não obstante, não se deve pensar que, quando uma conduta se adequa formalmente a uma descrição típica, só por esta circunstância é penalmente típica. (...) O tipo é criado pelo legislador para tutelar o bem contra as condutas proibidas pela norma, de modo que o juiz jamais pode considerar incluídas no tipo aquelas condutas que, embora formalmente se adequem à descrição típica, realmente não podem ser consideradas contrárias à norma e nem lesivas do bem jurídico tutelado. A antinormatividade não é comprovada somente com a adequação da conduta ao tipo legal, posto que requer uma investigação do alcance da norma que está anteposta, e que deu origem ao tipo legal, e uma investigação sobre a afetação do bem jurídico. Esta investigação é uma etapa posterior do juízo de tipicidade que, uma vez comprovada a tipicidade legal, obriga a indagar sobre a tipicidade penal da conduta. (...) A tipicidade penal pressupõe a legal, mas não a esgota; a tipicidade penal requer, além da tipicidade legal, a antinormatividade. (BRASIL, 2015).

Deduz-se do voto do Ministro que a concepção de tipicidade não se trata de uma mera análise da tipicidade legal, mas exige uma outra abordagem, qual seja, a constatação da tipicidade conglobante, fundada na investigação da proibição por meio do questionamento do abrangência proibitivo da norma, não vista isoladamente, massim de forma conglobada no ordenamento.

O Supremo Tribunal Federal também já se manifestou sobre o tema e assim tem se pronunciado:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. RECEPÇÃO DE BENS AVALIADOS EM R\$ 258,00. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: INVIABILIDADE. ALTO GRAU DE REPROVABILIDADE

DA CONDOTA. ORDEM DENEGADA.1. A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no

sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado.² O princípio da insignificância reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato na seara penal, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal.³ Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, tais como a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada. (BRASIL, 2011).

Do exame desse julgado pode-se extrair que a aplicação do princípio da insignificância obedece aos critérios da mínima ofensividade da conduta, da ausência de periculosidade social da ação, do reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica.

Todavia, na avaliação de Zorzetto (2014), essas condições estão revestidas grande subjetividade, já que resultam em elevada dificuldade de verificação, diante de cada caso concreto, por parte dos Juízes, tendo em vista que, encontram-se vários casos que apresentam circunstâncias distintas e, por esse motivo, existem obstáculos na aplicação do princípio. No entanto, embora presente esta dificuldade é possível afirmar que a posição que atualmente prevalece no Supremo Tribunal Federal permite a aplicação do princípio quando presentes todos os vetores apontados desde que analisados rigorosamente no caso concreto a ser aplicado.

Encerrada a parte conceitual genérica do princípio da insignificância, bem como o exame de sua relação com a tipicidade penal, ainda é crucial detalhar alguns conceitos específicos a respeito de tal princípio, haja vista que o princípio da insignificância ou bagatela contém duas espécies, a infração bagatela própria e a infração bagatela imprópria, sendo o aprofundamento deste último conceito vital para esse trabalho.

5.1.2 O princípio da bagatela imprópria ou irrelevância penal do fato

O princípio da bagatela imprópria refere-se à categoria nova difundida pela doutrina do direito penal. Foi inserida no Brasil pelo doutrinador Luiz Flávio Gomes.

Discorrem sobre o conceito Alice Bianchini, Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes (2007, p. 305):

Infração bagatelar imprópria é a que nasce relevante para o direito penal (porque há desvalor da conduta bem como desvalor do resultado), mas depois se veria que a incidência de qualquer pena no caso concreto apresenta-se totalmente desnecessária (princípio da desnecessidade da pena conjugado com o da irrelevância penal do fato).

Ou seja, embora presentes o desvalor da conduta e do resultado, demonstrada que a conduta é típica, formal e materialmente, antijurídica e culpável a aplicação da pena torna-se inoportuna.

A bagatela imprópria tem como parâmetro a desnecessidade da pena prevista no art. 59 do Código Penal. Vejamos a leitura do dispositivo:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, **conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:**

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (BRASIL, 1940, grifo nosso)

Do exposto, pode-se concluir que embora seja uma construção doutrinária, o princípio da bagatela imprópria encontra fundamento legal para sua aplicação. É o que pondera Coelho (2015, p. 1) a seguir:

Trata-se, em última análise, da chamada infração bagatelar imprópria. Ao contrário da própria, vinculada à insignificância, ela nasce relevante ao Direito Penal – porque existe um efetivo desvalor da conduta e do resultado, mas depois se verifica que a

incidência de qualquer pena no caso concreto apresentar-se – ia completamente desconectada e irrelevante. Ressalte-se que tais observações não são produtos de invenções incoerentes e teses carentes de substratos, mas antes uma apreciação direta do texto legal do Código Penal Brasileiro, a partir de uma interpretação consonante com o espírito e postulados constitucionais vigentes. Anote-se que o substrato legal do reconhecimento dos delitos de bagatela imprópria está plasmado no art. 59 do CPB.

Em razão do princípio da desnecessidade da pena, disposto no artigo 59 do CP, o Magistrado somente aplicará a pena quando suficiente e indispensável para prevenção e reprovação do delito, não se distanciando, dessa forma, dos ensinamentos, já explorados acima, de Roxin (2006), que difunde a proximidade entre a política criminal e o direito penal, bem como coloca esse como *ultima ratio*. Em outras palavras, observa-se que esse princípio advém da violação a bem juridicamente relevante para o direito penal. Porém, por razões de política criminal, após verificação de todas as condições e circunstâncias judiciais, que variam desde o caso concreto até a aplicação da pena, mostra-se dispensável.

Gomes (2009, p. 30) esgotando o tema, expõe:

Os princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato, a propósito, não ocupam a mesma posição topográfica dentro do Direito Penal: o primeiro é causa de exclusão da tipicidade material do fato (ou porque a conduta não é juridicamente desaprovada ou porque há o desvalor do resultado jurídico); o princípio da irrelevância penal do fato é causa excludente da punição concreta do fato, ou seja, de dispensa da pena (em razão da sua desnecessidade no caso concreto). Um afeta a tipicidade penal (mais precisamente, a tipicidade material); o outro diz respeito à (desnecessidade de) punição concreta do fato.

Vendo de outro modo, o princípio da insignificância, ou princípio da bagatela própria, recai na teoria do crime. Já o princípio da bagatela imprópria ou irrelevância penal do fato fazem parte da teoria da pena, mais especificamente sobre a análise da culpabilidade o que nos força a explicar sobre a matéria.

De acordo com Greco (2009, p. 224):

A culpabilidade cuida-se de pressuposto de aplicação da pena. Culpabilidade é juízo de censura e de reprovabilidade que recai sobre a conduta do agente, com o propósito de observar a necessidade da imposição da pena. Reunindo-se, pois, as circunstâncias do fato bem como as condições pessoais do agente favoráveis, pode-se vislumbrar no caso concreto a desnecessidade da aplicação da pena.

Consequentemente, deduz-se, que a culpabilidade é parâmetro limitador da pena e que o princípio da bagatela imprópria encontra-se diretamente ligado com a insignificante culpabilidade do autor, devendo-se guiar em sua aplicação pelas circunstâncias particulares de cada fato concreto. Trata-se de oferecer a cada agente apenas a pena que suporta e é suficiente à reprovação do delito praticado.

Visto essas considerações sobre o princípio da bagatela imprópria, podemos avançar no estudo da aplicação deste princípio no contexto da violência doméstica em crimes de Ação Pública incondicionada, bem como analisar como o assunto vem sendo abordado e decidido nos Tribunais Superiores.

6.A LEI MARIA DA PENHA E O PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA

A aplicação do princípio da bagatela imprópria na Lei Maria da Penha é estratégia de defesa totalmente nova que surge na busca por mecanismos que concretizem e tornem a pena adequada ao fato concreto.

Destacando, algumas matérias já estudadas acerca dessa rigidez da lei Maria da Penha, após o ano de 2012, por meio do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 4424, se afirma o entendimento de ser dispensável a representação da vítima, nos delitos de lesão corporal leve e culposa, cometidos no contexto da Violência Doméstica, determinando que, a partir de então, a natureza da Ação Penal Pública é incondicionada.

Essa medida afastou definitivamente a aplicação de medidas despenalizadoras da lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/1995), conforme se pode verificar no dispositivo legal da Lei 11.340/2006 em seu art. 41, que dispõe: "Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995." (BRASIL, 2006).

A consequência de tornar incondicionada a ação penal, em crimes de lesão corporal leve e culposa, retira da vítima a possibilidade de avaliar a necessidade da intervenção estatal em sua vivência familiar. É que Cunha e Pinto (2008, p. 205), afirmam ser no caso concreto, difícil de sustentar. Vejamos:

Fica na prática, um tanto complicada a defesa do argumento no sentido de que a representação é desnecessária. A deflagração de um processo crime, contra manifesta vontade da ofendida, resultará, decerto, em uma medida ineficaz. Isso porque a vítima, que não tem simpatia pelo processo e que, antes, não o deseja, tratará de dificultar a obtenção da prova, invocando situações fáticas que conduzam à absolvição do agente.

Tem de se destacar que tal endurecimento na aplicação do dispositivo penal, não dirimiu, por completo, a problemática em torno da subtração do poder de decisão da ofendida em, optar ou não, pelo prosseguimento da ação penal, trazendo à baila outros questionamentos de ordem prática e jurídica, como, por exemplo, quando houver reconciliação do casal, ou quando os interesses da vítima não tenham como matriz a exclusiva punição penal do agressor. Karam (2006, p. 06) vai além e ressalta:

Quando se insiste em acusar da prática de um crime e ameaçar com uma pena o parceiro da mulher, contra a sua vontade, está se subtraindo dela, formalmente dita ofendida, seu direito e seu anseio a livremente se relacionar com aquele parceiro por ela escolhido. Isto significa negar-lhe o direito à liberdade de que é titular, para tratá-la como se coisa fosse, submetida à vontade de agentes do Estado que, inferiorizando-a e vitimizando-a, pretendem saber o que seria melhor para ela, pretendendo punir o homem com quem ela quer se relacionar — e sua escolha há de ser respeitada, pouco importando se o escolhido é ou não um “agressor” — ou que, pelo menos, não deseja que seja punido.

Conclui Karam (2006), que o enfrentamento da violência contra a mulher, a superação dos resquícios patriarcais, o fim desta ou de qualquer outra forma de discriminação não se darão através da sempre enganosa, dolorosa e danosa intervenção do sistema penal.

Possibilitou também, a Lei Maria da Penha, a prisão preventiva quando o crime envolve violência doméstica e familiar contra a mulher quando acrescentou ao Código de Processo Penal o artigo 42, ampliando as hipóteses de cabimento da prisão preventiva, a fim de garantir a execução das medidas protetivas de urgência, revogando esse artigo expressamente o art. 4º da Lei 12.403/2011 determina: “Se o crime envolver violência

doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”.

Na contramão dessas tendências de endurecimento, a Lei Maria da Penha inova e abre espaço para outra forma de desconstrução de uma cultura patriarcal, quando em seu artigo 45, que altera o art. 152 da Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), determinando que nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.

Contempla-se que o dispositivo, incluído pela Lei, é criado para apresentar uma alternativa capaz de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher por meio de uma gradual mudança de pensamento e, conseqüentemente, de comportamento, de toda a sociedade perante as mulheres, buscando não apenas ações repressivas, mas almejando, também, direcionar estímulos preventivos, que ultrapassem a esfera do Direito Penal, capazes de estancar a violência, bem como a reincidência do agressor. No entanto, de acordo com Dias (2012, p. 81), nem o Código Penal e nem a Lei de Execução Penal apresenta qualquer providência no sentido de ser obrigatório o acompanhamento de tais atividades. Ademais, não é prescrita nenhuma pena para o caso de descumprimento, não sendo, portanto obrigatória a participação do réu.

Além disso, embora o art. 35, V da Lei, aqui em destaque, determine a criação de centros de educação e de reabilitação para os agressores, sua implementação é uma distante realidade. A justificativa? A sempre recorrente desculpa de falta de recursos por parte do poder público.

Nesse contexto de ausência do Estado na concretização das políticas públicas, necessárias ao combate da violência de gênero, acompanhada da manifestação de vontade constante das partes em reconstruírem a vida familiar, após a judicialização de seus conflitos, bem como o crescente rigor da lei, não se oferecendo justiça ao caso concreto, surge como tese de Defesa e, também interesse de interesse da vítima o pedido de aplicação do princípio da bagatela imprópria no contexto da Lei Maria da Penha, a fim de tornar clara a desnecessidade da aplicação da pena em alguns casos concretos.

Utilizar o princípio da irrelevância penal do fato na Lei em debate é, atualmente, razão para muitas divergências doutrinárias. De um lado, os que ressaltam o rigorismo penal, como único meio apto a reduzir a violência contra o gênero feminino. A exemplo de Diniz e Angelim, (2003), que defende a intervenção do Estado e da Justiça, sob pena de sua abstenção desencadear um círculo vicioso de violência. Assim expõe:

A ideia da família como uma entidade inviolável, não sujeita à interferência do Estado e da Justiça, sempre fez com que a

violência se tornasse invisível, pois é protegida pelo segredo. Agressor e agredida firmam um pacto de silêncio, que o livra da punição. Estabelece-se um verdadeiro círculo vicioso: a mulher não se sente vítima, o que faz desaparecer a figura do agressor. Mas o silêncio não impõe nenhuma barreira. A falta de uma basta faz a violência aumentar. O homem testa seus limites de dominação. Como a ação não gera reação exacerbada a agressividade. Para conseguir dominar, para manter a submissão, as formas de violência só aumentam.

Do outro lado, parte da doutrina, sendo fiel a ao funcionalismo penal de Claus Roxin, já estudado nesse trabalho, reconhece a importância da aplicação do princípio aos casos concretos, já que o direito penal deve se ater ao cotidiano e às especificidades de cada processo, bem como à defesa de bens jurídicos relevantes, não podendo fazer uso do direito penal máximo, quando este se apresenta desnecessário, de acordo com a linha doutrinária de Gomes (2004).

Em razão desse movimento na direção de reiterados pedidos de aplicação do princípio da bagatela imprópria no contexto da Lei Maria da Penha, os Tribunais passaram a terem de, constantemente, decidir sobre o tema até a matéria aportar nos Tribunais Superiores, conforme poderemos analisar no tópico que segue.

6.1 Posicionamento Jurisprudencial quanto à aplicação do Princípio da Bagatela Imprópria no contexto da Lei Maria da Penha

Gomes (2009) aponta que a jurisprudência dos Tribunais Superiores ainda é tímida no acolhimento de teses despenalizadoras e a favor da defesa, não sendo diferente quanto ao tema da bagatela imprópria. Contudo, em vista aos crescentes pedidos realizados nessa linha, os julgados avaliando a desnecessidade da pena tem sido cada vez mais frequente.

Tribunais divergem quanto à aplicação do princípio da irrelevância penal do fato na Lei Maria da Penha, conforme pode-se verificar dos julgados que seguem, iniciando-se por esse acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal em sede de apelação:

APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÃO CORPORAL. ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS.

INVIÁVEL. AUTORIA COMPROVADA. PALAVRA DA VÍTIMA. LAUDO DE LESÃO CORPORAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCABÍVEL. CRIMES PRATICADOS NO ÂMBITO DOMÉSTICO. RELEVÂNCIA PENAL. EXPRESSIVIDADE DA

CONDUTA. RECURSO DESPROVIDO. 1. As provas dos autos são suficientes para embasar um decreto condenatório pelo crime de lesão corporal no âmbito doméstico familiar (art. 129, §9º, CP), pois compostas pelos relatos da vítima (na seara policial e em juízo), corroborada pelo laudo de exame de corpo de delito. 2. Conforme entendimento deste egrégio Tribunal, a palavra da vítima, especialmente em crimes ocorridos na seara doméstica, possui relevante valor probatório, mormente porque tais delitos são praticados, via de regra, às escuras. **3. Nas situações de violência doméstica familiar, há uma extrema ofensividade social (mesmo que a lesão seja de natureza leve) não havendo como considerar a conduta de quem ofende a integridade física de sua companheira como penalmente irrelevante. Inaplicável, portanto, o princípio da insignificância no que se refere aos crimes praticados com violência ou grave ameaça contra mulher, no âmbito das relações domésticas.** Precedentes. 4. Recurso desprovido. (DISTRITO FEDERAL, 2016, grifo nosso).

Deduz-se que na lição desse acórdão preponderou como parâmetro para análise da aplicação do princípio que nas situações de violência doméstica familiar, a ofensividade social, embora a lesão seja de natureza leve permite considerar o comportamento do agressor como penalmente insignificante, não podendo se aplicar, dessa forma, o princípio da bagatela.

O Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, também entendendo nessa linha já decidiu:

APELAÇÃO CRIMINAL – VIAS DE FATO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ABSOLVIÇÃO – INVIABILIDADE – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA – IMPOSSIBILIDADE – SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – PRETENSÃO ACOLHIDA – REVOGAÇÃO DO SURSIS DA PENA – DESACOLHIMENTO – RECURSO

PARCIALMENTE PROVIDO. Os elementos de convicção coligidos durante a persecução processual são tranquilos no sentido de demonstrar a materialidade e a autoria do fato delituoso, pelo que deve ser mantida a condenação. Não têm aplicação às infrações penais praticadas com violência à pessoa, no âmbito das relações domésticas, tanto o princípio da insignificância (bagatela própria), que importa no reconhecimento da atipicidade do fato, como tampouco da bagatela imprópria, pelo qual se reconhece a desnecessidade de aplicação da pena. A violência e a ameaça impeditivas da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos são aquelas relacionada aos crimes, ou seja, às condutas de maior gravidade, não alcançando a vedação abstrata do art. 44 , I , do CP , como no caso, a contravenção de vias de fato. A aceitação ou recusa do sursis é matéria que deve ser deliberada na audiência admonitória, nos termos do art.

160 da LEP. Recurso parcialmente provido, contra o parecer. (MATO GROSSO DO SUL, 2015).

Para o Desembargador Ruy Celso Bandeira, as condutas ocorridas em contexto de violência doméstica são consideradas de maior gravidade. O Supremo Tribunal Federal, em julgamento de *Habeas Corpus* recente, também negou a aplicação a aplicação do princípio quando o delito foi praticado no contexto da violência de gênero:

Inadmissível a aplicação do princípio da insignificância aos delitos praticados em situação de violência doméstica. Com base nessa orientação, a Segunda Turma negou provimento a recurso ordinário em “habeas corpus” no qual se pleiteava a incidência de tal princípio ao crime de lesão corporal cometido em âmbito de violência doméstica contra a mulher (Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha). (BRASIL, 2016).

A Suprema Corte entendeu por não ser cabível a aplicação do princípio da insignificância bagatela aos crimes praticados em situação de violência doméstica, afirmando que não podem considerar a gravidade do fato, visto que o delito, por si só, gera

grande reprovabilidade social e moral, não podendo ser falado nesse caso em irrelevância penal do fato.

Já na linha de admissão da aplicação do princípio da irrelevância penal do fato, segue julgado, também do Mato Grosso Sul, que se diga, é destaque na análise e aplicação do princípio no país.

APELAÇÃO CRIMINAL - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA VIAS DE FATO - PRELIMINARES - NÃO REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DO ART. 16 DA LEI MARIADA PENHA - SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - REJEITADAS - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA -

PARCIALMENTE PROVIDO. [...] Quanto à autoria, no caso em análise, o delito é de vias de fato e a vítima expressou em juízo, na audiência de instrução e julgamento que retornou a conviver maritalmente com o acusado e não quer vê-lo condenado. Assim, é uma situação em que se deve buscar uma forma de pacificação que não passa pela punição, sob pena de ameaça ao equilíbrio da estrutura familiar. Reconhecer a irrelevância penal do fato, no caso concreto, não deve ser confundido com uma tolerância ou incentivo às condutas ilícitas, mas admitir que, na situação exposta, a intervenção do direito penal não é oportuna ou suficiente. Registre-se que o fato ocorreu em outubro de 2010 e passado mais de um ano e meio dos fatos, ouvida a vítima em juízo relatou que convive pacificamente com o réu e desde então não houve mais nenhum incidente entre eles. Deste modo, em face da desnecessidade concreta da pena, aplico o princípio da **bagatela** imprópria ao réu. (MATO GROSSO DO SUL, 2014).

No julgado em questão a Câmara Criminal entendeu que a situação em análise, requeria por parte do judiciária uma forma de pacificação que não passasse pela punição, visto que a estrutura da família já se encontrava equilibrada. Acentua ainda, que o reconhecimento da irrelevância penal do fato, na situação concreta, não pode ser confundido com tolerância ou incentivo às condutas ilícitas, mas trata-se de reconhecer que, no caso analisado, a intervenção do direito penal não seria oportuna ou suficiente.

O mesmo Tribunal de Justiça do Mato do Grosso do Sul já havia proferido acórdão em 2009 acolhendo a tese da aplicação do princípio da bagatela imprópria. A escolha de

analisar o julgado mais antigo por último dá-se pela sua granderelevância no cenário jurídico nacional. Vejamos:

E M E N T A –APELAÇÃO CRIMINAL – LESÕES CORPORAIS E DANO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – AGENTE QUE PRATICOU OS DELITOS IMPELIDO PELO VÍCIO EM ÁLCOOL/ENTORPECENTES – RÉU RECUPERADO – CONSEQUÊNCIAS MÍNIMAS – OFENDIDA QUE NÃO DESEJA A CONDENAÇÃO DE SEU COMPANHEIRO – DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA – DESNECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA

REPRIMENDA – PARCIAL PROVIMENTO. Tratando-se de crimes cujas consequências foram ínfimas, praticados por agente impelido pelo vício em álcool/entorpecentes, hoje recuperado, aplica-se o princípio da “bagatela imprópria”, sendo desnecessária a imposição da pena, mormente por se tratar de réu primário e a única vítima, sua atual companheira, não desejar a condenação dele. A situação atual do casal em questão sobrepõe-se à necessidade de apenamento do acusado supostamente reinserido no seio social. Impingir a ele reprimenda corporal seria contrariar a função social da pena. (MATO GROSSO DO SUL, 2009).

Esse julgado merece maior importância, tendo em vista que norteia, até dias atuais, vários pedidos e decisões a nível nacional, em função da sua detalhada explanação sobre o tema aqui proposto. O Desembargador Romero Osme Dias Lopes assim inicia sua fundamentação a respeito da aplicação do princípio da bagatela:

Este princípio serve exatamente para limitar a injusta intervenção do Estado na dignidade da pessoa humana, única forma viável de, no processo de conhecimento, prevenir o crime, impedindo que um jovem recuperável se transforme num meliante escolado e perigoso para a própria sociedade que o quer condenado.

O acórdão do nobre Desembargador coaduna exatamente com o posicionamento do doutrinador Roxin (2006), amplamente debatido em linhas acima, quando afirma que o princípio bagatela impróprio destina-se unicamente a minoração dos números de reincidência penal e a valorização da dignidade da pessoa humana, como meio efetivo e concreto de prevenção penal, já que trata-se de princípio com fins de política criminal. Não por acaso, esta é a razão pela qual o Desembargador Romero Osme Dias Lopes pondera, meritoriamente, na decisão em questão:

O princípio bagatela impróprio dentre outras causas, surgiu como consequência da falência do sistema carcerário, a desestruturar a aplicação do conhecimento pedagógico acerca da pena prisional, perdendo o seu sentido ressocializador.

Para o jurista citado, o papel do Direito Penal é buscar a melhor punição para o acusado, devendo ser esta adequada para a reprovação de sua conduta criminosa, satisfazendo a ofendida e a sociedade não para consertar o sistema legal vigente. Mas ressalta, também o Desembargador, que indubitavelmente a inovação despertará grande inconformismo, visto que a novidade e a prevenção, muitas vezes podem ser confundidas com impunidade.

No que tange à manifestação de vontade da vítima na não penalização do agressor, declara o Desembargador:

Se a palavra da ofendida foi levada em consideração para acusar o réu, por que não permitir que a mesma exerça a faculdade de suplantando a acusação cuja continuidade servirá apenas para conturbar o ambiente doméstico (que, ao que tudo indica, encontra-se pacificado) e atrapalhar a já consumada reconciliação e estabilidade do casal?

O apontamento do Meritíssimo encontra-se em consonância com estudos também já abordados de Cunha e Karam, quando frisam que a vontade da vítima não pode ser desconsiderada nos julgamentos, primeiramente em razão da sua plena capacidade, e conseqüentemente, por esta ser parte interessada no melhor deslinde do conflito, não devendo ser obrigada necessariamente a desejar punição criminal ao parceiro.

Por último, arremata Romero Osme Dias Lopes, que os critérios para admissão da pena têm guarida em diversos aspectos, quais sejam, mínimo desvalor da culpabilidade, não reincidência, indenização dos danos, entre outros devem ser analisados pelo magistrado caso a caso.

Dessa maneira, o caso em concreto, bem como condições pessoais do agente, devem influenciar na autorização do acolhimento do princípio da bagatela imprópria, desde que seja identificado comportamento merecedor da desnecessidade da pena. Uma vez que presentes requisitos favoráveis, não assiste razão de deixar de aplicar o princípio da irrelevância penal do fato.

A despeito de tudo isso, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça consolidou, em sentido diverso, o entendimento contido no enunciado da súmula 589 do Superior Tribunal de Justiça, a saber, "é inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas, à vista da relevância penal da conduta, que não implica no reconhecimento da atipicidade material da conduta ou na desnecessidade da pena o fato do casal ter se reconciliado.

Assim, nota-se que, a pretexto de fornecer proteção jurídica à mulher, reforça-se a violação da sua autonomia, deconsiderando sua manifestação de desinteresse na aplicação da pena ao companheiro naquele caso concreto, o que significa, além da mitigação de sua autonomia, a transcendência da pena à todo o núcleo familiar.

7 CONCLUSÃO

Diversos fatores históricos, sociais e culturais de subjugação do sexo feminino contribuíram e continuam a concorrer para conservação de uma cultura patriarcal. O caminho percorrido, pela legislação brasileira, para afirmação dos direitos fundamentais das mulheres se deu de forma lenta e complexa. A proteção oferecida às mulheres em outros tempos era violentamente negada e de difícil projeção positiva para o futuro, já que, por séculos, a relação entre homens e mulheres foi de hierarquização e dominação daqueles para com estas.

A Lei Maria da Penha, registre-se, criada no Brasil tardiamente sob pressão internacional e de movimentos feministas, foi criada com fins de política afirmativa, entendida esta como a produção de ações que buscam por em patamar igualitário, quem, por alguma circunstância, tem sido tratado de maneira desigual

A Lei, sem dúvidas, produziu vários efeitos positivos, conseguindo oferecer às mulheres vários mecanismos em defesa da sua integridade física, sexual e psicológica. No entanto, após esse estudo, percebe-se que, em dez anos de existência, a Lei Maria da Penha não conseguiu excluir, ou sequer, diminuir os índices de violência, muito menos exterminar com a cultura patriarcal-machista que sobrevive arditamente em dias atuais.

Por outro lado, esse estudo possibilitou perceber, que nesse contexto de buscar por mudanças de comportamentos e cultura, a Lei Maria da Penha mostra cada vez mais uma tendência em enrijecer no seu campo de atuação, sob o fundamento de que utilizar-se do rigor penal é prevenir condutas típicas indesejáveis. Assim, a Lei traz alterações penais implacáveis, como a exemplo, tornar a Ação Penal Pública Incondicionada mesmo em delitos de lesão corporal leve.

As consequências desse rigorismo geram desfechos positivos e negativos. Positivos quando alcançam vítimas inseridas em ciclos de violência duradouros, onde já se encontram fragilizadas e aprisionadas por uma relação de submissão e dependência que retira da mulher a autodeterminação e certeza do prosseguimento na persecução criminal, sendo plausível, nesse momento, que a titularidade da Ação Penal Pública pertença ao Estado. Visto que alguns crimes cometidos no âmbito familiar, em função da sua gravidade, necessitam da aplicação de penalidade mais rígida, como a privação de liberdade, para impedir a banalização da violência doméstica.

No entanto, essa situação de violência cíclica não retrata todos os casos que desaguam no judiciário. Cada caso revela peculiaridades a serem apreciadas separadamente. Em algumas situações, a violência praticada nunca havia ocorrido, a vítima não deseja a prisão do agressor, apenas deseja que cesse e não se repita a prática de violência na família. Portanto, em algumas ocorrências, se faz fundamental a adoção de meios diferenciados de enfrentamento, suficientes a coibir a violência e reparar os danos sofridos, sem ocorrer o encarceramento do agressor.

Não se pode esquecer que a recomendação da intervenção do Direito Penal é última e mínima, devendo ser aplicado apenas em casos que oferecem gravidade aos bens jurídicos mais importantes, conforme foi compreendido do estudo do princípio da bagatela.

Quanto à aplicação da pena, o fim último da pena não é o de perpetuar e tampouco acerbar a situação do apenado. Uma vez que a finalidade da pena é de que ele seja reintegrado, ou reinserido ao meio social, o fundamental seria fomentar um tratamento prisional estimulador para que o homem apenado retorne preparado para não mais delinquir.

Assim, pode-se concluir que, por vezes, são insuficientes as medidas penais rigorosas para coibir a violência de gênero nas suas inúmeras formas. Assim, nos faz refletir, o presente estudo, que a execução das políticas públicas previstas na Lei Maria da Penha é imprescindível nessa busca as mudanças de valores e práticas estabelecidas cultural e socialmente, superando a banalização de prisões preventivas, sendo

imprescindível um enfrentamento amplo da violência, por meio da educação e da luta contra estereótipos, que se mostre como meio adequado para essa modificação.

REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. O princípio da insignificância no direito penal. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada de São Paulo*. São Paulo: TJSP, v.94, p. 72-77, abr./jun./1988.

ÁVILA, Humberto. *Teoria Geral dos Princípios*. da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BIANCHINNI, Alice. *Campanha AD - não violência contra a mulher: centros de educação e reabilitação de agressores*. Disponível em:

<<http://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814292/campanha-ad-nao-violencia-contra-a-mulher-centros-de-educacao-e-reabilitacao-de-agressores>>. Acesso em: 21 de out. de 2016

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral, volume 1*. 11ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Código de Processo Penal Decreto Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Rio de Janeiro, 3 de outubro de 1941.

_____. Código Penal. Decreto Lei no 2.848 de 1940. Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988

_____. Lei de Execuções Penais. Lei nº 7.210 de 1984. Brasília, 11 de julho de 1984.

_____. Lei. nº 11.340 de 07 de agosto de 2006 Publicada. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

_____. STF - Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. 133043. Relator: Min.Cármem Lúcia. Publicação: 10.5.2016. Disponível em:
<<http://julianbaiao.blogspot.com.br/2016/06/informativo-stf-n-825-principio-da.html>>. Acesso em: 24 de jun.de 2016.

_____. STF - Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. 100177PR. Relator: Min.Ayres Britto. Publicação: 22.6.2010. Disponível em:
<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15809549/habeas-corpus-hc-100177-pr>>. Acesso em: 24 de jun.de 2016.

_____. STF - Supremo Tribunal Federal. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS RHC 56079 MS 2015/0018297-5. 2015. Relator: Ministro Gurgel de Faria.Disponível em:
<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/188288151/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-56079-ms-2015-0018297-5/relatorio-e-voto-188288221>>. Acesso em: 14 de jun.de 2016.

_____. STF - Supremo Tribunal Federal. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS RHC 56079 MS 2015/0018297-5. 2015. Relator: Ministro Gurgel de Faria.Disponível em:
<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/188288151/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-56079-ms-2015-0018297-5/relatorio-e-voto-188288221>>. Acesso em: 14 de jun.de 2016.

_____. STF - Supremo Tribunal Federal. Plenário - REsp 1.405.917/MG, Relatora:Min. Maria Thereza de Assis Moura - DJe 03/08/2015. Disponível em:
<<http://s.conjur.com.br/dl/insignificancia-teori-zavascki-3815.pdf>>. Acesso em: 9 de jun.de 2016.

_____. STF - Supremo Tribunal Federal – Primeira Turma – HC 108946 – Relarto:Min. Cármem Lúcia – Dje 07/12/2011. Disponível em:
<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20995060/habeas-corpus-hc-108946-rs-stf/inteiro-teor-110217494>>. Acesso em: 5 de jul. de 2016.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Prisão preventiva para garantia de medidasprotetivas: (im)possibilidade de decretação direta*. Disponível em:
<<https://jus.com.br/artigos/20726/prisao-preventiva-para-garantia-de-medidas-protetivas-im-possibilidade-de-decretacao-direta>>. Acesso em: 04 de jun. de 2016.

CAMPOS, Amini Haddad. CORREA, Lindalva Rodrigues. *Direitos Humanos dasMulheres: Violência contra as mulheres*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2012.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 14 ed. São Paulo: Saraiva,2010.

CASTRO, Carem Barbosa de. *Teoria geral dos princípios*. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12251.>. Acesso em: 30 de maio de 2016.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmula 589-STJ**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/fa3dade3a49305f27f64203452ac954c>>. Acesso em: 05/06/2022

COELHO Pedro. *Bagatela Imprópria – Princípio da (Des)necessidade da pena ou Irrelevância Penal do Fato*. Disponível em: <http://blog.ebeji.com.br/bagatela-impropria-principio-da-desnecessidade-da-pena-ou-irrelevancia-penal-do-fato/>>. Acesso em: 21 de ago. de 2016.

CORREIA, Mariza. *Os crimes da Paixão*. Coleção Tudo é História (33). Editora Brasiliense, 1981.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. O princípio da insignificância: fundamentos e função dogmática: uma leitura à luz do funcionalismo de Claus Roxin. *Revista de Estudos Criminais*. Ano XIII, n 57, 2015.

DEL PRIORE, Mary. *Histórias e Conversas de Mulher*. 1 ed. São Paulo: Planeta, 2013.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Gláucia Ribeiro Starling; ANGELIM, Fábio Pereira. *Violência Doméstica: Porque é tão difícil lidar com ela?* *Revista de Psicologia da UNESP*, 2003.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal - STJDF. Apelação Criminal 20141010085634. 2ª Turma Criminal. Relator: Silvanio Barbosa dos Santos. Publicação: 13.04.2016. Disponível em:

<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=933610>. Acesso em: 20 de jan. de 2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal - STJDF. REsp 1097042 DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 3ª Seção, DJe 21/05/2010. Disponível em:

<<http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/6865/3/STF%20Recurso%20Especial%201097042.pdf>>. Acesso em: 20 de jan. de 2016

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Folto. *Métodos de Pesquisa*. Porto Alegre: UFRGS, 2009.

GIL, Antonio Carlos. *Como Elaborar Projetos de Pesquisa*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. DONATI, Patricia. CHRISTÓFARO, Danilo. *Princípio da insignificância: atipicidade material não se confunde com exclusão da punibilidade*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. DONATI, Patricia. CHRISTÓFARO, Danilo. *Princípio da insignificância: atipicidade material não se confunde com exclusão da punibilidade*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 04 de jun. de 2016.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de atipicidade*. São Paulo: RT, 2009.

GONÇALVES Ana Paula Shwelm; LIMA Fausto Rodrigues de. *A lesão corporal na violência doméstica*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8912/a-lesao-corporal-na-violencia-domestica>.> Acesso em: 14 de jul. de 2016.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

HENRIQUE, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. *Monografia no Curso de Direito: como elaborar o trabalho de conclusão de curso (TCC)*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

HERMANN, Leda Maria. *Maria da Penha Lei Com Nome de Mulher*. 1 ed. São Paulo: Servanda, 2007.

KARAM, Maria Lúcia. Violência de Gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. *Boletim do IBCCRIM*, n. 168, p. 6, nov. 2006.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal: análise à luz da lei 9.099/95: juizados especiais criminais, lei 9.503/97, código de trânsito brasileiro e da jurisprudência atual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MACHADO, Lia Zanotta. Beijing em Balanço. Confrontos Políticos e Desafios Intelectuais. *Revista Estudos Feministas*, n. 2, 1995.

MANÃS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MASSON, Cleber Rogério. *Direito Penal esquematizado*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MATO GROSSO DO SUL. TJMS - Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação Criminal 2009.011866-5. 2ª Turma Criminal do TJ/MS. Relator: Des. Romero Osme Dias Lopes. Publicação: 08 de agosto de 2009.

MATO GROSSO DO SUL. TJMS - Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação Criminal 00335721720128120001. Relator: Des. Ruy Celso Barbosa Florence. 2015. Disponível em: < [http://tj- ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/262114889/apelacao-apl-335721720128120001- ms-0033572-1720128120001](http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/262114889/apelacao-apl-335721720128120001-ms-0033572-1720128120001) >. Acesso em: 20 de jan. de 2016

MATO GROSSO DO SUL. TJMS - Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação Criminal 00651731220108120001. 1ª Câmara Criminal. Relator des. Dorival Moreira dos santos. Publicação: 22.04.2014. Disponível em: < <https://tj->

ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/127541669/apelacao-apl-651731220108120001- ms-0065173-1220108120001>. Acesso em: 10 de set. de 2016.

MATO GROSSO DO SUL. TJMS -Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação Criminal 2009.011866-5, 20/7, 2ª Turma Criminal do Relator: Des. Romero Osme Dias Lopes - TJ/MS. Publicação: 20.07.2009. Disponível em: < http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7862797/apelacao-criminal-acr-11866-ms-2009011866-5/inteiro-teor-13325424?ref=juris-tabs_001>. Acesso em: 10 de set. de 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 7ed. São Paulo: Forense, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal*. 9 ed. São Paulo: Forense, 2011.

PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 4. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. ed. 4. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RODRIGUES, Maria Alice. *A mulher no espaço privado: da incapacidade à igualdade de direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROXIN, Claus. *Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal: estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Comentários à lei de combate à violência contra a mulher: lei Maria da Penha 11.340/06*. 3 ed. Curitiba - PR : Juruá, 2009.

TÁVORA, Nestor; ANTONINI Rosmar. *Curso de direito processual penal*. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

TIGREIROS, Arthur. *Tudo em um para Defensoria Pública: doutrina e questões comentadas*. 1 ed. São Paulo: Foco Jurídico, 2014.

TOLEDO, Francisco Assis. *Princípios Básicos do Direito Penal: de acordo com a Lei. 7.209 de 1984*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZORZETTO Pedro Furian. *O princípio da insignificância e o STF*. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/28482/o-principio-da-insignificancia-e-o-stf>>. Acesso em: 05 de maio de 2016.

A IMPORTÂNCIA DO PODER FAMILIAR NOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

LETÍCIA JUSTINO DOS SANTOS:
Graduanda em Direito pela faculdade
Serra Do Carmo.³⁵

ANDRÉIA AYRES³⁶

(orientadora)

RESUMO: Este artigo, tem como objetivo demonstrar a importância do poder familiar perante os casos de dissolução matrimonial, salientando assim, as falhas do poder judiciário Brasileiro perante a aplicação da lei. A guarda compartilhada passou a ser obrigatória, visando preservar o vínculo de afetividade dos envolvidos, prevalecendo mesmo que em lares distintos o bem estar da prole. A lei 12.318/2010, veio para resguardar os direitos e deveres ao menor, estabelecendo obrigações aos ambos genitores. Sendo de suma importância compreender as modificações ocorridas na entidade familiar diante dos novos modelos de família, que passou a ser constituído através da agregação de pessoas, não estabelecendo critérios que a defina, portanto, a mulher passa a ter os mesmos direitos e obrigações que os homens, deixando de existir a hierarquia, e os filhos tendo os mesmos direitos independente da origem de sua concepção. Essa pesquisa foi realizada, com base em estudos bibliográficos, de forma descritiva e qualitativa, trazendo meios que demonstre a eficiência e a eficácia da guarda compartilhada.

Palavras-chave: família, alienação parental, guarda compartilhada, princípios, poder.

1. INTRODUÇÃO

Em décadas anteriores, a família prevalecia de um modelo de sociedade fundiária, patriarcal, hierarquizada, fortemente marcada pelo cristianismo, por acreditar que apenas através da união matrimonial uma família poderia ser constituída. A carta Magna foi responsável em trazer relevantes alterações ao anterior código civil de 1916, desvinculando então o modelo antigo, baseado somente no casamento, sexo e procriação, trazendo assim uma nova concepção gerada pelos valores da afetividade de amor e desejo entre os parceiros.

³⁵Graduanda em Direito, 9º período da faculdade Serra Do Carmo. E-mail: leticiajus.souza@gmail.com

³⁶ Doutora em Ciências pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela UNIMAR. Bacharel em Direito pela PUC/GO. Advogada e professora da Faculdade Serra Do Carmo - FASEC. E-mail: prof.karinemota@fasec.edu.br

Desta forma, a jurisprudência e a doutrina exercem o poder de conhecimento perante os princípios constitucionais que estão implícitos como regentes da família, mais conhecidos como princípios gerais e fundamentais para a formação, bem estar e a preservação do interesse do menor envolvido.

Tendo em vista que, a preservação do poder familiar é de fato primordial para o desenvolvimento e formação da prole, a constituição federal, traz em seus artigos 227 e 229 deveres e responsabilidades que devem ser exercidas em detrimento daquele menor, buscando a melhor solução a ser decidida para cada caso de forma que o regime aplicado traga benefícios para a vida da criança que se encontra em situação de fragilidade.

Para se determinar qual o melhor regime a ser aplicado, deve ser considerado fatores que prevaleça os interesses do menor. Nos casos de dissolução de matrimônio a guarda compartilhada passou a ser considerada obrigatória, por ser de fato eficaz, pois visa buscar a união entre ambos os genitores, contribuindo na formação psicossocial.

Ou seja, o regime de guarda compartilhada tem por objetivo inibir que ocorra a alienação parental, causada por um conjunto de fatores negativos, praticados por um ou ambos genitores, por motivos diversos, como inconformismo, insatisfação e/ou até mesmo vingança, com o intuito de denegrir a imagem do outro guardião, utilizando da fragilidade do menor, apresentando situações e fatos que induza o a prole a ter uma visão que não condiz com a realidade, passando o menor a repudiar e ignorar a convivência familiar.

A Lei 12.318, criada no ano de 2010, dispõe sobre a alienação parental, tendo como principal objetivo identificar os casos e aplicar as sanções cabíveis com urgência, a fim de coibir que crianças e adolescentes sejam vítimas desta situação.

O intuito da criação deste artigo, ocorreu pelo desejo de demonstrar a importância do poder familiar perante os casos de alienação parental, apresentando meios que podem ser propostos como forma de inibir tais tipos de abuso.

A realização do estudo, ocorreu através de uso de pesquisa bibliográfica, com meios subjetivos e qualitativos. Assim sendo, no primeiro capítulo será abordado sobre a entidade familiar, seus princípios e a importância do poder familiar, no segundo capítulo, será tratado sobre a guarda, critérios para a aplicabilidade, suas espécies e a importância da figura materna e paterna, e por fim no terceiro capítulo se explanará sobre a síndrome da alienação parental, quais são seus critérios de identificação e mencionar o que a Legislação Brasileira entende por alienação parental.

2. MODIFICAÇÕES NA ENTIDADE FAMILIAR

A entidade familiar é um dos direitos que ao decorrer dos tempos sempre sofreu constante atualização, tendo em destaque a promulgação da carta Magna de 1988, considerado então um marco revolucionário ao anterior código civil de 1916, por trazer modificações no que diz respeito à constituição familiar, antes de sua alteração, a família somente era reconhecida perante a sociedade, quando houvesse a existência do matrimônio, considerado um vínculo indissolúvel, onde os casais se mantinham casados independente do bem estar, a fim de não sofrerem com as discriminações do estado civil perante a sociedade, assim considerado um modelo patriarcal (MADALENO, Ana Carolina Carpes, 2022).

O atual código civil passou a considerar a família como um modelo Socioafetivo, se abstendo do modelo antigo, onde prevalecia o cunho econômico e religioso, portanto, com as modificações, a família passou a ser constituídas a partir dos valores de afetividade, estabelecendo deveres e obrigações perante ambos envolvidos. Dessa maneira, deve ser respeitado e reconhecido como família, qualquer entidade que por desejo de permanecer juntos, se agregam, independentemente da natureza do gênero e da sua legitimação (MADALENO, Ana Carolina Carpes, 2022).

Segundo Paulo Lobo: (2009, P.08)

- A) a proteção do Estado Alcança, qualquer entidade familiar sem restrições;
- B) a família, entendida como entidade, assume claramente a posição de sujeito de direito e obrigações;
- C) os interesses das pessoas humanas, integrantes da família, recebem primazia sobre os interesses patrimonializantes;
- D) a natureza socioafetiva da filiação torna-se gênero, abrangente das espécies biológicas e não biológicas;
- E) consuma-se se a igualdade entre os gêneros e entre os filhos;
- F) reafirmar-se a liberdade de construir, manter e extinguir entidade familiar, e a liberdade de planejamento familiar, sem imposição estatal;
- G) a família configura-se no espaço de realização pessoal e da dignidade humana de seus membros.

Dessa forma, a família passa a ter seus direitos assegurados pelo Estado, pois de fato é responsável por constituir e formar uma sociedade. Ou seja, o Estado tem o dever de zelar pela manutenção, desenvolvimento como também pelos casos de dissolução de entidade familiar (FIGUEIREDO, Fabio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios, 2014).

Vale destacar que, diante dos casos de destituição da entidade familiar, é dever dos pais, assegurar aos filhos os cuidados necessários, prezando pela saúde, segurança e bem estar, de forma que a dissolução não interfira na convivência familiar. Portanto, caso seja identificado litígio entre os cônjuges, cabe ao judiciário aplicar as sanções cabíveis, prevalecendo o melhor interesse ao menor que se encontra em situação de vulnerabilidade (MADALENO, Ana Carolina Carpes, 2022).

3 PRINCÍPIOS DA FAMÍLIA

A criação dos princípios se deu através das necessidades em que surgiram após as diversas modificações na entidade familiar, visando de fato estabelecer normas e deveres ao ordenamento jurídico, tornando-os como base fundamental para a proteção dos direitos humanos. (CARVALHO, Dimas Messias De, 2017).

Na visão de Maluf, Carlos Alberto Dabus (2021)

Pode se concluir, desta forma que os princípios constitucionais representam um alicerce normativo, cuja aplicação representou uma forma diferente de aplicar a lei, de pensar o direito. Tendo em vista a prevalência dos direitos humanos, o conhecimento de que o homem é o detentor de uma dignidade intrínseca e de direitos subjetivos de personalidade, fez aumentar a amplitude dos valores merecedores de tutela legal. Amplíssima esfera de abrangência detêm os direitos de família, cujos princípios constitucionais embasam desde a concepção, passando pela manutenção, administração e extinção da composição familiar.”¹²⁹

Desta forma, é de suma importância evidenciar as espécies dos princípios regentes do direito da família, fundamentados na doutrina e na jurisprudência, apresentando seus conceitos, com objetivo em facilitar o entendimento quanto as normas regentes do direito familiar. (GAGLIANO, Pablo Stolze, 2012)

3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA.

Tem como finalidade resguardar e garantir ao cidadão o reconhecimento como titular de seus direitos e obrigações perante a sociedade, previsto na legislação brasileira no o Art. 1º, III da Constituição Federal de 1988, a mulher e o homem passam a ter os mesmos direitos, perante a constituição da família, e os filhos passam a ter igualdade, independentemente da sua origem, e do seu núcleo familiar (CARVALHO, Dimas Messias De, 2020).

3.2 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Este princípio tem o intuito de resguardar a dignidade dos envolvidos, de modo que, o laço de afetividade seja fator essencial para a constituição da família, fazendo com que a mesma passe a ser reconhecida independente de consanguinidade, ou seja, o modelo de família patriarcal deixa de existir.

Daniella Velloso Pereira e Maria Flavia Cardoso Máximo, ressaltam que, "já não se admite o direito de família sem o afeto. Se antes o vínculo biológico possuía maior valor, atualmente o afeto permeou as divisas do direito e rompeu antigos paradigmas, alicerçando o conceito família ¹²³. (CARVALHO, Dimas Messias De, 2020).

Em virtude dos fatos mencionados, não se classifica a família por laços sanguíneos e sim pelo afeto, amor e carinho, assegurando principalmente as crianças e adolescentes que são considerados vulneráveis (CARVALHO, Dimas Messias De, 2017).

3.3 PRINCÍPIO DA LIBERDADE

Considerado como um dos mais importantes no direito da família, tem o poder de vedar, qualquer imposição que ocorrer perante a constituição familiar. Diante disto, todos tem o direito de escolher com quem partilhar a vida, independente de raça, religião, cor ou classe econômica, de forma que preserve a dignidade da pessoa humana (CARVALHO, Dimas Messias De, 2017).

3.4 PRINCÍPIO DO PLURALISMO FAMILIAR

A Constituição da República, menciona em seu artigo 226, §§ 3º e 4º, que a família pode ser constituída de várias formas, devendo ser reconhecida pela a existência do vínculo entre o homem e a mulher, ou monoparentais, quando se dá apenas por um de seus pais ou descendentes. Dessa forma, o núcleo familiar pode ser constituído por livre escolha, não existindo definição para a concepção da família (CARVALHO, Dimas Messias De, 2017).

3.5 PRINCÍPIO DA IGUALDADE JURÍDICA DOS CONJUGES E COMPANHEIROS

Este princípio tem como fator primordial, proteger os direitos adquiridos pela mulher após as modificações ocorridas na constituição de 1988. Visando resguardar os direitos equiparados conquistados, tornando a mulher livre para tomar decisões, nos fatores conjugais e econômicos, de modo que a hierarquia seja findada.

Lembra-nos o culto professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, que:

“O sexo sempre foi um fator de discriminação. O sexo feminino sempre esteve inferiorizado na ordem jurídica, e só mais recentemente vem ele, as duras penas, conquistando posição paritária, na vida social e jurídica do homem. A constituição como vimos, deu largo passo na superação do tratamento desigual fundado no sexo, ao equiparar os direitos e obrigações de homens e mulheres”. (Gagliano, Pablo Stolze, 2012)

E, de fato, a busca dessa igualdade torna-se imperiosa, quando consideramos o novo contexto social em que está inserida a mulher brasileira, segundo dados do IBGE:

“O crescimento da participação das mulheres no mercado de trabalho pode ter ocasionado mudanças na estrutura das famílias brasileiras, como mostra dados da Síntese dos Indicadores Sociais divulgados nesta quarta-feira pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE).

Entre 1995 e 2005 o número de famílias, chefiadas por mulheres cresceu 35% passando de 22,9%, em 1995, para 30,6%, em 2005. O maior crescimento aconteceu em Santa Catarina (64,1%) e Mato Grosso (58,8%).

Esse aumento vem ocorrendo mesmo nas famílias onde a presença do marido, analisa o IBGE. No ano passado, do total das famílias para parentesco em 28,3% a chefia era feminina, em 18,5% desse universo as mulheres eram chefes, apesar da presença do marido. Em 1995, essa proporção era de 3,5%.

O indicador aponta não somente para mudanças culturais e de papéis no âmbito da família, como reflete a ideia da chefia

“compartilhada”, isto é, uma maior responsabilidade do casal como a família, avalia o instituto.

Em 2005, a população economicamente ativa (PEA) somava 96 milhões de pessoas, das quais 56,4% eram homens e 43,6%, mulheres. Observou-se que nos últimos 10 anos a distribuição da PEA por sexo, sofreu uma acentuada mudança, com a redução da participação masculina e aumento da feminina em 3,2% pontos percentuais. A concentração da população na região metropolitana de São Paulo é outro dado de destaque do estudo, já que, no passado, 10,5% dos brasileiros (ou 19,4 milhões pessoas) viviam nessa área. (Gagliano, Pablo Stolze, 2012)

Portanto, este princípio visa resguardar o direito a igualdade de direitos e normas entre os homens e as mulheres. Os dados apresentados do IBGE, é relevante ao apresentar o grande avanço alcançado da isonomia de direitos. (GAGLIANO, Pablo Stolze, 2012)

3.6 PRINCÍPIO DA IGUALDADE E ISONOMIA DOS FILHOS

Visando assegurar os direitos por igual perante os filhos, de forma que não ocorra a discriminação daqueles que não foram gerados ou estejam sobre o mesmo núcleo familiar, resguardando os direitos que assim lhe são propostos. Mediante o contexto, este princípio deve ser proposto com a finalidade de proteger a tutela do filho, prevalecendo o vínculo de afetividade. (CARVALHO, Dimas Messias De, 2020).

3.7 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA OU DO ADOLESCENTE

É de suma importância, evidenciar este princípio, por se tratar da proteção do menor que se encontra em situação de fragilidade, devendo ser aplicado com maestria, de forma em que garanta e resguarde a dignidade e o bem estar do menor.

O Art.227, caput, relata que o dever de cuidado dispensado à criança e ao adolescente pela família, sociedade ou Estado assegura com absoluta prioridade a efetivação de seus direitos fundamentais, entre eles o direito à dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar.¹²⁶ (CARVALHO, Dimas Messias De, 2017).

Diante os casos de divórcios, os pais tem o dever de cuidado, tanto físico como moral, de modo que o menor disponha de todo suporte necessário para que assim, sua formação e desenvolvimento ocorram de forma saudável (CARVALHO, Dimas Messias De, 2017).

4 A IMPORTANCIA DO PODER FAMILIAR

O poder familiar é regido por direitos e deveres, tendo por objetivo a constituição de uma sociedade pautada sobre valores e princípios, considerado então irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível, de modo que, os pais e os tutores, tenha total responsabilidade perante a vida do menor (MADALENO, Ana Carolina Carpes, 2022).

Segundo Ana Carolina Carpes Madaleno e Rolf Madaleno (2022, P.16), partindo dos artigos 227 e 229 da Constituição Federal, o conteúdo do poder familiar está no dever dos pais de assistir, criar e educar seus filhos menores, assegurando-lhes o direito à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, a cultura, dignidade, ao respeito, a liberdade, a convivência familiar e comunitária.

Para uma boa formação, toda criança e/ou adolescente deve ser representado por seus genitores até a idade 16 anos, e assistidos até a maior idade, necessitando de cuidados e planejamento familiar. Sendo de fundamental importância que o mesmo, seja exercido com maestria e cautela, prezando pelo desenvolvimento físico, psicológico, resguardando patrimônios, de modo que a integridade daquele menor seja preservada (MADALENO, Ana Carolina Carpes, 2022).

Para Rodrigo da Cunha Pereira:

Independente da convivência ou relacionamento dos pais, a eles cabe a responsabilidade pela criação e educação dos filhos, pois é inconcebível a ideia de que o divórcio ou termino da relação dos genitores acarrete o fim da convivência entre os filhos e seus pais.¹³⁵ (CARVALHO, Dimas Messias De, 2017).

A legislação Brasileira, prevê que é direito e dever manter a convivência familiar, mesmo não residindo no mesmo lar. A lei 11.112 de 13 de maio de 2005, foi criada para assegurar os direitos ao genitor, e aqueles que tenham afetividade e afinidade por aquele menor, resguardando-lhe a existência do núcleo familiar, mediante os casos, onde decorre de dissolução do matrimônio, portanto, as visitas são consideradas fator primordial para contribuir na criação e manutenção dos cuidados com a prole, buscando evitar que ocorra o distanciamento daquele menor, a exclusão total do convívio e conseqüentemente o abandono afetivo. (CARVALHO, Dimas Messias De, 2017).

Na visão de Silva, Alan Minas Ribeiro da (2014) Crianças que são abandonadas ou descuidadas por pais irresponsáveis, despreparados ou negligentes estão flagrantes em situação de desproteção, o que enseja tutela estatal. O estado então, age e, em benefício dessas

crianças, as encaminha para locais protetivos, longe dos pais abandonônicos, onde inclusive, depois poderão ser adotadas, ou seja, terão elas a chance de encontrar uma família substituta que as escolha e lhes ofereça o suporte emocional de que precisam para crescer em paz.⁶³

O Estado, tem o dever de fiscalizar e aplicar sanções de punibilidades, tendo elas a finalidade de reparar os danos provocados por aqueles genitores negligentes, que esteja em desconformidade com a suas obrigações. Desta forma, o genitor guardião, que por omissão deixar de proporcionar o convívio familiar, causando o abandono afetivo, estará passivo de sofrer sanções (CARVALHO, Dimas Messias De, 2017).

5 A GUARDA E A SUA DEFINIÇÃO PARA A APLICABILIDADE

A guarda é de responsabilidade do poder familiar, tendo como dever e obrigação do guardião, zelar e contribuir nos cuidados a saúde, educação e segurança, de forma que a integridade física e psicológica esteja resguardada, prezando pelo melhor interesse da criança ou adolescente (CARVALHO, Dimas Messias De, 2017).

Portanto, para determinar a escolha do regime de guarda a ser aplicado nos casos de dissolução de matrimônio, deve-se considerar o que é melhor para a vida e bem estar do menor que se encontra em situação de fragilidade. A guarda unilateral foi bastante aplicada no Brasil, mas com o advento da lei 11.698/2008 passou a ser revista, por se tratar de um regime onde apenas um dos genitores usufruí da companhia do filho, tornando o convívio restrito, onde em alguns casos era fixado como forma de “punir” o causador da separação, sendo assim, esse regime passou a ser estabelecido apenas quando identificados critérios que impossibilitem a fixação da guarda compartilhada. (MADALENO, Ana Carolina Carpes, 2022, P.22).

Conforme o entendimento de (FIGUEIREDO, ALEXANDRIDIS, 2014). A guarda do menor, diante da dissolução da relação conjugal, como visto, deve atender o melhor interesse da criança, podendo ser buscada a fixação da guarda compartilhada ³⁹. Como bem pontua o professor Caio Mario Da Silva Pereira:

Merece destaque nesse momento de redefinição das responsabilidades maternas e paternas a possibilidade de se pactuar entre os genitores a “Guarda compartilhada” como solução oportuna e coerente na convivência dos pais com os filhos na Separação e no Divorcio. Embora a criança tenha o referencial de uma residência principal, fica a critério dos pais planejar a convivência em suas rotinas quotidianas. A intervenção do magistrado se dará apenas com o objetivo de homologar as condições pactuadas, ouvido o

Ministério Público. Consciente de suas responsabilidades quanto ao desenvolvimento dos filhos, esta forma de guarda incentiva o continuo acompanhamento de suas vidas ⁴⁰. (FIGUEIREDO, Fabio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios, 2014).

Tal situação, contudo, não se mostra das mais simples, esclarece o professor Silvio De Salvo Venosa: (FIGUEIREDO, Fabio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios, 2014).

Por vezes, o melhor interesse dos menores leva os tribunais a propor a guarda compartilhada ou conjunta. O instituto da guarda ainda não atingiu sua plena evolução. Há os que defenderam ser plenamente possível essa divisão de atribuições ao pai e à mãe na guarda concomitante do menor. A questão da guarda, porém, nesse aspecto, as pessoas que vivam em locais separados não é de fácil deslinde. Dependera muito do perfil do psicólogo, social e cultural dos pais, além do grau de fricção que reina entre eles após a separação⁴¹. (FIGUEIREDO, Fabio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios, 2014).

Com as alterações ocorridas, os doutrinadores entendem que o regime de Guarda compartilhada facilita o convívio entre ambos os genitores, podendo ser uma medida de solução para evitar que ocorra possíveis danos psicológicos a vítima. (RAMOS, Patricia Pimentel De Oliveira Chambers, 2016).

Mediante o contexto, podemos observar a importância de ter uma equipe multidisciplinar na área de psicologia para atuar perante os casos de definição de guarda, onde são capazes de contribuir nas soluções dos conflitos familiares. (FARIAS, Cristiano Chaves de, 2016).

5.1 ESPÉCIES DE GUARDA

O novo código Civil, trouxe algumas alterações nos modelos de espécies de regimes de guardas, onde ambos os genitores passam a ter obrigações em zelar, cuidar e fiscalizar aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade. (MADALENO, Ana Carolina Carpes, 2022).

5.1.1 GUARDA COMPARTILHADA

A Lei, 13.058 de 22 de dezembro de 2014, foi criada para estabelecer critérios sobre a aplicabilidade da guarda compartilhada, tornando-se uma regra, tendo como principal objetivo inserir a figura materna e paterna na criação daquele menor, determinando que

ambos genitores contribuam, com as responsabilidades, não só juridicamente, quando se trata da responsabilidade sobre os alimentos, mas fisicamente, prezando pela afetividade e convívio com ambos genitores, devendo ser considerado fator importante para o desenvolvimento e formação do menor, essa inserção deve prezar pelo bem estar, saúde e segurança, além disso, as decisões quanto as obrigações devem ser realizadas em comum acordo de forma equilibrada, excluindo as desavenças e motivos que levaram para o fim da dissolução do matrimônio (CARVALHO, Dimas Messias De, 2017).

Diante de tal fato, são impostos alguns requisitos para a guarda compartilhada, sendo elas, a comprovação de paternidade, a comprovação de que esteja apto para tal situação e a manifestação de vontade para se obter da guarda. Caso ambos os genitores possuam esses requisitos, a guarda poderá ser definida de forma consensual, ou por meio de uma ação judicial. Entretanto, quando não houver entendimento entre as partes, caberá o magistrado decidir o que é melhor para o interesse do menor. (RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers, 2016).

Rolf Madaleno (2022. P 23)

É a partilha da guarda jurídica, da autoridade de pai, que não se esvai pela perda da companhia do filho e em troca das visitas decorrentes da separação dos pais, contudo, para que a guarda conjunta, física ou legal tenham resultados positivos faz-se imprescindível a sincera cooperação dos pais, empenhados em transformarem suas desavenças pessoais em um conjunto de atividades voltadas a atribuir estabilidade emocional e sólida formação social e educacional dos filhos. (RAMOS, Patricia Pimentel De Oliveira Chambers; ROLF Madaleno – 2022, P. 23)

Caso seja identificado que aquele genitor que obtém a guarda esteja agindo em desconformidade, colocando a saúde, segurança ou o bem estar daquele menor, em situação de risco, poderá ser considerado fatores relevantes para o impedimento da guarda compartilhada. (RAMOS, Patricia Pimentel De Oliveira Chambers, 2016).

5.1.2 GUARDA UNILATERAL

A aplicação desse modelo de regime designa apenas um dos genitores a posse sobre a guarda do menor, de forma que o mesmo seja representado e assistido até completar a maior idade (18 anos), onde, é de dever do responsável obter-se de disponibilidade para zelar, contribuindo na educação, saúde e segurança, transmitindo princípios e valores, de forma que, a sua integridade física, mental, e psíquica seja preservada. Portanto, ao não guardião cabe a responsabilidade mediante aos cuidados, podendo e tendo como obrigação fiscalizar e interferir em decisões referentes ao que diz

respeito o menor, respeitando os limites estabelecidos e os fatos causadores, que levaram para a decisão da aplicação deste regime, não podendo o detentor da guarda, restringir o poder familiar, por questões pessoais, sendo passivo de sofrer sanções (CARVALHO, Dimas Messias De, 2017).

Como diz Paulo Lobo:

“Nenhum fator é decisivo para determinar a escolha do melhor guardião, mas certamente viabiliza o melhor interesse do menor, a permanência com o genitor que melhor se adaptar a rotina da criança e zelar pela sua manutenção.”¹¹¹⁶(MALUF, Carlos Alberto Dabus).

Para os casos identificados, onde algum dos genitores não possuam interesse, ou sejam considerados inaptos para os cuidados necessários perante aquele vulnerável, a guarda poderá ter a posse transferida a um terceiro, independente de consanguinidades, mas que preze pelo vínculo de afetividade com o menor (CARVALHO, Dimas Messias De, 2017).

6 A IMPORTANCIA DA FIGURA MATERNA E PATERNA

Para um bom desenvolvimento, formação psicossocial e física de uma criança/adolescente, a figura dos pais é primordial, pois de fato, necessitam de cuidados e atenção. Os genitores não residir no mesmo lar, não os afasta perante as responsabilidades, devendo se fazer presente, dedicando-se com as tarefas e cuidados diários, onde ambos têm como dever resguardar seus filhos, transmitindo princípios e valores, prezando sempre pela integridade do menor. Para os casos em que exista desavenças pessoais, o diálogo e o respeito entre os genitores deve-se prevalecer de maneira cautelosa (MADALENO, Ana Carolina Carpes, 2022).

Segundo Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel:

Podemos conceituar a convivência familiar como o direito fundamental de toda pessoa humana de viver junto a família de origem, em ambiente de afeto e de cuidados mútuos, configurando-se como um direito vital quando se tratar de pessoa em formação.⁵⁵ (CARVALHO, Dimas Messias De, 2017)

Tendo em vista a importância do convívio com os pais, a lei 12.962 de 2014 alterou o art. 19 do ECA, onde expõe que deve prevalecer mesmo diante da hipótese de privação de liberdade o direito a convivência com os pais, podendo elas serem realizadas através

de visitas periódicas supervisionadas pelo guardião, ou através de acolhimento institucional, onde o órgão fiscalizador é responsável em tutelar, sendo assim, podendo ocorrer independente de permissão judicial. (LÔBO, Paulo, 2015).

Portanto ter a presença da figura paterna e materna, mesmo que em lares separados, torna-se fator relevante para evitar que ocorra ausência do afeto e possíveis transtornos que podem vir a ser causados pelo abandono. A lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014, trouxe modificações aos artigos 1583, 1584, 1585 e 1634, de modo que visa aplicar o regime de guarda compartilhada, nos casos de dissolução de matrimônio, para que ambos genitores, tenham participação na criação do menor (CARVALHO, Dimas Messias De, 2020).

7 SINDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

O professor de psiquiatria da universidade da Columbia, Richard Gardner, foi o grande responsável por apresentar o primeiro conceito da síndrome da alienação parental, em consequência da vivência e do conhecimento adquirido durante a atuação como perito judicial, na década de 1985. Seu principal objetivo foi conseguir a inclusão dessa síndrome no manual de diagnóstico e estatística dos transtornos mentais, visando obter a melhoria no tratamento. Contudo, a legislação Brasileira ao se tratar de alienação parental, não a classifica com uma síndrome, por não constar na classificação Internacional das doenças (CID), e por prevalecer além dos sintomas o afastamento proposital por parte do genitor alienante, sendo então considerado como um critério para a aplicação da lei (MADALENO, Ana Carolina Carpes, 2022).

A síndrome da alienação parental surge em decorrência de uma série de fatores negativos, praticado por algum dos genitores que se utilizam da fragilidade do menor para desonrar o outro com palavras infundadas, fazendo com que o menor passe a desacreditar e ter uma imagem inverídica do outro genitor, com propósito de tornar o convívio familiar prejudicado. Apesar de haver vários fatores que possam desencadear a alienação parental, as dissoluções dos matrimônios decorrentes de litígios, são uma das maiores causas para o desenvolvimento dos sintomas da alienação (RAMOS, Patricia Pimentel De Oliveira Chambers, 2016).

Maria Berenice Dias, destaca que:

Muitas vezes a ruptura da vida conjugal gera na mãe sentimento de abandono, de rejeição, de traição, surgindo uma tendência vingativa muito grande. Quando não conseguem elaborar adequadamente o luto da separação, desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descredito do ex conjuge. (...) Neste jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas, inclusive a assertiva de

ter sido o filho vítima de abuso sexual.²⁵⁰ (RAMOS, Patricia Pimentel De Oliveira Chambers, 2016).

Tendo em vista que os danos causados por essa síndrome são capazes de trazer diversos prejuízos para a vida do menor, a guarda compartilhada é um regime bastante eficaz para ser aplicado perante os casos de dissolução de matrimônio, onde visa prevalecer e fortalecer o vínculo familiar (CARVALHO, Dimas Messias De, 2020).

Levando em consideração os aspectos negativos, a interferência do poder judiciário é de suma importância, de forma que, o juiz ao ser informado dos possíveis atos de alienação parental, tem como dever designar uma equipe multidisciplinar, para atuar perante o caso com celeridade, apresentando laudos conclusos quanto a perícia realizada, no prazo de 90 dias.⁵¹⁰ (GONCALVES, Carlos Roberto, 2017).

Os atos de alienação quando comprovados, poderá o juiz aplicar as sanções de punibilidades, sendo elas, aplicar advertência, estender o direito do convívio familiar, aplicar multas ao alienador, alterar o modelo de regime de guarda, situar o endereço da criança ou até mesmo a suspensão de autoridade parental.³⁶⁶ (AZEVEDO, Álvaro Vilaça, 2019)

8 CRITERIOS DE IDENTIFICAÇÃO DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Em virtudes dos fatos, a alienação pode ser facilmente identificada, pela forma injustificada em que o menor expressa seus atos e sentimentos ao não guardião, exteriorizando então, o repúdio a fúria o ódio e as ofensas, tornando assim, perceptível a forma em que é transmitida. Em decorrência das acusações inverídicas, o alienado fica suscetível a sofrer com injustiças devido a gravidade em que ocorreu a manipulação, podendo ser de fato considerado como uma lavagem cerebral. (MADALENO, Ana Carolina Carpes, 2022).

PRISCILA FONSECA, em estudo sobre o tema, afirma com precisão:

“A síndrome da alienação não se confunde, portanto, com a mera alienação parental. Aquela geralmente é decorrente desta, ou seja, a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome da alienação parental, por seu turno, diz respeito as sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento. Assim, enquanto síndrome refere-se á conduta do filho que se recusa terminante e obstinadamente a ter

contato com um dos progenitores, que já sofre as mazelas oriundas daquele rompimento, a alienação parental relaciona-se com o processo desencadeado pelo progenitor que interna arredar o outro genitor da vida do filho ³⁶⁶. (Gagliano, Pablo Stolze; Pamplona Filho, Rodolfo)

A alienação pode ser identificada em três estágios:

- Leve, quando o genitor guardião cria uma situação imaginária que faça o menor a assimilar e acreditar ser real, tornando assim, ser mais difícil de identificação, pois durante as visitas ocorre em conformidade com o esperado, demonstrando o bloqueio afetivo apenas no decorrer da troca.
- Moderado, este estágio é identificado pela constância das difamações ocorridas, tornando a agressões como algo natural, onde o alienante manipula a criança para ser seu cúmplice e torna a relação com a prole dificultosa.
- Grave, onde o menor expressa e repudia todas as maneiras ao outro genitor, sua insatisfação, raiva, ódio, tornando se crianças violentas, dessa maneira, requer atuação do poder judiciário e apoio psicológicos, de forma a encontrar uma maneira para resolver o conflito. (Madaleno, Ana Carolina carpes, 2022).

Portanto o objetivo da lei 12.318/2010, é buscar agilidade para interferir perante os casos que pode estar ocorrendo os atos, de forma a tratar, para que conseqüentemente não se torne uma síndrome. (MADALENO, Ana Carolina Carpes, 2022).

9 O QUE A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DIZ SOBRE A ALIENAÇÃO

A Legislação Brasileira, surge com o posicionamento de que antes de ser considerado de fato uma síndrome, a alienação parental inicia-se em decorrência de vários atos praticados por algum dos genitores, diante deste fato, a lei 12.318/2010 foi criada como forma de intervir e prevenir possíveis danos que cause a ruptura familiar. (MADALENO, Ana Carolina Carpes,

2022).

Como forma de demonstrar que a alienação não ocorre apenas advinda de atos praticado pelos os genitores, o legislador busca enfatizar uma serie de indivíduos que podem cometer os atos alienantes, desta forma, se classifica como sujeito ativo para

cometer os abusos, aquele responsável, que esteja sob o poder de tutela ou em situação de vigilância sobre o menor. Com a finalidade de facilitar a identificação dos sintomas, a lei 12.318/2010, de 26 de agosto de 2010, traz em seu Artigo 2º parágrafo único, um rol taxativo de atos que configura alienação parental. (ROSSATO, Luciano Alves, 2021)

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - Dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (LEI Nº 12.318, DE 26 DE AGOSTO DE 2010.)

Desta maneira, a alienação parental, pode ser originada de forma proposital ou consensual, quando por alguma insatisfação o alienante profere xingamentos e

reclamações de forma desrespeitosa que desmereça o outro o genitor, fazendo com que o menor passe a absolver as injúrias e comece a optar por manter o convívio familiar com apenas um dos genitores, mesmo tendo o desejo de permanecer entre ambos, mas como forma de satisfazer a felicidade do tutor alienante, entende que rejeitar a outra prole seja a melhor solução para findar o conflito. Portanto, qualquer ato praticado que cause interferência no convívio familiar, é de fato considerado alienação parental (MADALENO, Ana Carolina Carpes, 2022).

Observando o cenário judiciário, os operadores do direito ao atuar perante os casos, preferem se manter cautelosos e omissos pela desorganização dos termos e a difícil identificação dos sintomas, dessa forma, postergam suas decisões, fazendo surgir a oportunidade para a continuidade dos atos prejudiciais, que conseqüentemente leve a instauração da síndrome da alienação parental, sendo de fato prejudicial para o convívio familiar, fazendo com que a legislação brasileira seja considerada falha em sua atuação. (MADALENO, Ana Carolina Carpes, 2022).

Elizio Peres, referindo se as raras decisões judiciais acerca da alienação parental no Brasil, faz a seguinte arguta observação: (SILVA, Alan Minas Ribeiro da, 2014)

O documentário “A morte Inventada” expõe reiterada situações de fracasso do estado na condução de casos envolvendo alienação parental. A ausência de proteção judicial, em tais casos é representada por decisões que negam a ocorrência dos atos de alienação parental, sua gravidade ou o próprio fenômeno, como se representasse mero desentendimento entre ex casal ou questão paralela ao conflito, sem conseqüências relevantes ⁷¹.

Segundo Silva, Alan Minas Ribeiro da (2014), após a edição da lei. 12.318/2010, percebe-se que a situação narrada por Elizio Peres vem mudando paulatinamente. Evidentemente que aqui acolá ainda há de haver um caso ou outro de alienação parental mal conduzido judicialmente, mas essa é uma possibilidade própria da falibilidade humana. Entretanto, não se admite mais que operadores do direito e outros profissionais que lidam com os casais em fase de divórcio desconheçam o fenômeno da alienação parental, bem como a lei que dele cuida. Não se tolera, outrossim, inação quanto ao cumprimento da lei.

Em vista da complexidade para se investigar e interferir perante os casos de alienação parental, os tutores utilizam da omissão do poder judiciário para cometer abusos físicos, psicológicos, dentre outros, com o intuito de causar a quebra do convívio familiar,

como forma de punir a outra parte, sendo um ato prejudicial para o desenvolvimento da criança, por ter seus direitos feridos. (MADALENO, Ana Carolina Carpes, 2022).

CONCLUSÃO

Através desta pesquisa, compreende-se, que a família pode ser constituída de várias formas, devendo ser respeitada e acolhida pela sociedade. Portanto, o poder familiar é de suma importância para o desenvolvimento e formação da criança e/ou adolescente, sendo considerado um dos meios de prevenção para os casos de alienação parental. A preservação do poder familiar deve ser proposta, prezando-se sempre pelo interesse do menor envolvido, onde o regime de guarda compartilhada pode se tornar a melhor opção a ser aplicada.

Ao se abordar sobre alienação parental, é notório que existem meios a serem aplicados, para coibir esse tipo de problema, portanto, ainda não é tratado com seriedade pelo poder judiciário Brasileiro, por haver falhas durante as investigações, sendo negligentes com a demora em agir perante os casos, facilitando deste modo, a instauração da síndrome da alienação parental, responsável pela quebra do convívio familiar.

Portanto essa pesquisa demonstra que, mesmo agindo em conformidade com a lei, caso os sintomas não sejam investigados a fundo, a decisão prolatada, nem sempre irá satisfazer a perspectiva da vítima, não sendo totalmente eficaz para a causa do problema, desta forma, este assunto requer maior atenção, por envolver menores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Dimas Messias De. **Direito das Famílias**. 8º Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 1016 p.

CARVALHO, Dimas Messias De. **Direito das Famílias**. 5º Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação Parental**. 2º Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf, **Alienação Parental: Importância da detecção: Aspectos legais e processuais**. 8º Ed. Rio De Janeiro: Forense, 2022.

RAMOS, Patricia Pimentel De Oliveira Chambers. **Poder Familiar e Guarda Compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. 2º Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume 6, Direito da Família. 14 Ed. São Paulo, 2017.

AZEVEDO, Álvaro Villaça, **Curso de Direito Civil: Direito da Família**. 2 Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito da Família**. Vol 6, 11 Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 6 Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEI Nº 12.318, DE 26 DE AGOSTO DE 2010 – Presidência da República Casa Civil Subchefia para assuntos Jurídicos. **Dispõe sobre a Alienação Parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito da Família**. 4 Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente: Lei nº 8.069/90 – Comentado artigo por artigo**. 12 Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 9 Ed. Rev. e Atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

SILVA, Alan Minas Ribeiro da; BORBA, Daniela Vitorino. **A Morte Inventada: Alienação Parental ensaio e vozes**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; Filho, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil, Volume 6: Direito de Família – As Famílias em perspectiva constitucional**. 2 Ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

VACINAÇÃO CONTRA A COVID-19 COMO PRESSUPOSTO PARA CONTINUIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO E A DEMISSÃO POR JUSTA CAUSA: ABUSO DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR OU SOBREPOSIÇÃO DO BEM-ESTAR COLETIVO EM DETRIMENTO DA VONTADE INDIVIDUAL?

BRUNA LARISSA FEITOSA DE CARVALHO:

bacharel em Direito na Universidade Tiradentes, pós-graduação lato sensu em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e mestranda em Direito do Trabalho na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Resumo: quando decretada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), a pandemia da Covid-19 provocou uma série de questionamentos de empregados e empregadores. Após o surgimento da vacina, verificou-se uma onda de adesão a manifestações contrárias à aplicação do imunizante, vide a politização da moléstia. Como os empregadores, então, deveriam lidar com os empregados que se recusem a tomar a vacina? Diante da obrigação constitucional pela manutenção de um meio ambiente de trabalho equilibrado, a discussão em torno da possibilidade da aplicação da penalidade da demissão por justa causa aos trabalhadores antivacina ganhou espaço não somente no campo acadêmico, mas também nos tribunais trabalhistas e no Supremo Tribunal Federal, quando provocados. O objetivo deste artigo é analisar a obrigatoriedade da imunização contra a Covid-19 face a um suposto abuso do poder diretivo do empregador, ou se esta atitude empresarial tão somente privilegia o interesse coletivo.

Palavras-chave: pandemia, Covid-19, vacinação, poder diretivo, meio ambiente do trabalho.

Abstract: when decreed by the World Health Organization (WHO), the Covid-19 pandemic provoked a series of questions from employees and employers. After the appearance of the vaccine, there was a wave of adherence to manifestations against the application of the immunizing agent, see the politicization of the disease. How, then, should employers deal with employees who refuse to get the vaccine? Given the constitutional obligation to maintain a balanced work environment, the discussion on the possibility of applying the penalty of dismissal for just cause to anti-vaccine workers gained ground not only in the academic field, but also in the labor courts and the Federal Supreme Court, when provoked.

The purpose of this article is to analyze the obligation of immunization against Covid-19 in view of an alleged abuse of the employer's management power, or whether this business attitude only privileges the collective interest.

Keywords: pandemic, Covid-19, vaccination, governing power, work environment.

1. Introdução

A pandemia da Covid-19, decretada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 11 de março de 2020 (OPAS, 2020), causou um verdadeiro espanto em toda a população mundial. Não apenas em razão da rápida disseminação da doença em todo o globo, mas também por conta da crise econômica desencadeada pela nova doença. Por conta da própria forma de contaminação da moléstia (qual seja, através da exposição a gotículas respiratórias expelidas por um indivíduo contaminado), a primeira orientação dos estudiosos da área da saúde foi o isolamento social. Consequência direta disto foi o fechamento de diversos serviços, à exceção dos de caráter essencial, como hospitais, mercados e farmácias.

No Brasil, a doença foi detectada pela primeira vez em fevereiro de 2020 (UNASUS, 2020). A partir daí, o que se notou foi uma forte adesão ao distanciamento por parte da população, acarretando diversas dúvidas por parte não apenas dos empregados, mas também dos empregadores. É importante lembrar que, mesmo antes da pandemia, o Brasil já atravessava uma crise econômica e uma onda de desemprego, provocada por outros problemas enfrentados pela população. Todavia, fato é que a Covid-19, infelizmente, assolou ainda mais esta crise, fazendo com que empresas tivessem que procurar formas de se adaptar à pandemia, de modo a não fecharem suas portas, nem demitirem seus funcionários quando eles mais precisavam manter seus postos de emprego.

Com o passar dos meses, a indústria farmacêutica, juntamente com cientistas de todo o mundo, passou a divulgar o surgimento de vacinas, que, muito embora não fossem totalmente eficazes contra a Covid-19 (OPAS, 2021), prometiam diminuir drasticamente o número de internações e mortes pela doença. Lamentavelmente, em razão da politização da doença por parte de alguns mandatários de certas nações (que é o que se vê até hoje no Brasil), iniciou-se uma campanha antivacina por parte da população mundial. O Brasil é conhecido por ser um dos países que mais vacina no mundo, tendo uma população bastante aderente às campanhas de imunização promovidas pelas autoridades sanitárias, o que torna este movimento contrário à vacina da Covid-19 bastante assustador.

À luz do Direito do Trabalho, a vacina da Covid-19 surgiu como um alento para empregadores que não estavam mais conseguindo encontrar alternativas para manter suas portas abertas, ou ainda continuar com seus empregados. Ocorre que parte da população

brasileira aderiu à campanha antivacina, esta capitaneada por líderes políticos, transformando a questão da vacinação em uma problemática. Somado a isto, há a alegação por parte destas pessoas de que não estariam obrigadas a tomar o imunizante, tendo em vista a sua liberdade de escolha, estabelecida na Constituição.

Com isto, empresários de todos os portes viram-se num dilema: como suportar nas dependências da empresa um empregado não imunizado, que pode estar contaminado (e, conseqüentemente, com o vírus mais potente em seu organismo) e contaminar os demais empregados (que, por mais que estejam todos imunizados, podem se contaminar, ainda que de forma mais amena, tendo em vista que nenhuma vacina é totalmente eficaz)? Como cumprir o requisito constitucional de zelar pelo bem-estar de todos os seus empregados, se um deles não colabora para tal fim?

Imediatamente, foi aventada a possibilidade de demissão por justa causa destas pessoas que insistem em não se imunizar contra a Covid-19. Diversos impasses a esta medida foram ilustrados por estudiosos do direito trabalhista. O objetivo deste artigo é analisar cada um destes aspectos e responder o questionamento inicial deste estudo: estaria o empregador cometendo uma arbitrariedade ao dispensar os empregados antivacina por justa causa, ou somente estaria, através desta atitude, procurando cumprir suas obrigações estabelecidas não somente pela legislação trabalhista, mas também pela própria Constituição, sobrepondo o interesse coletivo ao interesse individual daquele trabalhador?

2. Da responsabilidade do empregador pela manutenção salubre do meio ambiente do trabalhador

Dentre as obrigações do empregador está a de garantir aos seus empregados um ambiente de trabalho sadio e equilibrado. Este dever não está expressamente previsto no artigo 7º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), mas é possível realizar uma interpretação extensiva do inciso XXII do dispositivo, que preleciona:

Art. 7º, XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

Uma forma de diminuir os riscos existentes na execução do trabalho, por óbvio, é a preservação de um local de trabalho salubre para todos os empregados por parte do empregador. O artigo 225 da Carta Magna, muito embora seja direcionado ao Direito Ambiental, pode também se enquadrar nesta finalidade, e esta regra prevê o seguinte em seu *caput*:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Sobre a adoção da regra de Direito Ambiental adotada pelo Direito do Trabalho, PADILHA (2011), após seus estudos, escreveu o seguinte:

“Na leitura principiológica dos valores protegidos pelo art. 225 do texto constitucional, não resta dúvida que dentre “todos” incluem-se o ser humano na sua qualidade de trabalhador, pois no exercício desta condição submete diariamente sua saúde e energia vitais a um ambiente, que embora artificialmente construído, deve também proporcionar-lhe sadia qualidade de vida, por meio de controle de agentes degradadores que possam afetar sua saúde em todos os seus múltiplos aspectos.

Portanto, a rede de proteção jurídica do ser humano trabalhador no seu ambiente de trabalho foi sobremaneira ampliada pela Constituição Federal de 1988 e sua ampla abordagem do meio ambiente do trabalho. Desta forma, toda a sistemática de proteção da qualidade de vida decorrente da legislação ambiental incide hodiernamente sobre o meio ambiente do trabalho. Nesse sentido, a aplicação dos princípios do Direito Ambiental faz-se necessária para a reestruturação e revisão dos meios e formas da implementação da atividade econômica e do modo como o trabalhador se insere neste processo, na busca de sua salvaguarda contra qualquer forma de degradação e poluição do meio ambiente onde exerce seu labuto”.

Imperioso ainda mencionar a natureza jurídica do meio ambiente de trabalho, para que se possa compreender a dimensão da importância de se cumprir e certificar que este estará sadio para todos. De acordo com MANUS (1995) apud GARCEZ (2011), o direito ao meio ambiente de trabalho equilibrado pertence ao rol dos direitos difusos; ou seja, ultrapassa a individualidade, atingindo a coletividade:

“O meio ambiente do trabalho (espécie do gênero meio ambiente) classifica-se como sendo um direito difuso, porquanto tratar-se de um interesse metaindividual, vez que pertence à coletividade (ou seja, a um grupo indeterminado de pessoas).

[...]

Pedro Paulo Teixeira Manus (1995, p. 157) define o interesse ou direito difuso “como sendo aquele que transcende o direito individual, sendo indivisível e cujos titulares não podem ser individualizados”.

Como os direitos difusos estão ligados aos direitos de terceira geração, o direito ao meio ambiente de trabalho conecta-se ao direito à saúde, segurança e qualidade de vida dos trabalhadores.

[...]

Assim, o meio ambiente do trabalho classifica-se como *res omnium* (ou seja, coisa de todos, vez que a sociedade é o seu titular), a defesa da saúde do trabalhador é a defesa da própria sociedade, vez que há interesse social na proteção ao meio ambiente do trabalho, pois a Constituição Federal de 1988 eleva a promoção do bem de todos como objetivo fundamental da República (artigo 3º, inciso IV”).

Neste sentido, pode-se concluir que, diante da atribuição empresarial de manter o empregado em um meio ambiente saudável para o desempenho das suas atividades, ele deve adotar certas medidas para que isto possa ser assegurado.

Quando do surgimento da pandemia da Covid-19, foi adotado pelos empregadores meios de evitar a disseminação do coronavírus dentro dos estabelecimentos empresariais. O próprio Ministério Público do Trabalho (MPT) (2020) orientou os empregadores para este fim, editando uma série de notas técnicas educativas. Uma delas, a Nota Técnica Conjunta nº 02/2020, fez a seguinte instrução:

3. Recomendar aos empregadores, sindicatos patronais, sindicatos profissionais que representem setores econômicos considerados de risco muito alto, alto ou mediano (OSHA), que observem as medidas de segurança que devem ser adotadas nas empresas, como FORNECER lavatórios com água e sabão; FORNECER sanitizantes (álcool 70% ou outros adequados à atividade); ADOTAR medidas que impliquem em alterações na rotina de trabalho, como, por exemplo, política de flexibilidade de jornada quando os serviços de transporte, creches, escolas, dentre outros, não estejam em funcionamento regular e quando comunicados por autoridades; ESTABELECER política de flexibilidade de jornada para que os trabalhadores atendam familiares doentes ou em situação de vulnerabilidade a

infecção pelo coronavírus e para que obedecem a quarentena e demais orientações dos serviços de saúde; NÃO PERMITIR a circulação de crianças e demais familiares dos trabalhadores nos ambientes de trabalho que possam representar risco à sua saúde por exposição ao novo coronavírus, seja aos demais inerentes a esses espaços; SEGUIR os planos de contingência recomendados pelas autoridades locais em casos de epidemia, tais como: permitir a ausência no trabalho, organizar o processo de trabalho para aumentar a distância entre as pessoas e reduzir a força de trabalho necessária, permitir a realização de trabalhos a distância; ADOPTAR outras medidas recomendadas pelas autoridades locais, de molde a resguardar os grupos vulneráveis e mitigando a transmissão comunitária; ADVERTIR os gestores dos contratos de prestação de serviços, quando houver serviços terceirizados, quanto à responsabilidade da empresa contratada em adotar todos os meios necessários para conscientizar e prevenir seus trabalhadores acerca dos riscos do contágio do novo coronavírus (SARS-COV-2) e da obrigação de notificação da empresa contratante quando do diagnóstico de trabalhador com a doença (COVID-19).

4. Recomendar aos empregadores, sindicatos patronais, sindicatos profissionais que representem setores econômicos que considerados de risco muito alto, alto ou mediano (OSHA), que negociem acordos e/ou instrumentos coletivos de trabalho prevendo flexibilização de horários, especialmente para os trabalhadores que integrem grupos vulneráveis, o abono de faltas sem a apresentação de atestado médico àqueles que apresentarem sintomas sugestivos da COVID-19, entre outras medidas necessárias para conter a transmissão da doença;

Portanto, a adoção de medidas de biossegurança face à pandemia da Covid-19 por parte do empregador, por si só, são amostras de que ele está cumprindo sua obrigação estabelecida constitucionalmente. Ocorre que de nada adianta cumprir o estabelecido, seguir as orientações das autoridades sanitárias e do próprio MPT, se o empregado não cumpre o seu papel enquanto parte do contrato de trabalho.

3. Do caráter sinalagmático dos contratos de trabalho e necessário cumprimento pelo empregado da sua parte no instrumento

Primeiramente, é necessário que se rememorem as características inerentes a todos os contratos de trabalho. Para BERNARDES (2020), os contratos de trabalho são

necessariamente consensuais, comutativos, onerosos, de trato sucessivo, personalíssimos, informais e sinalagmáticos. É nesta última característica que se irá focar, sendo que a estudiosa ensina o seguinte:

“SINALAGMÁTICO: Dá origem a obrigações contrárias, contrapostas. Há um equilíbrio, ainda que apenas formal, entre as prestações de ambas as partes. A aferição do sinalagma é realizada tomando-se o conjunto do contrato e não meramente fazendo o contraponto apenas de suas obrigações específicas (trabalho versus salário, por exemplo). Do contrário, não haveria sinalagma durante a interrupção do contrato, em que o empregado não presta serviços, mas recebe salário (ex. férias)”.

Sendo assim, não há como se vislumbrar um contrato de trabalho onde não haja a devida contraprestação pelo serviço sem a execução deste serviço, por exemplo. O trabalhador somente receberá a remuneração pactuada se dispuser sua energia de trabalho para cumprir a jornada prevista no instrumento.

Desta forma, é possível concluir que, com a pandemia e a adoção de medidas de biossegurança por parte das empresas, o empregado que não se submete ao cumprimento destas deliberações, descumprirá o contrato de trabalho. Isto não é, sob nenhum ângulo, uma transposição ao caráter hipossuficiente do empregado em detrimento do empregador. Pelo contrário: muito embora nas relações de emprego o trabalhador seja a parte mais frágil, não pode ele se valer desta prerrogativa para descumprir o ajustado.

É possível notar isto já em decisões de tribunais trabalhistas. O Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região (MT) (2021), em decisão recente, manteve a justa causa de uma trabalhadora que teve contato com pessoas que testaram positivo para a Covid-19 e, mesmo assim, foi trabalhar. O argumento da reclamante foi o de que teria obtido autorização para executar suas funções, apesar de conviver com pessoas que estavam contaminadas pela doença, o que ficou constatado nos autos do processo 0000334-16.2020.5.23.0051 que não aconteceu. O relator do caso, o juiz convocado Aguiar Martins Peixoto, que teve seu voto seguido por todos os outros julgadores, decidiu de acordo com o seguinte pensamento:

“No mais, é certo que a elevada transmissibilidade da Covid-19, bem assim a gravidade da doença são fatos notórios, de modo que o labor

desempenhado em condições normais nessas condições refoge à razoabilidade, mormente porque a autora contava com afastamento médico e havia suspeita legítima de contágio, em vista de seu contato com potenciais enfermos - filha e neta.

[...]

Também não afasta a culpa obreira a suposta autorização de seu superior imediato para se ativar regularmente nos dias que antecederam o resultado do diagnóstico da Covid-19, porquanto restou patenteado nos autos que era difundido entre todos que as questões alusivas a afastamentos médicos deveriam ser levadas ao ambulatório, sendo que sequer era permitida a entrada da autora no estabelecimento, senão para se dirigir ao ambulatório, conforme deduzido pela testemunha Jailson Marques.

Esclareço, outrossim, ser irrelevante a existência de prejuízos concretos para a empresa no exame da falta grave imputada à autora, visto que se censura, no caso, a sua conduta, e não os efeitos subjacentes.

Por fim, anoto que a classificação da situação médica da autora como de risco menor pelo Plano de Contingência da empresa não traduz permissivo ao trabalho em condições normais e tampouco escoa a reclamante por não ter observado o procedimento estabelecido pela reclamada.

Dessarte, reputo configurada a falta grave obreira consubstanciada em mau procedimento, suficiente a propiciar a dispensa da autora por justa causa, razão pela qual mantenho incólume a sentença, no particular”.

Resta claro no julgado acima que a trabalhadora descumpriu não somente o estabelecido em contrato, mas também as normas de contenção à disseminação da Covid-19 estabelecidas por seu empregador. O seu ato poderia gerar uma contaminação em série nos seus colegas de trabalho, o que seria capaz de prejudicar as atividades empresariais.

Aqui, destaque-se que, além de sinalagmático, o contrato de trabalho é de trato sucessivo: como BERNARDES (2020) explica, ele tem continuidade no tempo em que ele ocorre. Portanto, muito embora a Covid-19 tenha surgido depois de pactuados os contratos de trabalho, é fato que os cuidados impostos pela doença se aderem ao

instrumento outrora firmado, posto que, por se tratar de norma de segurança do trabalho, tanto empregado como empregador precisarão cumprir o seu papel, no sentido de se manter um ambiente de trabalho seguro, sadio e equilibrado para todos.

4. Da vacinação contra Covid-19 e a decisão do Supremo Tribunal Federal

O imbróglio em torno da vacinação contra a Covid-19 não possui apenas um viés político, mas também jurídico. Em suma, há um conflito direto entre a liberdade individual e o direito à vida, ambos salvaguardados pela Constituição. No caso daqueles que defendem a autonomia do indivíduo em poder optar em receber ou não o imunizante, há alegação de que a liberdade individual estaria sendo diretamente atacada, caso as pessoas sejam obrigadas a tomarem a vacina. Do outro lado, aqueles que entendem que deve haver a imunização de toda a população em caráter obrigatório, afirmam que o direito à vida se justapõe à escolha particular.

Inicialmente, é primordial entender como uma vacina integra o Programa Nacional de Imunização (PNI). O Ministério da Saúde (MS) estabelece uma série de critérios para que um imunizante faça parte do calendário de vacinação dos brasileiros. De acordo com DOMINGUES (2015), o órgão obedece aos seguintes passos:

“1) critérios epidemiológicos; 2) eficácia e segurança da vacina; 3) critérios socioeconômicos; 4) análise das comissões (ou seja, de um comitê composto por diversas entidades, tais como: Sociedade Brasileira de Imunizações – SBIm; Sociedade Brasileira de Infectologia; Sociedade Brasileira de Pediatria – SBP; Sociedade Brasileira de Imunologia; Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia – Febrasgo; Organização Pan-Americana da Saúde – Opas; Associação Brasileira de Saúde Coletiva – Abrasco; Sociedade Brasileira de Medicina Tropical – SBMT; Conselho Federal de Enfermagem – Cofen; Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde – Conass; Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde – Conasems); 5) tecnológicos (este referente à disponibilidade dos laboratórios existentes no Brasil para produção da vacina)”.

Verifica-se, portanto, que uma vacina não é aplicada na população brasileira sem seguir um rigoroso caminho para a aprovação. Foi o que se viu quando os imunizantes contra a Covid-19 surgiram e chegaram ao Brasil: após análises pelos órgãos competentes, foram liberados mais de um tipo de imunizante, o que contribuiu para a aceleração da vacinação.

Ocorre que, infelizmente, diversas notícias falsas se disseminaram na mesma velocidade em que a doença acometia mais brasileiros, o que tornou o embate entre liberdade individual x direito à vida ainda mais contraproducente. Fato é que, até onde se tem notícia, a vacinação é o único meio de conter a aceleração e espalhamento da doença, e, conseqüentemente, o número de internações em Unidades de Terapia Intensiva (UTI) e mortes em decorrência da Covid-19 (BUTANTAN, 2021).

Fato é que, além de proteger a liberdade individual e o direito à vida, a Carta Magna também resguarda o direito à saúde. Inevitavelmente, neste conflito, há de se ter uma cautela ao tentar verificar qual deles prevalece, dada a situação fática. DE OLIVEIRA ABUD e PEREIRA DE SOUZA (2021) ilustram bem esta circunstância, além de ressaltar a importância da vacinação:

“O cidadão no seu âmbito privado (no seu núcleo familiar) não é obrigado a usar as máscaras faciais de proteção, mas em coletividade o é, pois o risco de contaminar-se e de contaminar o próximo é maior quando não respeitada a medida profilática.

Na vacinação, a motivação da obrigatoriedade é semelhante.

Vacinar-se significa diminuir riscos, uma vez que a produção de anticorpos agirá contra os agentes patogênicos causadores de infecções. As vacinas são a principal forma de prevenção contra diversas doenças, porque não protegem apenas o indivíduo que foi imunizado, mas protegem toda a comunidade, pois aquele indivíduo, ao não adoecer, também não se torna transmissor da doença (COVID-19), transmitindo-a às demais pessoas.

Quanto mais pessoas forem imunizadas, maior a chance de erradicação (ou controle) da doença. Há estudos específicos em relação ao tema que estabelecem, inclusive, percentuais de vacinação da população para que se surta o efeito de proteção coletiva.

Quanto menor o número de pessoas imunizadas, maior será a chance de a doença se propagar na comunidade. Corroborando essa afirmação a volta recente da circulação do sarampo. A queda na adesão da vacinação contra o sarampo, que estava erradicado no Brasil desde 1989, tem sido apontada como a responsável pela volta do sarampo em várias regiões.

A medida restritiva de liberdade individual para imposição da vacinação em prol da coletividade, encontrada neste estudo, rei-tera

o antagonismo entre autonomia privada e decisão coletiva, legitimando o Estado a equacionar o conflito, tomando medida que imponha a obrigatoriedade da vacinação contra a COVID-19”.

Diante do impasse criado, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi instado a manifestar-se a respeito em três ações: ADIs 6.586 e 6.587 e ARE 1.267.879. No julgamento da ADI 6.586, restou como tese fixada a compulsoriedade (de forma não forçada) da vacinação contra a Covid-19:

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. VACINAÇÃO COMPULSÓRIA CONTRA A COVID-19 PREVISTA NA LEI 13.979/2020. PRETENSÃO DE ALCANÇAR A IMUNIDADE DE REBANHO. PROTEÇÃO DA COLETIVIDADE, EM ESPECIAL DOS MAIS VULNERÁVEIS. DIREITO SOCIAL À SAÚDE. PROIBIÇÃO DE VACINAÇÃO FORÇADA. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO CONSENTIMENTO INFORMADO DO USUÁRIO. INTANGIBILIDADE DO CORPO HUMANO. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. INVIOABILIDADE DO DIREITO À VIDA, LIBERDADE, SEGURANÇA, PROPRIEDADE, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. VEDAÇÃO DA TORTURA E DO TRATAMENTO DESUMANO OU DEGRADANTE. COMPULSORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO A SER ALCANÇADA MEDIANTE RESTRIÇÕES INDIRETAS. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS E ANÁLISES DE INFORMAÇÕES ESTRATÉGICAS. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA SEGURANÇA E EFICÁCIA DAS VACINAS. LIMITES À OBRIGATORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO CONSISTENTES NA ESTRITA OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. COMPETÊNCIA COMUM DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS PARA CUIDAR DA SAÚDE E ASSISTÊNCIA PÚBLICA. ADIS CONHECIDAS E JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES. I – A vacinação em massa da população constitui medida adotada pelas autoridades de saúde pública, com caráter preventivo, apta a reduzir a morbimortalidade de doenças infecciosas transmissíveis e a provocar imunidade de rebanho, com vistas a proteger toda a coletividade, em especial os mais vulneráveis. II – A obrigatoriedade da vacinação a que se refere a legislação sanitária brasileira não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo

humano, afigurando-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação sem o expreso consentimento informado das pessoas. III – A previsão de vacinação obrigatória, excluída a imposição de vacinação forçada, afigura-se legítima, desde que as medidas às quais se sujeitam os refratários observem os critérios constantes da própria Lei 13.979/2020, especificamente nos incisos I, II, e III do § 2º do art. 3º, a saber, o direito à informação, à assistência familiar, ao tratamento gratuito e, ainda, ao “pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas”, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a não ameaçar a integridade física e moral dos recalcitrantes. IV – A competência do Ministério da Saúde para coordenar o Programa Nacional de Imunizações e definir as vacinas integrantes do calendário nacional de imunização não exclui a dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para estabelecer medidas profiláticas e terapêuticas destinadas a enfrentar a pandemia decorrente do novo coronavírus, em âmbito regional ou local, no exercício do poder-dever de “cuidar da saúde e assistência pública” que lhes é cometido pelo art. 23, II, da Constituição Federal. V - ADIs conhecidas e julgadas parcialmente procedentes para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, de maneira a estabelecer que: (A) a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contra-indicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (B) tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência. (STF - ADI: 6586 DF, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 17/12/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 07/04/2021).

Isto posto, muito embora não se possa exigir a vacinação de qualquer indivíduo, o STF entendeu neste julgamento que poderá ser estabelecida medida indireta de cumprimento no intuito de se requerer a imunização de uma pessoa. Em outras palavras, à luz do Direito do Trabalho, não pode o empregador exigir que o empregado esteja vacinado, mas pode fixar regras de cumprimento por parte dos trabalhadores onde, indiretamente, seja necessário que eles sejam imunizados.

Desta forma, fica claro que é totalmente possível conjecturar a possibilidade da aplicação da penalidade de demissão por justa causa àqueles empregados que transgridam a regra empresarial de se contribuir com a manutenção de um local de trabalho equilibrado, sadio, salubre e seguro, não apenas na hipótese de inutilização de máscaras, álcool em gel, ou comparecimento ao trabalho com sintomas da doença: sendo a vacina a mais eficaz forma de moderar o espalhamento da doença, logo, o empregado que não se vacina descumpra o seu papel no contrato de trabalho, podendo a empresa dispensá-lo, valendo-se da penalidade máxima da justa causa.

5. O poder diretivo do empregador e a aplicação da justa causa

Uma das qualidades inerentes ao empregador é o poder diretivo. Assevera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), no *caput* do artigo 2º:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Traduzindo o previsto no dispositivo mencionado, a empresa, além de ter o dever de assalariar os seus empregados, tem o direito de coordená-los. Sendo assim, inclui-se no poder diretivo a incumbência de se estabelecer, por exemplo, o código de conduta a ser seguido pelos trabalhadores, sua jornada de trabalho, modo de execução dos serviços, dentre outras atribuições.

A própria condição de ser empregado se sujeita ao poder diretivo do empregador. Afinal, a sua definição está no *caput* do artigo 3º da CLT, que prevê:

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Ao estabelecer em lei quem seria a figura do empregado, a CLT traz justamente as características desta figura: empregado é aquela pessoa que presta serviços de forma não-eventual, de forma habitual, onerosa e subordinada. A existência do poder diretivo do empregador sobre seus empregados traduz-se justamente nesta última, que é o que DE SOUZA GOMES (2020) escreve:

“A detenção do poder diretivo do empregador se materializa na subordinação jurídica do empregado, pressuposto da relação de emprego, apresentando-se na regalia deste em estruturar a produção de bens e serviços oferecidos pelo empreendimento através da disposição das tarefas realizadas pelo empregado, controlar e disciplinar estas tarefas, bem como averiguar e punir os erros cometidos, com o propósito de estabelecer a ordem e disciplina no empreendimento”.

Desta forma, depreende-se que, diante do poder diretivo do empregador, em caso de desobediência do empregado nas orientações repassadas pela empresa, este deverá encarar as consequências. DE SOUZA GOMES (2020) ilustra que o poder diretivo do empregador pode ser subdividido em poder de organização, poder de controle e poder disciplinar. Este último está diretamente ligado à possibilidade de desligamento do empregado por justa causa, e é fundamental para o gerenciamento empresarial. Salienta a autora:

“Deste modo, é importante reconhecer o poder disciplinar do empregador, uma vez que de nada adiantaria o mesmo ser detentor do poder de controlar e organizar o modo da prestação de atividades do empregado, se ele não pudesse se utilizar de meios para caracterizar atitudes irregulares, exercidas em contrapartida às normas do contrato de trabalho, e punir o empregado em razão das penalidades cometidas”.

A CLT traz no artigo 482 as hipóteses em que o empregador poderá demitir o empregado com justo motivo:

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;

- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l) prática constante de jogos de azar.
- m) perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado.

Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional.

Muito se discutiu, inclusive, a respeito de qual seria o enquadramento da recusa da vacina da Covid-19, diante das hipóteses elencadas no artigo 482. Conclui-se, diante da explicação feita outrora de que a vacina deve ser encarada como norma de segurança e saúde dos trabalhadores, logo, a justificativa da aplicação da penalidade encaixa-se na alínea “h” do dispositivo celetista.

É salutar o registro de que a demissão por justa causa deve ser a última saída do empregador para punir o empregado. Afinal, o princípio da continuidade da relação de emprego é um dos pilares do Direito do Trabalho, como ensinam MARTINS e MACHADO (2017), pontuando, ainda, a mitigação deste princípio frente a crises:

“O princípio da continuidade da relação de emprego é tido como um dos princípios que norteiam a disciplina do Direito do Trabalho. Intrínseca a ele está a ideia de evitar abusos contra o trabalhador, por ser este o elo mais fraco dessa relação; devendo-se, portanto, conciliar trabalho e capital, visando à preservação da empresa e dos postos de trabalho. No entanto observa-se que a presença de crises faz com que esse princípio não seja eficaz”.

No tocante à aplicação da justa causa face à recusa da vacinação por parte do empregado, muito se discutia sobre a possibilidade ou não da aplicação desta sanção. Todavia, após instado, o Poder Judiciário juslaboral passou a publicar decisões neste sentido. A pioneira, advinda do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (SP) (2021), manteve a justa causa de trabalhadora que não se imunizou, com o agravante de que esta laborava em ambiente hospitalar. O relator do processo, o desembargador Roberto Barros da Silva, que foi seguido pelos demais julgadores presentes na sessão, analisou os autos, emitindo seu parecer da seguinte forma:

“Acrescento que é público e notório que a Organização Mundial de Saúde tem afirmado e reiterado que para conter a propagação do vírus e evitar a propagação de novas cepas e variantes ainda mais contagiosas, é necessária a adoção de diversas medidas práticas concomitantes, tais como: o distanciamento social, a higienização das mãos e superfícies com sabonete ou álcool em gel, o uso correto de máscaras de proteção, e principalmente a vacinação em massa da população, no intuito de atingir a chamada "imunidade de rebanho". Ressalte-se que tais medidas têm sido adotadas por diversos países que estão conseguindo bons resultados na diminuição do número de contágios, internações e óbitos, sendo relevante pontuar que a vacinação se constitui como medida urgente que visa proteger a população e, por conseguinte, assegurar o retorno das atividades comerciais, o desenvolvimento da economia, e a reabertura das vagas de emprego.

No caso vertente, não se pode perder de vista que a autora trabalhava diariamente em ambiente hospitalar, realizando atividades de limpeza no hospital municipal infantil no qual estava

alocada. Desse modo, resta patente que ela trabalhava na chamada "linha de frente" do combate ao novo Coronavírus, e justamente por essa condição, pertencia a um dos primeiros grupos prioritários que foram contemplados com a disponibilização da vacinação tão almejada pela população em geral.

A despeito das alegações da reclamante no sentido de que não poderia ser obrigada a tomar a vacina, porque não existe lei que a obrigue, é preciso consignar que em 07/02/2020 foi publicada a lei 13.979/2020, que dispõe justamente sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública mundial deflagrada do novo coronavírus. Veja-se que o referido regramento, previu, em seu artigo 3º, inciso III, a possibilidade de realização compulsória de vacinação e outras medidas profiláticas baseadas em evidências científicas.

Com efeito, a vacinação em massa da população contra a COVID19 se constitui como medida emergencial que vem sendo adotada pelas autoridades de saúde pública de todo o mundo, no claro intuito de proteger a população em geral, evitar a propagação de novas variantes, bem como reduzir o contágio, diminuir as internações e óbitos e possibilitar o retorno da sociedade para as suas atividades laborativas, comerciais, empresariais, acadêmicas e familiares.

Ademais, convém destacar que o C. STF já se manifestou no sentido de que a vacinação obrigatória se afigura como conduta legítima, desde que as medidas profiláticas observem os critérios constantes do regramento supracitado, em especial o direito à informação, ao tratamento gratuito, entre outros, conforme se infere da decisão transcrita pelo magistrado de origem na fundamentação da sentença prolatada no primeiro grau.

Nesse passo, em se tratando de doença altamente contagiosa, que ensejou uma grave pandemia que vem sendo duramente combatida no mundo todo, e que causou o colapso do sistema de saúde em geral (escassez de vagas, elevação no número de internações hospitalares, falta de leitos de UTI, necessidade de compra de respiradores, oxigênio, medicamentos, contratação de profissionais de saúde) e ocasionou um aumento expressivo do número de óbitos,

sem falar nos incontáveis prejuízos para a economia global, incluindo, por óbvio o fechamento de estabelecimentos comerciais, empresas e até mesmo a diminuição expressiva de postos de trabalho, não há como acolher a tese recursal suscitada pela apelante, no sentido de que, mesmo trabalhando na linha de frente e com vacina disponibilizada de forma gratuita pelo Governo, seu interesse pessoal, consubstanciado na simples recusa da vacina, sem a apresentação de qualquer justificativa, deve prevalecer sobre o interesse coletivo.

A bem da verdade, considerando a gravidade e a amplitude da pandemia, resta patente que se revelou inadequada a recusa da empregada que trabalha em ambiente hospitalar, em se submeter ao protocolo de vacinação previsto em norma nacional de imunização, e referendado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), sobretudo se considerarmos que o imunizante disponibilizado de forma gratuita pelo Governo (vacina), foi devidamente aprovado pelo respectivo órgão regulador (ANVISA). Desse modo, considerando que a reclamada traçou estratégias para a prevenção da COVID19, divulgou informações e elaborou programa de conscientização para assegurar a adoção de medidas protetivas e a vacinação de seus colaboradores, não se mostra razoável aceitar que o interesse particular do empregado prevaleça sobre o interesse coletivo, pois, ao deixar de tomar a vacina, a reclamante realmente colocaria em risco a saúde dos seus colegas da empresa, bem como os demais profissionais que atuam no referido hospital, além de pacientes, e seus acompanhantes.

Acrescente-se que é dever do empregador oferecer aos seus empregados ambiente de trabalho salubre e seguro, nos termos da Lei, reprisando-se que no caso vertente, a reclamada comprovou a adoção das medidas necessárias e disponibilizou aos seus colaboradores informativos sobre a necessidade de minimizar os riscos de contágio, incluindo, por óbvio, a necessidade de aderir ao sistema de imunização.

Diante de tais circunstâncias, e considerando que a reclamante já havia sido advertida anteriormente pelo mesmo motivo, e em nenhum momento tentou justificar (seja para a reclamada, seja em Juízo), o motivo que teria ensejado a recusa em tomar a vacina disponibilizada de forma emergencial e prioritária ao grupo de

trabalho ao qual ela pertencia (dadas as condições de risco por trabalhar em ambiente hospitalar de risco), fico plenamente convencido de que a conduta adotada pela reclamada (aplicação da justa causa) não se revelou abusiva ou descabida, mas sim absolutamente legítima e regular, porquanto, para todos os efeitos, a reclamante não atendeu à determinação da empresa”.

Nota-se, diante da vasta argumentação utilizada pelo desembargador relator (tanto jurídica como epidemiológica), que não somente há fundamento para a aplicação da penalidade da justa causa, como também há de se observar a gradação das penalidades, o que foi feito pelo empregador da reclamante. A gradação das penalidades é direito do empregado, que deve ser observado pelo empregador quando da punição a ele. O Tribunal Superior do Trabalho (TST) (2017) já firmou em sua jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 . REVERSÃO DA JUSTA CAUSA EM JUÍZO. CARÁTER PEDAGÓGICO DO EXERCÍCIO DO PODER DISCIPLINAR. GRADAÇÃO DE PENALIDADES. INOBSERVÂNCIA. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 126/TST. Para o Direito brasileiro, "justa causa" é o motivo relevante, previsto legalmente, que autoriza a resolução do contrato de trabalho por culpa do sujeito comitente da infração - no caso, o empregado. Portanto, para a sua caracterização, devem estar presentes os seguintes requisitos: a) tipicidade da conduta; b) autoria obreira da infração; c) dolo ou culpa do infrator; d) nexo de causalidade; e) adequação e proporcionalidade; f) imediatividade da punição; g) ausência de perdão tácito; h) singularidade da punição ("non bis in idem"); i) caráter pedagógico do exercício do poder disciplinar, com a correspondente gradação de penalidades. No que tange ao caráter pedagógico do exercício do poder disciplinar, considera-se fundamental que o poder punitivo seja exercido com a finalidade de ajustar o obreiro à sadia convivência laborativa, em um contexto de regras lícitas adotadas pela empresa. O objetivo central de tal poder não seria sancionar, punir, mas principalmente criar condições para a ressocialização obreira no universo empresarial. A punição deve ser encarada apenas como instrumento subordinado a esse objetivo maior, do mesmo modo que a exclusão do trabalhador do emprego deve ser tida como solução cabível somente em casos efetivamente justificáveis. É mecanismo de realização desse caráter

pedagógico do exercício do poder disciplinar a gradação de penalidades. De fato, a adoção de medidas punitivas em escala crescente transmite ao obreiro a clara noção do desajuste de seu comportamento, permitindo o melhor alcance de sua ressocialização laborativa. A gradação favorece, pois, em geral, o sentido didático do exercício punitivo. No caso em tela, o contexto fático delineado pela Corte de origem revelou que "o autor envolveu-se em discussão no local de trabalho com seu superior hierárquico, deixando o posto no calor dos acontecimentos e retornando mais tarde, no mesmo dia", ao passo que foi dispensado por justo motivo "no dia imediatamente seguinte aos fatos". Desse modo, o TRT, com alicerce no conjunto fático-probatório produzido nos autos, reformou a sentença para afastar a dispensa do Reclamante por justa causa, por assentar que "a justa causa mostra-se desproporcional à falta imputada ao autor, notadamente em razão de ter sido de plano a primeira penalidade aplicada". Agregou a Corte Regional, ainda, que sequer houve "comprovação inequívoca de que o obreiro tenha incorrido nas hipóteses previstas na alínea 'k' do artigo 482 da CLT: 'ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem', o que atesta o excesso de rigor por parte do empregador". Assim, no caso concreto, a reversão da justa causa decorreu da análise dos critérios objetivos, subjetivos e circunstanciais, sob a perspectiva do contexto probatório dos autos. Ademais, afirmando o TRT a inexistência de elementos consistentes para confirmar a justa causa aplicada, torna-se inviável, em recurso de revista, reexaminar o conjunto probatório dos autos, por não se tratar o TST de suposta terceira instância, mas de Juízo rigorosamente extraordinário - limites da Súmula 126/TST. Agravo de instrumento desprovido. (TST - AIRR: 106928720155030078, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 30/08/2017, 3ª Turma, Data de Publicação: 01/09/2017).

Portanto, conclui-se que, muito embora seja grave o fato de o empregado decidir não se vacinar, pondo em risco os demais trabalhadores que prestam serviços naquela empresa, o empregador deverá seguir a gradação de finalidades, sendo a demissão por justa causa a última saída para punir o empregado.

6. Da inconstitucionalidade da Portaria 620/2021 e a decisão liminar do Supremo Tribunal Federal

Na tentativa de dar arcabouço jurídico para a situação dos empregados não-imunizados, e de estabelecer uma legislação sobre o tema da possibilidade ou não da aplicação da justa causa, o Ministério do Trabalho e Previdência (MTP), em 01 de novembro de 2021, editou a Portaria 620/2021. Entre os seus artigos, o documento previa o seguinte:

Art. 1º É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal, nos termos da Lei nº 9029, de 13 de abril de 1995.

§ 1º Ao empregador é proibido, na contratação ou na manutenção do emprego do trabalhador, exigir quaisquer documentos discriminatórios ou obstativos para a contratação, especialmente comprovante de vacinação, certidão negativa de reclamatória trabalhista, teste, exame, perícia, laudo, atestado ou declaração relativos à esterilização ou a estado de gravidez.

§ 2º Considera-se prática discriminatória a obrigatoriedade de certificado de vacinação em processos seletivos de admissão de trabalhadores, assim como a demissão por justa causa de empregado em razão da não apresentação de certificado de vacinação.

Imediatamente após a publicação da portaria, o que se viu foi um cenário de indignação por parte de diversos estudiosos. Em primeiro lugar, por um motivo técnico: o documento estabelecia regras que somente devem ser previstas por meio de lei, conforme prevê o artigo 22, I da Constituição (BRASIL, 1988). Portanto, o documento inconstitucional em sua natureza.

Ademais, como se não bastasse gritante falta de rigor em editar tal regramento, a portaria afronta diretamente o que o STF decidiu no julgamento da ADI 6.586/DF supracitada. Portanto, viu-se uma total insegurança jurídica causada por uma decisão equivocada por parte do MTP que, frise-se, possui muito mais um condão político do que jurídico.

Provocado novamente, o STF, na figura do Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento conjunto das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) 898, 900, 901 e 905 (2021), em sede liminar, deferiu a cautelar, suspendendo os dispositivos contestados nas ações:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO. DIREITO À SAÚDE. ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PANDEMIA DE COVID-19. PORTARIA MTPS Nº 620/2021. VEDAÇÃO À EXIGÊNCIA DE VACINAÇÃO. ATO INFRALEGAL. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A Portaria MTPS nº 620/2021 proíbe o empregador de exigir documentos comprobatórios de vacinação para a contratação ou manutenção da relação de emprego, equiparando a medida a práticas discriminatórias em razão de sexo, origem, raça, entre outros. No entanto, a exigência de vacinação não é equiparável às referidas práticas, uma vez que se volta à proteção da saúde e da vida dos demais empregados e do público em geral. 2. Existe consenso médico-científico quanto à importância da vacinação para reduzir o risco de contágio por Covid-19, bem como para aumentar a capacidade de resistência de pessoas que venham a ser infectadas. Por essa razão, o Supremo Tribunal Federal considerou legítima a vacinação compulsória, não por sua aplicação forçada, mas pela adoção de medidas de coerção indiretas. Nesse sentido: ARE 1.267.879, Rel. Min. Luís Roberto Barroso; ADIs 6.586 e 6.587, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. 3. É da natureza das relações de trabalho o poder de direção do empregador e a subordinação jurídica do empregado (CF, art. 7º c/c CLT, arts. 2º e 3º). O descumprimento, por parte do empregado, de determinação legítima do empregador configura justa causa para a rescisão do contrato de trabalho (CLT, art. 482, h) . É importante enfatizar que constitui direito dos empregados e dever do empregador a garantia de um ambiente de trabalho seguro e saudável (CF/1988, art. 7º, XXII, e art. 225). 4. Acrescente-se, ainda, que a extinção da relação de trabalho, mesmo sem justa causa, é um direito potestativo do empregador, desde que indenize o empregado na forma da lei (CF/88, art. 7º, I). Do mesmo modo, a atividade empresarial sujeita-se à livre iniciativa e à liberdade de contratar, competindo ao empregador estabelecer estratégias negociais e decidir sobre os critérios de contratação mais adequados para sua empresa (CF, art. 170). 5. Ato infraregal, como é o caso de uma portaria, não é instrumento apto a inovar na ordem jurídica,

criando direitos e obrigações trabalhistas (CF, art. 5º, II). Tampouco pode limitar o sentido e alcance de normas constitucionais. Até mesmo a lei encontra limites na restrição de princípios e direitos fundamentais. 6. Note-se, por fim, que o reconhecimento da inconstitucionalidade de dispositivos da portaria apenas restabelece o direito do empregador de rescindir o contrato de trabalho. Não significa, porém, que ele deva necessariamente fazê-lo, cabendo-lhe ponderar adequadamente as circunstâncias do caso concreto. 7. Deferimento da cautelar, para suspender os dispositivos impugnados. Fica ressalvada a situação das pessoas que têm expressa contra-indicação médica à vacinação, fundada no Plano Nacional de Vacinação contra a COVID-19 ou em consenso científico, hipótese em que se deve admitir a testagem periódica. (STF - ADPF: 898 DF 0063967-95.2021.1.00.0000, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 12/11/2021, Data de Publicação: 16/11/2021).

Nota-se na ementa supracitada que o ministro relator menciona a natural relação de subordinação entre empregado e empregador para justificar a sua decisão, bem como o intrínseco poder diretivo que a companhia possui. Neste sentido, somado ainda ao fato de ser direito constitucional o ambiente equilibrado a todos os trabalhadores, não há outra saída, senão a necessidade de se ter o contingente de colaboradores vacinados nas dependências da empresa, sob pena de aplicação da sanção máxima da justa causa, qual seja, a constante na alínea "h" do artigo 482 da lei trabalhista.

7. A edição da Portaria Interministerial 14, do Ministério da Saúde e do Ministério do Trabalho e Previdência

Foi publicada em janeiro de 2022 a Portaria Interministerial 14, confeccionada conjuntamente pelo Ministério da Saúde e pelo Ministério do Trabalho e Previdência (BRASIL, 2022). Segundo o próprio documento, este regramento trata de "medidas para prevenção, controle e mitigação dos riscos de transmissão do coronavírus (covid-19) em ambientes de trabalho".

Dentre uma série de orientações arregimentadas pelos órgãos, há o subitem 1.2.1, que diz que "as orientações ou protocolos podem incluir a promoção de vacinação, a fim de evitar outras síndromes gripais que possam ser confundidas com a Covid-19". Mister ressaltar que, muito embora no decorrer destas diretrizes haja uma clara preocupação por

parte dos dois ministérios em combater a pandemia, não há qualquer ressalva ou permissão para aplicação de justa causa, ou, sequer, solicitação de comprovante de imunização ao trabalhador.

Ainda, não há sequer a chancela da União na Portaria no sentido de autorizar a testagem em massa de trabalhadores. Pelo contrário, assim está no regulamento:

13.1.1 Não deve ser exigida testagem laboratorial para a Covid-19 de todos os trabalhadores como condição para retomada das atividades do setor ou do estabelecimento por não haver, até o momento da edição deste Anexo, recomendação técnica para esse procedimento.

13.1.1.1 Quando adotada a testagem de trabalhadores, esta deve ser realizada de acordo com as recomendações do Ministério da Saúde em relação à indicação, metodologia e interpretação dos resultados.

Confere-se que, até o momento, não há qualquer regulamento que autorize diretamente a requisição de um comprovante de vacina ao empregado por parte do empregador, sob pena de aplicação da justa causa. O que se há, na verdade, é a provocação ao Poder Judiciário sobre a questão, e este aplica o próprio sistema juslaboral existente. E, pelo que se delinea a jurisprudência do STF e as atuais decisões da Justiça do Trabalho sobre o tema, será respeitado o bem-estar coletivo.

8. Conclusão

O objetivo deste artigo era responder o questionamento inicial: seria a dispensa por justa causa um abuso do poder diretivo por parte das empresas, ou estariam elas privilegiando o bem-estar coletivo em detrimento da escolha individual? Conclui-se, portanto, que não há qualquer abuso por parte do empregador ao decidir dispensar os trabalhadores antivacina por justo motivo.

No decorrer deste estudo, ficou translúcido que a vacinação contra a Covid-19 transpassa a decisão de cada um em querer tomar o imunizante ou não: o direito à vida e à saúde, vislumbrando-se no bem-estar coletivo, são maiores do que a liberdade de escolha.

Ainda, diante da obrigação imposta às empresas de se manter e garantir um ambiente de trabalho salubre a todos os seus empregados, a não-vacinação afronta diretamente esta prerrogativa, o que, inclusive, poderia provocar uma contaminação em massa e, conseqüentemente, numa paralisação de serviços. O direito a um meio ambiente

de trabalho equilibrado e protegido é um direito difuso, que transcende qualquer alegação de exercício de liberdade individual.

É obrigação do empregado seguir as prerrogativas estabelecidas no contrato de trabalho, não sendo isto uma contradição face a sua hipossuficiência na relação de emprego. Pelo contrário: vide o caráter sinalagmático do contrato de trabalho, deve o empregado cumprir com sua parte no instrumento, para que o empregador possa ratificar a realização da sua parte no pacto laboral.

O Supremo Tribunal Federal, ao cancelar que a vacina contra a Covid-19 tem caráter compulsório (e não forçado) autorizou que empresas possam normatizar regras, de modo a, indiretamente, indicar a vacinação aos seus empregados. Esta decisão abriu caminho para discussão sobre a possibilidade ou não da aplicação da penalidade da justa causa aos trabalhadores que recusem o imunizante.

De forma intempestiva e errônea, o Ministério do Trabalho e Previdência editou a Portaria 620/2021, flagrantemente inconstitucional e ainda frontalmente contrária à decisão da Suprema Corte brasileira. Hoje, após concessão de liminar pelo STF, esta portaria deve dispor de dispositivos com aplicação suspensa, o que torna possível a aplicação da justa causa.

Em suma, a Covid-19, mesmo quando lhe for retirado o status de doença pandêmica, ainda ficará por muito tempo em voga nos tribunais trabalhistas. Suas consequências nos contratos de trabalho são imensas, o que provoca diversos questionamentos por parte dos empregados e dos empregadores. Todavia, deve-se ter certeza de que, assim como é obrigação do empregador manter um ambiente de trabalho seguro, é obrigação do empregado contribuir para este fim. Caso contrário, as relações de emprego, já desequilibradas por natureza, tornar-se-ão ainda mais conflituosas, o que pode provocar, inclusive, o desemprego.

9. Bibliografia

BERNARDES, Simone Soares. **Direito do Trabalho. Coleção Resumos para concursos. 5. ed., rev., atual. e ampl.** Imprensa: Salvador, JusPODIVM, 2020. ISBN: 9788544224656.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: Presidência da República. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 15 de nov. de 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 15 de nov. de 2021.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Previdência. Gabinete do Ministro. **Portaria nº 620, de 01 de novembro de 2021**. Brasília, Distrito Federal, Seção 1, Edição Extra nº 205-D, p. 01. 01 nov. 2021. Seção 1. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-mtp-n-620-de-1-de-novembro-de-2021-356175059>. Acesso em 15 nov. 2021.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Previdência. Gabinete do Ministro. **Portaria Interministerial MTP/MS nº 14, de 20 de janeiro de 2022**. Brasília, Distrito Federal, Seção 1, Edição 17, p. 160. 25 jan. 2022. Seção 1. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-mtp/ms-n-14-de-20-de-janeiro-de-2022-375794121>. Acesso em: 01 fev. 2022.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. **Nota Técnica Conjunta nº 02/2020 de 13 de março de 2020**. Nota Técnica para a atuação dos membros do Ministério Público do Trabalho em face da declaração de pandemia da doença infecciosa (COVID 19) do novo coronavírus, declarada pela Organização Mundial de Saúde – OMS. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica-conjunta-02-2020-pgt-codemat-conap-2.pdf>. Acesso em 15 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 898**. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6290927>. Acesso em 21 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.586/DF**. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6033038>. Acesso em 15 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). **Recurso Ordinário nº 1000122-24.2021.5.02.0472**. São Paulo: Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região.

Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1000122-24.2021.5.02.0472/2#2962bfd>. Acesso em 15 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (23. Região). **Recurso Ordinário nº 0000334-16.2020.5.23.0051**. Cuiabá: Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Terceira Região. Disponível em: https://portal.trt23.jus.br/portal/sites/portal/files/groups/comunicacao/documento_3f83378.pdf. Acesso em 15. nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (3ª Turma). **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 10692-87.2015.5.03.0078**. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/886541513/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-106928720155030078>. Acesso em 15. nov. 2021.

CORONAVÍRUS: Brasil confirma primeiro caso da doença. UNA-SUS, 2020. Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/coronavirus-brasil-confirma-primeiro-caso-da-doenca>. Acesso em 15 nov. 2021.

DE OLIVEIRA ABUD, Carol; DE SOUZA, Luciano Pereira. **A vacinação contra a COVID-19 pode ser compulsória no Brasil? A questão jurídica e a disputa política**. Vigilância Sanitária em Debate, 2021.

DE SOUZA GOMES, Roberta Calazans Menescal et al. **O Poder Diretivo do Empregador e os Direitos de Personalidade do Empregado**. O Poder Diretivo do Empregador e os Direitos de Personalidade do Empregado, p. 1-388-416, 2020.

DOMINGUES, Carla Magda Allan Santos et al. **Programa Nacional de Imunização: a política de introdução de novas vacinas**. Revista Eletrônica Gestão e Saúde, n. 4, p. 3250-3274, 2015.

GARCEZ, Gabriela Soldano. **Do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado**. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 10, n. 10, p. 314-339, 2011.

MARTINS, Fernando Batistuzo Gurgel; MACHADO, Milca Chiquitelli. **O princípio da continuidade da relação de emprego frente à Constituição Federal e à crise econômica brasileira**. Anais do VII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito, p. 129, 2017.

NO Brasil, 96% das mortes por Covid-19 são de quem não tomou vacina; só imunização coletiva pode controlar a pandemia. Instituto Butantan, 2021. Disponível em: <https://butantan.gov.br/noticias/no-brasil-96-das-mortes-por-covid-19-sao-de-quem-nao-tomou-vacina--so-imunizacao-coletiva-pode-controlar-a-pandemia>. Acesso em 15 nov. 2021.

OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia. Organização Panamericana de Saúde (OPAS), 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/news/11-3-2020-who-characterizes-covid-19-pandemic>. Acesso em 15 nov. 2021.

PADILHA, Norma Sueli. **O equilíbrio do meio ambiente do trabalho: direito fundamental do trabalhador e de espaço interdisciplinar entre o direito do trabalho e o direito ambiental.** Revista do TST, Brasília, v. 77, n. 4, p. 231-258, 2011.

PERGUNTAS frequentes: vacinas contra a COVID-19. Organização Panamericana de Saúde (OPAS), 2021. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/vacinas-contra-covid-19/perguntas-frequentes-vacinas-contra-covid-19#tab-22475-4>. Acesso em 15 nov. 2021.

RECUSA INJUSTIFICADA DE SE VACINAR CONTRA O CORONA VÍRUS COMO CAUSA DE RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR JUSTA CAUSA. UMA VISÃO JURÍDICO-PRAGMÁTICA.

CLEBER VENDITTI DA SILVA:

Mestrando pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2006), Pós-graduado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2009), Mestrando pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e advogado.³⁷

Resumo: O presente artigo dedica-se a lançar luzes sobre o debate jurídico que gravita ao redor da possibilidade de determinado empregado se recusar injustificadamente à receber a vacina contra o corona vírus, e a possibilidade de, como reação, o empregador rescindir o seu contrato de trabalho por justa causa. Para o desenvolvimento da matéria, foram analisadas duas das mais relevantes decisões judiciais sobre o assunto, com a finalidade de demonstrar que o pensamento jurídico-pragmático foi determinante para que os julgadores pudessem tomar uma decisão que melhor considerasse o contexto da pandemia e as consequências de tão relevante decisão. Por derradeiro, examinam-se as doutrinas dos pensadores pragmatistas e as características da doutrina pragmática previstas nos acórdãos analisados. Ao final, se conclui que o pensamento pragmático-jurídico é abundante nas decisões judiciais estudadas e que este pensamento ofereceu a forma de interpretação mais adequada aos interesses da sociedade e ao encorajamento de campanhas de vacinação.

Palavras-chave: Vacinação. Recusa. Justa Causa. Decisões Judiciais. Pragmatismo.

Abstract: The present academic work aims to contribute to the existing discussions around the legal possibility of an employee to unreasonable refusing to be vaccinated against the coronavirus, and as a consequence, be fired for cause by the employer. To this end, the work has analyzed two of the most important legal precedents regarding this topic, highlighting how the legal-pragmatism was crucial for the judges to better decide the

³⁷ Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2006), Pós-graduado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2009), Mestrando pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e advogado

cases considering the pandemic context and the consequences of setting such important precedents. Finally, the work will consider the academic doctrine related to pragmatism and its characteristics identified in the legal precedents analyzed. In the end, it is concluded that the elements of pragmatism are abundant in the reviewed judicial decisions and how this doctrine has offered the most suitable result for the social needs and to encourage the vaccination campaign.

Keywords: Vaccination. Employee's Refusal. Termination for Cause. Legal Precedents. Pragmatism.

1. INTRODUÇÃO

No dia 11/03/2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) elevou para a classificação de pandemia mundial o estado de contaminação da COVID-19, doença causada pelo coronavírus. A declaração da OMS, a propagação da contaminação pelo vírus em escala mundial e as milhões de mortes que se seguiram causaram profundos prejuízos à humanidade³⁸.

Felizmente, vacinas foram desenvolvidas e a possibilidade de prevenção das formas mais graves da doença passou a ser uma realidade. Campanhas de vacinação se intensificaram mundo a fora e a discussão sobre a obrigatoriedade da vacinação contra a Covid-19 passou a ser um dos assuntos mais discutidos no meio jurídico e acadêmico.

No Brasil, a discussão jurídica sobre a obrigatoriedade da vacinação ganhou importante marco, quando do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ocorrido em dezembro de 2020, ocasião em que a Suprema Corte procedeu o julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6586 e 6587, que tratam unicamente de vacinação contra a Covid-19, e do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1267879, em que se discute o direito à recusa à imunização por convicções filosóficas ou religiosas. Naquela oportunidade, o STF decidiu que o Estado pode determinar aos cidadãos que se submetam, compulsoriamente, à vacinação contra a Covid-19, prevista na Lei 13.979/2020³⁹ impondo sanções aos cidadãos que recusem a vacinação, mas não pode fazer a imunização à força. Esse julgamento será mais bem explorado em capítulo próprio.

A discussão jurídica sobre a possibilidade de recusa dos indivíduos a uma imunização parece contrapor dois direitos fundamentais, o direito à liberdade individual e

³⁸ Por ocasião da elaboração desse artigo, segundo os dados da OMS disponíveis em <https://covid19.who.int/> (acesso em 07/16/2022 às 12:00), foram mais de 529 milhões de casos confirmados e aproximadamente 6,3 milhões de mortes causadas pelo coronavírus.

³⁹ Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

o direito coletivo à saúde. Essa mesma discussão ganha elementos interessantes quando colocada no contexto das relações de trabalho. As perguntas são várias: Pode determinado empregado se recusar a tomar a vacina? Essa recusa tem de ser justificada? Em caso de recusa injustificada, é lícito ao empregador punir o empregado com a rescisão do contrato de trabalho? Essa punição pode chegar ao ponto de permitir a ruptura do contrato de trabalho por justa causa dada pelo empregador?

O presente artigo não se presta a esgotar o tema e a responder a todos esses questionamentos, mas, ao contrário, se debruçar sobre algumas importantes decisões proferidas pelas Cortes Brasileiras sobre o tema, de forma a demonstrar que tais decisões têm sobretudo um viés jurídico-pragmático do que propriamente positivista. São decisões que se norteiam principalmente pelo desapego à precedentes antigos sobre matéria similar, contexto atualmente vivido pela sociedade e que consideram as consequências que os precedentes podem gerar no âmbito social.

Não é o objetivo do presente artigo defender um ou outro ponto de vista relacionado à juridicidade da recusa à vacinação. Menos ainda se deseja fazer conjecturas políticas ou ideológicas aptas a desencorajar a vacinação. O que se pretende é uma análise de decisões jurídicas destacando as características da filosofia pragmatista nelas presentes e a inclinação de tais precedentes a obter uma solução que, na visão dos julgadores, melhor corresponda às necessidades e expectativas humanas e sociais.

O pragmatismo jurídico é, portanto, um método argumentativo, de escolha do julgador, justificador de determinada decisão. Como definiu José Eisenber:

“O pragmatismo jurídico não é uma Teoria do Direito. Aliás, nenhum de seus autores se propôs a elaborar uma. Nem Roscoe Pound, nem Oliver Holmes, nem Benjamin Cardozo elaboraram uma no início do século vinte, nem busca fazê-lo hoje seu principal expoente no mundo contemporâneo, Richard Posner. O pragmatismo jurídico consiste apenas de um método de argumentação que pode (ou não) ser adotado por operadores do direito no exercício de suas funções. Este método prescreve que (a) se analise o contexto de normas gerais e precedentes válidos que iluminam o contexto do caso particular, (b) se defina com clareza as consequências desejadas pela comunidade política para a ação engendrada, e (c) que princípios

jurídicos, éticos ou morais, venham a ser mobilizados como simples instrumentos heurísticos no processo de fazer um juízo.⁴⁰

Segundo o método pragmático o contexto do caso particular é absolutamente relevante para a tomada de decisão e para a aplicação do melhor direito à espécie. Também para o pragmatismo, o julgador deve considerar os impactos e as consequências que suas decisões judiciais terão para a sociedade.

Quando da análise das cortes trabalhistas sobre a provocação jurídica de se é lícito ao empregador punir o empregado com a rescisão do contrato de trabalho em caso de recusa injustificada, esses dois elementos do pragmatismo são indispensáveis, pois: (i) o contexto é único – a crise da pandemia provocada pelo coronavírus não encontra iguais paradigmas históricos⁴¹, e (ii) as consequências das primeiras decisões judiciais sobre o tema são enormes, eis que podem encorajar ou desencorajar a vacinação de toda uma sociedade, provocando, portanto, efeitos políticos, econômicos e, principalmente, de saúde pública gigantescos.

Nesse artigo serão analisados, sob a ótica do pragmatismo jurídico, a decisão do STF nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6586 e 6587, que trataram unicamente de vacinação contra a Covid-19, e do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1267879, bem como o precedente trabalhista julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, nos autos da reclamação trabalhista 1000122-24.2021.5.02.0472, os quais concluíram, respectivamente, pela constitucionalidade da possibilidade de implementação de vacinações compulsórias, mas não forçadas, e pela manutenção da aplicação de justa causa como motivo da ruptura de contratos de trabalhos de empregados que se recusaram injustificadamente à vacinação.

2. PANORAMA JURÍDICO-TRABALHISTA SOBRE A OBRIGATORIEDADE DA VACINAÇÃO

Para que se possa entender adequadamente os elementos da teoria pragmatista presentes nas decisões judiciais objeto de estudo do presente artigo, é imprescindível o

40 EISERBERG Eisenberg, José. Para que serve o pragmatismo jurídico? *apud* LIMA, Silvio Wanderley do Nascimento. Breves comentários sobre o pragmatismo jurídico e o processo decisório judicial no Brasil. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3218, 23 abr. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21595>. Acesso em: 1 nov. 2021.

41 Poder-se-ia defender que a pandemia do coronavírus é comparável às pandemias da peste bubônica, gripe espanhola ou outras pandemias que, em outros séculos, assolaram a humanidade. No entanto, nenhuma dessas outras pandemias ocorreu em um contexto de globalização avançada, de meios de transportes desenvolvidos e intrinsecamente relacionados, e em um momento em o mundo inteiro é absolutamente conectado, facilitando a disseminação quase que instantânea de uma doença. Sob essa prisma, *s.m.j.* a pandemia do coronavirus não encontra paralelos históricos.

entendimento do panorama legislativo positivado sobre a obrigatoriedade da vacinação para fins das relações de trabalho.

Começa-se, portanto, pela lei maior destacando-se importantes conceitos trazidos pela Constituição Federal. Um dos mais importantes e que irá amparar várias das conclusões do presente artigo é o princípio da legalidade. Estabelece, pois, o artigo 5º, II, da Carta Magna que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Sob a análise exclusiva desse artigo, poder-se-ia defender que apenas se houver uma lei obrigando empregados a se vacinarem é que seria possível obrigar ou coagir referidos empregados à vacinação. Daí talvez o surgimento de toda a problemática: Não há lei que expressamente obrigue empregados a se vacinarem, conforme se verá mais detidamente adiante.

A Constituição Federal traz ainda importante conceito para a presente análise ao dispor que aos trabalhadores urbanos e rurais é (i) assegurada a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (artigo 7º, XXII), e, (ii) assegurado o seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa (artigo 7º, XXVIII). Pela análise dos dois dispositivos legais seria possível defender que os empregados têm o direito de verem reduzidos os riscos à sua saúde no ambiente de trabalho, bem como que o empregador poderia ser responsabilizado juridicamente caso contribuísse, por dolo ou culpa, para a contaminação dos empregados no ambiente de trabalho.

A Constituição Federal segue complementada por diversos outros dispositivos relacionados com a intangibilidade do corpo humano, proteção à saúde, a dignidade da pessoa humana e aos direitos individuais dos cidadãos que, embora relevantes, não serão aqui transcritos ou diretamente referidos, já que secundários à análise a que o texto se propõe.

Passando à análise infraconstitucional, durante o estado de pandemia declarado em razão da disseminação do coronavírus, foi publicada a Lei 13.979/2020 que dispõe sobre as medidas que poderão ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Aspecto relevante é trazido pelo artigo 3º desta lei:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, poderão ser adotadas, entre outras, as seguintes medidas:

I - isolamento;

II - quarentena;

III - determinação de realização compulsória de:

a) exames médicos;

b) testes laboratoriais;

c) coleta de amostras clínicas;

d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou

e) tratamentos médicos específicos;

(...)” (grifos nossos).

O artigo 3º acima transcrito claramente estabelece a possibilidade de o poder público impor, de forma compulsória a vacinação. Novamente a problemática: Não houve até o momento qualquer determinação por parte das autoridades públicas de uma vacinação compulsória.

A mesma lei 13.979/2020 também assegura às pessoas afetadas pelas medidas previstas no artigo 3º acima transcrito, “o pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas” (artigo 3º, §2º, III). Assim, por força legal, qualquer campanha de vacinação, compulsória ou não, deve assegurar o direito à dignidade das pessoas e às liberdades fundamentais. Apesar dessa disposição específica, a lei não cuidou de esclarecer expressamente se a objeção individual à vacinação se encontraria abarcado pelo direito à liberdade fundamental a que se refere o dispositivo legal.

Caminhando na análise infraconstitucional que rege os direitos relacionados à relação de trabalho, destaca-se a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Nas palavras de Almeida (2015): “A CLT disciplina as relações individuais como, inclusive, as coletivas de trabalho, regulamentando, outrossim, a estrutura e funcionamento da Justiça do Trabalho e o processo trabalhista.”

A CLT é, portanto, o mais importante diploma legal existente no Brasil com a finalidade de regular as relações de trabalho. É legislação protetiva dos empregados e, sob esse enfoque deve ser analisada. A CLT traz diversas obrigações, principalmente em seu Capítulo V, em relação à obrigatoriedade dos empregadores de propiciar um ambiente de trabalho livres de riscos à saúde e a integridade física dos trabalhadores e, delega à

autoridade do Poder Executivo, a edição de normas regulamentadoras da proteção ao ambiente de trabalho.

Por sua vez, as normas regulamentadoras (NR) atualmente existentes que se estendem desde a NR1 até a longínqua NR37 estabelecem um sem número de obrigações a serem cumpridas pelos empregadores na tentativa de prover um ambiente de trabalho seguro e saudável aos empregados.

Não há, em toda a CLT e, quase não há, nas 37 NRs, qualquer referência expressa à necessidade de os empregadores exigirem dos seus empregados a vacinação como forma de proteção dos trabalhadores e de prover um ambiente de trabalho saudável. Tampouco existe a obrigação de que os empregados se submetam de forma compulsória a qualquer vacina.

A única referência expressa sobre a vacina nas normas regulamentadoras está contida na NR3242 que é aplicável exclusivamente aos trabalhadores da área da saúde e possui um capítulo sobre a “Vacinação dos Trabalhadores”. Contudo, nesse capítulo, a NR prevê a obrigação dos empregadores de prover vacinas, de seguir as recomendações do Ministério da Saúde, e de informar aos empregados em relação às “vantagens e dos efeitos colaterais, assim como dos riscos a que estarão expostos por falta ou recusa de vacinação, devendo, nestes casos, guardar documento comprobatório e mantê-lo disponível à inspeção do trabalho”.

Veja-se que a NR 32 prevê exclusivamente a obrigação de informar aos empregados as vantagens da vacinação, nada mencionando acerca da possibilidade de aplicação de sanções aos empregados que se recusarem à vacinação.

Em resumo, ao se analisar sob a ótica das relações de trabalho a legislação brasileira, não se encontra disposição expressa que autorize a conclusão de que os empregados devam ser submetidos compulsoriamente à vacinação, sob pena de aplicação de sanções trabalhistas. Essa é uma análise, portanto, que está reservada ao interprete da legislação que deverá buscar métodos de hermenêutica aptos a auxiliá-lo na solução da controvérsia.

2.1 Possibilidade Legal de Aplicação de Justa Causa a Empregados

A possibilidade de aplicação da justa causa para a ruptura do contrato de trabalho está prevista no artigo 482 da CLT. A lei traz as seguintes hipóteses legais que possibilitariam a rescisão do contrato por justa causa:

42 A NR32 é aplicável exclusivamente aos trabalhadores da área da saúde.

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l) prática constante de jogos de azar.
- m) perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado.

Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional.

Nas lições de Almeida (2015 p.341), o rol de situações ensejadoras da justa causa é taxativo, não comportando situações não previstas na lei:

A legislação brasileira adota o sistema enumerativo ou limitativo das faltas graves ensejadoras da dispensa do empregado por justa causa, bem como do empregador, e que possam, igualmente, dar causa à rescisão do pacto laboral por culpa deste último. Na lição sempre lembrada de Dorval de Lacerda: "O tipo enumerativo ou limitativo, ao qual se subordina a lei brasileira, tal como indica a sua própria denominação, é aquele no qual a lei enumera as faltas graves, tanto do empregador como do empregado, e limita, naturalmente, a ação do juiz à apreciação das figuras faltosas especificadas, não sendo a ele lícito aceitar qualquer fato ou ato que não coincida nos respectivos conceitos"

Nesse caso, não é o juiz quem, em última análise, estabelece e admite a figura faltosa, mas a própria lei, restando àquele tão somente a função de estabelecer os conceitos e capitular os atos.

A lei, então, diz o que entende ser a violação do pacto ou da relação de emprego, não sendo lícito a ninguém admitir uma nova figura faltosa, além daquelas que ela especifica. O critério de tal tipo legislativo é semelhante ao critério criminal: não haverá ato faltoso se não estiver enumerado na lei. (grifos nossos).

Verifica-se, pois, que no rol taxativo de motivos para a ruptura de um contrato de trabalho por justa causa, não está contemplada a possibilidade de se rescindir o contrato de trabalho pela negativa do empregado, justificada ou não, de se vacinar. A questão que restará ao magistrado é, portanto, a função de estabelecer se a recusa da vacinação pode ser enquadrada em algum dos incisos do artigo 482, da CLT. E é nesse contexto que as decisões judiciais poderão se valer da metodologia do pragmatismo jurídico.

3. A DECISÃO DO STF SOBRE A OBRIGATORIEDADE DAS VACINAS.

Como já mencionada no capítulo introdutório desse artigo, em dezembro de 2020, o STF se debruçou sobre o tema da compulsoriedade da vacina do coronavírus. O julgamento ocorreu no contexto do ajuizamento de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6586 e 6587, que trataram unicamente de vacinação contra a Covid-19, e do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1267879, em que se discutia o direito à recusa à imunização por convicções filosóficas ou religiosas.

O acórdão resultado do julgamento das ADIs, de lavra do Ministro Ricardo Lewandowski, ficou assim ementado:

I – A vacinação em massa da população constitui medida adotada pelas autoridades de saúde pública, com caráter preventivo, apta a reduzir a morbimortalidade de doenças infecciosas transmissíveis e a provocar imunidade de rebanho, com vistas a proteger toda a coletividade, em especial os mais vulneráveis.

II – A obrigatoriedade da vacinação a que se refere a legislação sanitária brasileira não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, afigurando-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação sem o expreso consentimento informado das pessoas.

III – A previsão de vacinação obrigatória, excluída a imposição de vacinação forçada, afigura-se legítima, desde que as medidas às quais se sujeitam os refratários observem os critérios constantes da própria Lei 13.979/2020, especificamente nos incisos I, II, e III do § 2º do art. 3º, a saber, o direito à informação, à assistência familiar, ao tratamento gratuito e, ainda, ao “pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas”, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a não ameaçar a integridade física e moral dos recalcitrantes.

IV – A competência do Ministério da Saúde para coordenar o Programa Nacional de Imunizações e definir as vacinas integrantes do calendário nacional de imunização não exclui a dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para estabelecer medidas profiláticas e terapêuticas destinadas a enfrentar a pandemia decorrente do novo coronavírus, em âmbito regional ou local, no exercício do poder-dever de “cuidar da saúde e assistência pública” que lhes é cometido pelo art. 23, II, da Constituição Federal.

V - ADIs conhecidas e julgadas parcialmente procedentes para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, de maneira a estabelecer que: (A) a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que

previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (B) tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.” (negrito no texto original).

Já o acórdão que julgou o Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1267879, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, teve a seguinte parte dispositiva⁴³:

“Decisão: O Tribunal, por unanimidade, apreciando o tema 1.103 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Foi fixada a seguinte tese: “É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município, com base em consenso médico-científico. **Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar**”. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 17.12.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF)” (grifos nossos).

Da análise dos julgados verifica-se que a grande discussão se deu em torno da prevalência do direito coletivo sobre o direito individual. Em seu voto, o Ministro Barroso destacou que:

⁴³ O processo tramitou em segredo de justiça, de forma que não é possível o integral acesso dos autos. O conteúdo da parte dispositiva é público e está disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5909870> – acesso em 01/11/2021.

“Embora a Constituição Federal proteja o direito de cada cidadão de manter suas convicções filosóficas, religiosas, morais e existenciais, os direitos da sociedade devem prevalecer sobre os direitos individuais. **Com isso, o Estado pode, em situações excepcionais, proteger as pessoas, mesmo contra sua vontade** - como, por exemplo, ao obrigar o uso de cinto de segurança.”⁴⁴

Do voto do Ministro Barroso se verifica que negativas individuais não devem prevalecer sobre o direito ao bem-estar da coletividade, de forma que seria constitucional a exigência compulsória de vacinação, desde que tenha a sua obrigatoriedade incluída em lei ou exista uma determinação da autoridade competente. O STF definiu ainda que, além da necessidade de previsão legal obrigando à vacinação, apenas as autoridades, que nesse caso seriam a União, Estados e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência, poderiam exigir a vacinação de forma compulsória.

A decisão não trata de temática trabalhista, tampouco faz alusão à possibilidade de o empregador impor sanções aos empregados que se recusarem, justificadamente ou não, à vacinação.

3.1. Dos Elementos do Pragmatismo Jurídico Contidos na Decisão do STF.

O voto do relator das ADIs 6586 e 6587, Ministro Ricardo Lewandowski, é revelador de vários elementos do pensamento pragmático⁴⁵ que parece ter norteado boa parte da sua decisão.

O primeiro elemento que merece destaque é a característica do anti-fundacionismo, característica esta típica da escola pragmatista, e que está representada no fato de que o Ministro relator não negligencia os precedentes judiciais sobre temas similares relacionados com a vacinação. Ao contrário, os utiliza como fonte de estudos para ao final chegar à uma conclusão que não se prende aos conceitos até então estipulados.

⁴⁴ Disponível em <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457462&ori=1> – Acesso em 01/11/2021.

⁴⁵ Peirce definiu o pragmatismo como:

“O que se procura, portanto, é um método que determine o significado real de qualquer conceito, doutrina, proposição, palavra ou outro signo. [...] Mas o pragmatismo não se propõe a dizer no que consiste os significados de todos os signos, mas, simplesmente, a estabelecer um método de determinação dos significados dos conceitos intelectuais, isto é, daqueles, a partir dos quais podem resultar raciocínios. [...] Ora, esta espécie de consideração, a saber, a de que certas linhas de conduta acarretarão certas espécies de experiências inevitáveis, é aquilo que se chama consideração prática (Peirce, 1990b, p. 193-195)”

Richard Posner, um dos mais representativos defensores do pensamento pragmático, defende que é justamente essa forma de encarar os precedentes que distancia o magistrado positivista de um magistrado que se escora no pensamento pragmático:

“O juiz pragmatista tem outras prioridades. Quer encontrar a decisão que melhor atenda às necessidades presentes e futuras. Não tem desinteresse pela jurisprudência, pela legislação, etc. Muito pelo contrário. Em primeiro lugar essas fontes são depósito de conhecimento e até, às vezes, de sabedoria; por isso, mesmo que não tenham valor dispositivo, seria loucura ignorá-las. Em segundo lugar, uma decisão que se afaste abruptamente dos precedentes e, assim, desestabilize o direito pode ter, no saldo, consequências ruins.”

Seguindo as lições de Posner e em linha com o conceito do anti-fundacionismo, ao julgar as ADIs, o Ministro Lewandowski se vale de precedente do próprio STF durante a chamada Revolta das Vacinas, datado de 1905, para traçar um paralelo entre as duas situações:

“Embora muitas justificativas tenham sido apresentadas para a Revolta da Vacina, a sua explicação mais óbvia reside na repulsa generalizada à obrigatoriedade da imunização, tal como levada a efeito, especialmente mediante a invasão das casas e o internamento dos recalcitrantes. 5 Lembro que, já naquele tempo, tal como ocorre agora, o Supremo Tribunal Federal foi instado a entrar no debate, ao conceder ordem de habeas corpus preventivo em favor de Manoel Fortunato de Araújo Costa para afastar ameaça de constrangimento ilegal representada pela intimação de inspetor sanitário para ingressar em sua residência e proceder a uma desinfecção. A Corte considerou inconstitucional a disposição regulamentar que facultava “às autoridades sanitárias penetrar, até com o auxílio da força pública, em casa de particular para levar a efeito operações de expurgo” (RHC 2.244/DF, Redator para Acórdão Ministro Manoel Murtinho, DJ 31.1.1905).”

A referência ao precedente do século passado parece ser feita mais na tentativa de buscar fontes de conhecimento que trataram situação semelhante, do que propriamente de limitar a convicção do julgador e a aplicação do antigo precedente de uma forma mecânica. Até por isso, as conclusões do julgamento de 2020 divergem daquele do julgado de 1905, aceitando, o julgamento atual, a constitucionalidade de medidas que tornem a

vacinação compulsória, desde que observado o princípio da legalidade. Nesse sentido, a decisão parece se alinhar muito mais a um raciocínio jurídico-pragmático do que o pensamento dogmático-positivista.

Posner (2012 p.358) ensina que: “A filosofia, especialmente a pragmática, incita a dúvida, e a dúvida incita a investigação; assim o magistrado torna-se um julgador menos dogmático e mais pragmático ou, pelo menos, fica com a mente mais aberta.”

A decisão do STF denota ainda mais uma clara característica do pensamento pragmático: a valoração do contexto em que a decisão será proferida. Nesse sentido são os trechos do acórdão da Suprema Corte:

É nesse contexto, amplificado pela magnitude da pandemia decorrente da Covid-19, **que se exige, mais do que nunca, uma atuação fortemente proativa dos agentes públicos de todos os níveis governamentais, sobretudo mediante a implementação de programas universais de vacinação**, pois, como adverte o professor da Universidade de São Paulo antes referido, “o direito é garantido por aquelas políticas indicadas, que hão de ser estabelecidas, sob pena de omissão inconstitucional”.

(...)

Nesse sentido, é manifesto que a vacinação obrigatória não pode ser medida inaugural de uma política sanitária. De fato, **por seu caráter invasivo, a vacinação obrigatória não pode ser primeira medida sanitária**, senão ultima ratio, **justificável pelo contexto epidemiológico e vacinal**. Aqui não pode haver precipitação: se, por exemplo, uma alta percentagem das pessoas resolverem voluntariamente se vacinar — se e quando houver a vacina —, pode ser desnecessária a vacinação obrigatória. Esta deve ser medida extrema, apenas para uma situação grave e cientificamente justificada, e esgotadas todas as formas menos gravosas de intervenção sanitária.

(...)

Sem razão, contudo, a meu juízo, uma vez que a norma impugnada rege, em caráter especial, situação jurídica específica, qual seja, o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

Tanto se trata de um contexto singular que inspirou o legislador a editar normas específicas para o seu enfrentamento, dentre as quais a norma objeto da presente impugnação. Em absoluto confunde-se, o objeto do presente feito, com as ações de vigilância epidemiológica no âmbito do Programa Nacional de Imunizações, objeto da Lei nº 6.259/1975, cuja impugnação, considerados os limites da pretensão deduzida, evidencia-se de todo desnecessária. (grifos nossos).”

As menções ao contexto da pandemia do coronavírus como elemento norteador da decisão do STF são presentes em todo o acórdão. A Corte Suprema considera único o contexto, de forma que a decisão prolatada é, de igual forma única, não se prendendo aos precedentes anteriores da Corte, os quais, a toda evidência, foram proferidos em condições históricas absolutamente diferentes.

O elemento do contextualismo ganha particular relevância no acórdão, quando há a citação de Richard Posner⁴⁶, um dos principais expoentes da escola pragmática. Consta do acórdão:

Descabe potencializar a semântica das liberdades constitucionais, desvirtuando-as de modo a impingir-lhes uma hermenêutica afastada de qualquer lastro nas condições materiais viabilizadoras da sua aplicação.

Na eloquente imagem de Richard Posner, a Constituição não se presta a ser interpretada como um pacto suicida. Em situações emergenciais, restrições a direitos fundamentais que seriam inadmissíveis em períodos de normalidade, podem vir a ser admitidas, notadamente quando uma modesta limitação de liberdades produzir um substancial ganho em segurança. Com efeito, “O equilíbrio ideal entre liberdade e segurança depende não apenas dos pesos atribuídos aos valores concorrentes, mas também do efeito sobre esses valores da medida de segurança em questão. Uma grande redução na segurança pode dominar

⁴⁶ A citação de Richard Posner mencionada no acórdão do STF foi extraída de: POSNER, Richard. Not a Suicide Pact: the constitution in a time of national emergency. Oxford University Press, 2006.

uma pequena redução na liberdade, mesmo se a liberdade for considerada muito mais valiosa do que a segurança.”

Por fim, dúvidas não restam de que o terceiro, e talvez mais importante, elemento do pragmatismo está presente na decisão do STF: o consequencialismo. A Corte

Nesse quadro, resulta incontestável, porque não comporta margem razoável de dúvida, a gravidade da pandemia de magnitude global. O

cenário delineado representa sério desafio à capacidade de resposta do Estado brasileiro no **implemento de políticas voltadas não apenas ao controle da contingência que é o alastramento da doença e suas consequências imediatas, mas também dos seus efeitos socioeconômicos estruturais (de médio e longo prazo).**

(...)

9. A omissão e a negligência com a saúde coletiva dos brasileiros

têm como consequências esperadas, além das mortes que poderiam ser evitadas, o comprometimento, muitas vezes crônico, das capacidades físicas dos sobreviventes que são significativamente subtraídos em suas esferas de liberdades. Sequelas limitadoras reduzem as possibilidades de escolhas disponíveis aos indivíduos, o espaço em que pode ser exercida a sua autonomia individual, limitando-a. Sob essa perspectiva, ainda que eventualmente compulsório, longe de configurar afronta inconstitucional à liberdade individual tomada em abstrato, um programa eficaz de vacinação contribui decisivamente, isto sim, para eliminar privações de liberdades e ampliar as *“liberdades substantivas de diferentes tipos que as pessoas têm razão para valorizar”*.

Nota-se dos trechos transcritos, a preocupação do STF em oferecer um comando decisório à sociedade que estimule a vacinação, sem, contudo, ofender direitos e garantias constitucionais inalienáveis. Essa preocupação é manifesta quando a Corte esclarece que:

12. É necessário enfatizar à exaustão que o reconhecimento da constitucionalidade do art. 3º, III, “d”, da Lei nº 13.979/2020, no que autoriza a adoção de vacinação compulsória, **não significa que esta Corte esteja determinando a vacinação compulsória.** Sua eventual

necessidade deverá ser avaliada pelos gestores de saúde, no âmbito de suas competências.

Observa-se que o STF, preocupado de antemão com as **consequências** de uma decisão que declare constitucional uma campanha de vacinação compulsória, já, desde logo, esclarece que o Tribunal não está determinando que se faça uma vacinação compulsória, remetendo esta competência e avaliação aos gestores da saúde.

Novamente a preocupação com as consequências da decisão pode ser verificada na ênfase que o STF dá à distinção entre os conceitos de “vacinação compulsória” com “vacinação forçada”:

14. Destaco, à demasia, que o **caráter compulsório da vacinação**, no marco da Constituição vigente, de modo algum elide a necessidade de que a inoculação seja, afinal, consentida. **Vacinação compulsória não é vacinação forçada, sequer cogitável** que agentes estatais possam inocular agentes imunizantes à força ou mediante ameaça em qualquer pessoa, tampouco violar os domicílios dos brasileiros, sendo absolutamente infundado qualquer receio nesse sentido. Por compulsoriedade compreende-se que, dadas as finalidades a serem alcançadas, em benefício de todos, de um elevado índice de vacinação para a imunização eficaz da população, pode o Estado adotar medidas razoáveis e proporcionais para incentivar ou compelir a imunização – e onerar a inércia – como a restrição de acesso a determinados locais, o impedimento à realização de determinadas atividades, a suspensão de benefícios conferidos pelo Estado, a proibição de comportamentos que coloquem em risco outras pessoas ou a imposição de sanções pecuniárias.

A importante decisão do STF de 2020 e que se tornou um marco judicial interpretativo dos limites da vacinação é claramente pautada por elementos pragmáticos de interpretação jurídica. O apego ao anti-fundacionismo⁴⁷, ao contextualismo e ao consequentialismo são presentes durante todos os momentos da leitura do acórdão.

47 Em seu artigo, LIMA (2012) define que

“o antifundacionalismo implica na rejeição à fundamentação do pensamento e do conhecimento e, por extensão, da verdade, que se alicerce em asserções absolutas, estáticas, perpétuas e imutáveis. Partindo desta ótica, assevera-se que o processo natural de mutação das relações não permite

4. A DECISÃO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO.

Ao passo que a decisão do STF vista no capítulo anterior reconhece a constitucionalidade das campanhas compulsórias, e não forçadas, de vacinação, a decisão não adentra a temática trabalhista, em especial a possibilidade de um empregador exigir que seus empregados se vacinem contra o coronavírus, sob pena de sofrerem sanções que, em casos mais graves, poderiam chegar ao rompimento do contrato de trabalho por justa causa.

O tema é novo e, por essa razão, não existem muitos julgados que apreciem especificamente a questão. Desde 17/01/21, quando a primeira brasileira foi vacinada, o Brasil apenas conseguiu completar a imunização de 77%⁴⁸ da sua população até 07/06/2022.

Assim, como o tema da vacinação ainda é recente, para que existissem várias decisões abordando a possibilidade de rompimento do contrato de trabalho por justa causa, teria de haver a negativa de trabalhadores, a decisão do empregador de romper o contrato de trabalho, o ajuizamento de uma ação trabalhista questionando a decisão do empregador, o desenvolvimento da fase de instrução processual, e a prolação da decisão judicial. Tudo isso em um intervalo de tempo de poucos meses. Com poucas exceções, essa velocidade entre o início do litígio e a prolação de uma decisão não é a realidade da Justiça do Trabalho no Brasil, o que explica a ausência de uma quantidade expressiva de precedentes judiciais sobre o tema.

No entanto, existe um julgado trabalhista relevante e específico sobre a matéria, que se pretende estudar no presente artigo. Trata-se do acórdão proferido pela 13ª turma julgadora do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, tribunal de segunda instância dos mais relevantes do Brasil⁴⁹, no processo 1000122-24.2021.5.02.0472.

assegurar que existam respostas finais, definitivas e atemporais que se prestem a servir de sustentáculo universal. O processo sistemático de investigação e reflexão permite que se obtenha uma resposta, a qual será, na medida das reais condições existentes, a resposta satisfatória para a situação examinada. O atingimento desta resposta aceitável, contudo, não fará cessar a possibilidade de investigação sobre o objeto examinado, eis que inexistente uma verdade final a ser atingida, mas sim um contínuo processo de aprimoramento.”

⁴⁸ Fonte: <https://especiais.g1.globo.com/bemestar/vacina/2021/mapa-brasil-vacina-covid/> acessado em 07/06/2022.

⁴⁹ O TRT-2 possui cerca de 450 juízes, 94 desembargadores, 5.500 servidores e mais de mil profissionais terceirizados. Tem tramitação de mais de 900 mil processos. É o maior tribunal trabalhista do país em termos de estrutura e de volume processual. Fonte: <https://ww2.trt2.jus.br/institucional/o-trt-2/quem-somos/>. Acesso em 22/11/2021.

Neste processo, os desembargadores analisaram a situação de uma empregada que trabalhava na equipe de limpeza de um hospital e que, segundo o hospital, teria se negado por duas oportunidades a se vacinar, sem ter apresentado um motivo que justificasse a negativa, além da afirmação de que não haveria lei que a obrigasse à vacinação. Após as duas negativas, o hospital decidiu rescindir o contrato de trabalho, aplicando-se a penalidade por justa causa.

O acórdão, de relatoria do Desembargador Roberto Barros da Silva, foi assim redigido:

“A reclamada logrou êxito em comprovar, pela extensa prova documental acostada à sua peça defensiva, a adoção de um Protocolo Interno focado no combate e enfrentamento à pandemia gerada pelo novo Coronavírus, **que se revelou extremamente contagioso, e até presente data, somente no Brasil, já havia contaminado oficialmente mais de dezessete milhões de pessoas, e levado a óbito mais de quatrocentos e oitenta e oito mil brasileiros, conforme se infere dos dados oficiais obtidos na página eletrônica oficial do Ministério da Saúde do Governo Federal (número atual de contaminados em 14/06/2021 - 17.452,612, número de óbitos em 14/06/2021 - 488.228 - <https://covid.saude.gov.br>).**

Convém ressaltar que segundo os dados e boletins epidemiológicos constantes da referida página oficial, a Região Sudeste, na qual a reclamante trabalhava, apresenta maior número de contágios e de óbitos quando comparado às demais regiões do Brasil, sendo que quase metade dos óbitos está concentrado nessa Região.

Consigne-se que os principais objetivos do Protocolo adotado pela reclamada eram justamente promover e disseminar as diretrizes adotadas para conter o contágio entre os clientes e colaboradores em geral, fornecer orientações aos colaboradores da empresa sobre a prevenção e a necessidade de adoção de cuidados diante da pandemia, bem como consolidar as ações e as medidas práticas adotadas pela empresa para a mitigação dos riscos.

Prosseguindo, **verifico que a reclamada comprovou ter disponibilizado diversos informativos, bem como adotou**

diversas medidas relevantes, tais como a antecipação das férias dos colaboradores com mais de sessenta anos ou com comorbidades, transferência dos postos de trabalho das gestantes evitando que elas prestassem assistência direta aos pacientes, realização de treinamentos inclusive por meio de vídeo-aulas, e distribuição de máscaras de proteção, álcool em gel, luvas, toucas e aventais para os colaboradores da área da saúde, escalonamento dos horários de saída de algumas equipes, e adoção de outras medidas de orientação para a higiene das superfícies, das mãos, entre outras providências que estão minuciosamente descritas no documento Id. 4d2050c.

Acrescento que é público e notório que a Organização Mundial de Saúde tem afirmado e reiterado que para conter a propagação do vírus e evitar a propagação de novas cepas e variantes ainda mais contagiosas, é necessária a adoção de diversas medidas práticas concomitantes, tais como: o distanciamento social, a higienização das mãos e superfícies com sabonete ou álcool em gel, o uso correto de máscaras de proteção, e principalmente a vacinação em massa da população, no intuito de atingir a chamada "imunidade de rebanho". Ressalte-se que tais medidas têm sido adotadas por diversos países que estão conseguindo bons resultados na diminuição do número de contágios, internações e óbitos, sendo relevante pontuar que a vacinação se constitui como medida urgente que visa proteger a população e, por conseguinte, assegurar o retorno das atividades comerciais, o desenvolvimento da economia, e a reabertura das vagas de emprego.

No caso vertente, **não se pode perder de vista que a autora trabalhava diariamente em ambiente hospitalar, realizando atividades de limpeza no hospital municipal infantil no qual estava alocada.** Desse modo, resta patente que ela trabalhava na chamada "linha de frente" do combate ao novo Coronavírus, e justamente por essa condição, pertencia a um dos primeiros grupos prioritários que foram contemplados com a disponibilização da vacinação tão almejada pela população em geral.

A despeito das alegações da reclamante no sentido de que não poderia ser obrigada a tomar a vacina, porque não existe lei que a obrigue, é preciso consignar que em 07/02/2020 foi publicada a lei 13.979/2020, que dispõe justamente sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública mundial deflagrada

do novo coronavírus. Veja-se que o referido regramento, previu, em seu artigo 3º, inciso III, a possibilidade de realização compulsória de vacinação e outras medidas profiláticas baseadas em evidências científicas.

Com efeito, a vacinação em massa da população contra a COVID19 se constitui como medida emergencial que vem sendo adotada pelas autoridades de saúde pública de todo o mundo, no claro intuito de proteger a população em geral, evitar a propagação de novas variantes, bem como reduzir o contágio, diminuir as internações e óbitos e possibilitar o retorno da sociedade para as suas atividades laborativas, comerciais, empresariais, acadêmicas e familiares.

Ademais, convém destacar que o C. STF já se manifestou no sentido de que a vacinação obrigatória se afigura como conduta legítima, desde que as medidas profiláticas observem os critérios constantes do regramento supracitado, em especial o direito à informação, ao tratamento gratuito, entre outros, conforme se infere da decisão transcrita pelo magistrado de origem na fundamentação da sentença prolatada no primeiro grau.

Nesse passo, em se tratando de doença altamente contagiosa, que ensejou uma grave pandemia que vem sendo duramente combatida no mundo todo, e que causou o colapso do sistema de saúde em geral (**escassez de vagas, elevação no número de internações hospitalares, falta de leitos de UTI, necessidade de compra de respiradores, oxigênio, medicamentos, contratação de profissionais de saúde**) e ocasionou um aumento expressivo do número de óbitos, sem falar nos incontáveis prejuízos para a economia global, incluindo, por óbvio o fechamento de estabelecimentos comerciais, empresas e até mesmo a **diminuição expressiva de postos de trabalho**, não há como acolher a tese recursal suscitada pela apelante, no sentido de que, mesmo trabalhando na linha de frente e com vacina disponibilizada de forma gratuita pelo Governo, seu interesse pessoal, consubstanciado na simples recusa da vacina, sem a apresentação de qualquer justificativa, deve prevalecer sobre o interesse coletivo.

A bem da verdade, considerando a gravidade e a amplitude da pandemia, resta patente que se revelou inadequada a recusa da empregada que trabalha em ambiente hospitalar, em se submeter ao protocolo de vacinação previsto em norma nacional de imunização, e referendado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), sobretudo se considerarmos que o imunizante disponibilizado de forma gratuita pelo Governo (vacina), foi devidamente aprovado pelo respectivo órgão regulador (ANVISA). Desse modo, considerando que a reclamada traçou estratégias para a prevenção da COVID19, divulgou informações e elaborou programa de conscientização para assegurar a adoção de medidas protetivas e a vacinação de seus colaboradores, **não se mostra razoável aceitar que o interesse particular do empregado prevaleça sobre o interesse coletivo, pois, ao deixar de tomar a vacina, a reclamante realmente colocaria em risco a saúde dos seus colegas da empresa, bem como os demais profissionais que atuam no referido hospital, além de pacientes, e seus acompanhantes.**

Acrescente-se que é dever do empregador oferecer aos seus empregados ambiente de trabalho salubre e seguro, nos termos da Lei, reprisando-se que no caso vertente, a reclamada comprovou a adoção das medidas necessárias e disponibilizou aos seus colaboradores informativos sobre a necessidade de minimizar os riscos de contágio, incluindo, por óbvio, a necessidade de aderir ao sistema de imunização.

Diante de tais circunstâncias, e considerando que a reclamante já havia sido advertida anteriormente pelo mesmo motivo, e em nenhum momento tentou justificar (seja para a reclamada, seja em Juízo), o motivo que teria ensejado a recusa em tomar a vacina disponibilizada de forma emergencial e prioritária ao grupo de trabalho ao qual ela pertencia (dadas as condições de risco por trabalhar em ambiente hospitalar de risco), fico plenamente convencido de que a conduta adotada pela reclamada (aplicação da justa causa) não se revelou abusiva ou descabida, mas sim absolutamente legítima e regular, porquanto, para todos os efeitos, a reclamante não atendeu à determinação da empresa.

Ante todo o exposto, tenho por bem manter a improcedência dos pedidos formulados na exordial, e negar provimento ao apelo ora interposto, em todos os seus aspectos” (grifos nossos).

A decisão acima proferida parece ter sido a primeira decisão de um colegiado de segunda instância que julgou a matéria relacionada à possibilidade de aplicação da justa causa contra empregados recalcitrantes em relação à vacinação. Por sua importância, será utilizada por advogados e outros juízes como paradigma para casos similares, quer para haver concordância com o seu teor, quer para ser combatida. Conforme se passará a analisar, a decisão do TRT é eivada de elementos do pragmatismo jurídico que, de certo, contribuíram para que os magistrados alcançassem o resultado interpretativo.

4.1. Dos elementos do pragmatismo jurídico contidos na decisão do TRT.

De forma consciente ou inconsciente os elementos do pragmatismo jurídico parecem ter sido utilizados pelos julgadores para a prolação da decisão. Elementos como o anti-fundacionismo, contextualismo e consequencialismo, este último menos aparente, estão presentes na decisão.

Em relação ao anti-fundacionismo, pode-se perceber que o acórdão não cita um único precedente judicial sobre a matéria. Evidentemente que existem precedentes judiciais históricos que poderiam ser usados para a finalidade de convencimento do julgador, como por exemplo, a recusa de trabalhadores a outras vacinas como sarampo, meningite, febre amarela, entre outros. Ainda que não quisessem se socorrer a precedentes relacionados com outras vacinas, por entenderem inaplicáveis ao caso concreto, os desembargadores poderiam se referir a julgados anteriores relacionados com a manutenção de aplicação de justa causa em determinadas condições específicas, como por exemplo, quando há o descumprimento de norma interna imposta pelo empregador.

Entretanto, surpreendentemente, já que está não é a normalidade das decisões trabalhistas, as quais, como regra, buscam citar precedentes jurisprudenciais, o acórdão ora analisado não faz uma única referência a julgados antigos trabalhistas. É possível defender, portanto, que essa é uma característica que aproxima o julgado do pensamento pragmático por meio do antifundacionismo.

Rorty⁵⁰ definiu o fundacionismo como *"o desejo de encontrar fundações às quais alguém pode se prender, estruturas das quais não se pode desviar, objetos que se impõem, representações que não podem ser contestadas"*.

Já Posner (2012 p.382) ao estabelecer como um juiz pragmatista considera a jurisprudência ensina que:

"Isso significa que o juiz pragmatista encara a jurisprudência, a legislação e o texto constitucional sob dois aspectos: como fontes de informações potencialmente úteis sobre o provável melhor resultado no caso sob exame e como marcos que ele deve ter o cuidado de não obliterar nem obscurecer gratuitamente, pois as pessoas o tomam como pontos de referência. Porém como vê essas "fontes" somente como fontes de informação e como restrições parciais à sua liberdade de decisão, ele não depende delas para encontrar o princípio que lhe permite decidir um caso verdadeiramente inusitado."

Ora, o pensamento dos desembargadores que entenderam pela manutenção da justa causa não foi acorrentado por qualquer julgado anterior que defendesse a manutenção da justa causa, ou que advogasse pela reforma do julgado para que fosse deferida a reversão da justa causa, por isso, a defesa de que o acórdão em debate é, sobretudo, anti-fundacionista.

É verdade que o acórdão do TRT faz referência expressa ao acórdão do STF, que foi discutido no capítulo 3 acima, para estabelecer um marco jurisprudencial que, segundo a interpretação do acórdão do TRT, autorizaria o argumento de que a vacinação pode ser obrigatória.

No entanto, a referência feita ao acórdão do STF não se prestou a ancorar o raciocínio do TRT e permitir uma aplicação exclusivamente mecânica do que restou decidido pela Corte Suprema⁵¹. Primeiro porque o acórdão do STF, como já visto, não

⁵⁰ RORTY; R. *Philosophy and the Mirror of Nature*. New Jersey: Princeton U Press, 1979. apud HERDY; Rachel, MATIDA; Janaina. *CNJ pode dificultar formação de juízes na tradição racionalista da prova*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-out-22/limite-penal-cnj-dificultar-formacao-juizes-tradicao-racionalista-prova>. Acesso em 18/11/2021.

⁵¹ Em sua crítica a forma mecânica de decidir dos tribunais, Dewey (1924) atesta que: "A comodidade mecânica com que os tribunais se desobrigam dos casos, e não a segurança de fato dos agentes, é a causa real, por exemplo, de se tornarem as regras de justificativa duras e rígidas. O resultado introduz um elemento desnecessário de aposta no comportamento daqueles que buscam apaziguar disputas, ao passo que permite aos juízes apenas aquela comodidade e aquela simplicidade artificiais fornecidas por qualquer

trata da temática trabalhista. Segundo porque, o STF definiu expressamente em seu acórdão que:

“a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, **por exigir sempre o consentimento do usuário**, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, **desde que previstas em lei, ou dela decorrentes**” (grifos nossos).

Assim, como visto no capítulo 2 do presente artigo, atualmente não há lei que expressamente determine a obrigatoriedade de vacinação para empregados⁵² e, menos ainda, lei que expressamente determine que a recusa à vacinação é motivo justificador da rescisão do contrato de trabalho por justa causa. E isso é relevante porque demonstra que o acórdão do TRT que traz referência ao acórdão do STF, não fica preso à conclusão da Suprema Corte de que precisaria haver uma lei estabelecendo “medidas indiretas” de restrições de direitos para que se pudesse obrigar a vacinação compulsória.

Outra característica relevante do pragmatismo impregna o acórdão: o contextualismo. As diversas menções à ferocidade da pandemia, com a transcrição de dados estatísticos de contaminações e mortes, bem como a “*gravidade e a amplitude da pandemia*”, e ainda a possibilidade de “*propagação de novas cepas e variantes ainda mais contagiosas*”, mostram que o contexto que envolve o caso específico é fundamental para o processo decisório dos magistrados.

O contexto específico que circundava a autora da ação também é tido por relevante pelos julgadores para a tomada de decisão, denotando novamente a presença do elemento do contextualismo, característica típica do pensamento pragmático. Afinal de contas, o acórdão considerou que:

“No caso vertente, **não se pode perder de vista que a autora trabalhava diariamente em ambiente hospitalar, realizando atividades de limpeza no hospital municipal infantil no qual estava alocada**. Desse modo, resta patente que ela trabalhava na chamada “**linha de frente**” do combate ao novo Coronavírus, e

hábito rotineiro de ação. Ele substitui a necessidade de pensamento analítico por um procedimento mecânico.”

⁵² A Lei 13.979/2020 citada pelo acórdão do TRT 2 não

justamente por essa condição, pertencia a um dos primeiros grupos prioritários que foram contemplados com a disponibilização da vacinação tão almejada pela população em geral.”

Por fim, embora não expresso no acórdão, parece ter havido uma preocupação dos julgadores em relação às consequências que uma decisão que reformasse o julgado de primeira instância e julgasse ilegal a demissão por justa causa poderia causar.

Isso se percebe das diversas alusões do julgado às louváveis atitudes adotadas pela empresa em estabelecer regras e normas que tenderiam a reduzir o risco de contágio, bem como às críticas, ainda que veladas, à autora da ação que não justificou para a empresa ou mesmo judicialmente as razões de sua recusa à vacinação.

O acórdão trata ainda do risco – consequência - que condutas como a da autora da ação poderia trazer à coletividade, demonstrando a sua preocupação em traçar um limite claro que deve nortear os empregadores e empregados na análise da questão, qual seja: a necessidade de evitar a propagação do vírus. É o que se pode interpretar do trecho:

Desse modo, considerando que a reclamada traçou estratégias para a prevenção da COVID19, divulgou informações e elaborou programa de conscientização para assegurar a adoção de medidas protetivas e a vacinação de seus colaboradores, **não se mostra razoável aceitar que o interesse particular do empregado prevaleça sobre o interesse coletivo, pois, ao deixar de tomar a vacina, a reclamante realmente colocaria em risco a saúde dos seus colegas da empresa, bem como os demais profissionais que atuam no referido hospital, além de pacientes, e seus acompanhantes.**

Fosse outro que não o pragmático, o método de interpretação utilizado pelos julgadores, e caso estes adotassem uma visão dogmática e positivista da matéria, poderiam ter concluído algo que obedecesse a uma lógica diferente e mecanizada de pensamento como: A autora se negou à vacinação. A empresa demitiu a trabalhadora por justa causa. Não há lei que expressamente determine a aplicação da justa causa para essa finalidade. Portanto, determina-se a reversão da justa causa aplicada à trabalhadora.

Não foi esse o racional do acórdão e daí porque se defender que o pensamento pragmatista foi predominante no processo decisório.

5. CONCLUSÃO.

A temática da possibilidade de recusa à vacinação é absolutamente atual e foi turbinada pelo contexto que a nefasta pandemia do coronavírus trouxe à população do planeta. Ao analisar o tema, as Cortes Brasileiras têm se deparado com uma possibilidade de escolha do método de interpretação jurídica que as norteará. Se partirem de uma visão dogmática e meramente positivista ou ainda se buscarem o apego a precedentes, que embora não específicos, serão encontrados, nossos Tribunais poderão concluir que determinado empregado poderá sim se recusar à vacinação, já que não existe lei que expressamente o obrigue a se vacinar.

Já o juiz que se permite adotar o método pragmatista atribui um peso maior aos fatos do que propriamente aos precedentes. Na lição de Posner (2012 p. 391):

“Esses cinco exemplos devem ajudar-nos a perceber que, embora tanto o positivista quanto o pragmatista se interessem tanto pelas fontes de direito como pelos fatos, o positivista parte das fontes e atribui-lhes um peso maior, ao passo que o pragmatista parte dos fatos e atribui-lhes um peso maior. É essa a descrição mais sucinta que posso oferecer da atividade judicial pragmática, (...). O juiz pragmatista acredita que o futuro não deve ser escravo do passado, mas não está obrigado a encarar determinados conjuntos de dados como diretrizes para a tomada de decisão (...).”

Por essa razão é que a escola do pragmatismo jurídico ganha notória importância nessa questão. As características da filosofia pragmatista oferecem uma solução que pode melhor aproximar as decisões judiciais das necessidades e expectativas humanas e sociais.

E parece ter sido essa a inclinação tanto do Supremo Tribunal Federal, quanto do Tribunal Regional do Trabalho nos julgados estudados no presente trabalho. Valorou-se, pois, o contexto no qual a discussão estava inserida e sua característica única. Avaliou-se cuidadosamente as consequências que os comandos judiciais e os primeiros precedentes sobre a matéria poderiam ter para encorajar ou desencorajar a vacinação. Foram contrapostos direitos fundamentais, como o direito individual de personalidade e saúde, versus o direito da coletividade à saúde e à não contaminação. E toda essa discussão, pelo menos nos julgados ora analisados, foi realizada sem as amarras de precedentes judiciais e sem um apego mecânico à letra fria da lei.

As características da corrente pragmatista que abundam os acórdãos analisados, parecem ter contribuído para uma solução adequada e atual da sensível problemática posta em debate.

REFERÊNCIAS:

ALMEIDA, Amador Paes de. *CLT comentada*. 9. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

DEWEY; John. *Método Lógico e Direito*. In: Cornell Law Review, vol. 10. Trad. Cassiano Terra Rodrigues, 1924.

HERDY; Rachel, MATIDA; Janaina. *CNJ pode dificultar formação de juízes na tradição racionalista da prova*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-out-22/limite-penal-cnj-dificultar-formacao-juizes-tradicao-racionalista-prova>. Acesso em 18/11/2021.

LIMA, Silvio Wanderley do Nascimento. *Breves comentários sobre o pragmatismo jurídico e o processo decisório judicial no Brasil*. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3218, 23 abr. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21595>. Acesso em: 11 nov. 2021.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. 16ª ed. São Paulo: Atlas. 2015.

PEIRCE, C, S. De pragmatismo e pragmaticismo. In: *Semiótica*. 2. ed. Trad. José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 1990b. p. 191-299.

POSNER; Richard. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Trad. CIPOLLA; Marcelo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

SILVA; Heraldo Aparecido; *Pragmatismo, narrativas conflitantes e pluralismo*. Disponível em <https://periodicos.ufrn.br/principios/article/download/427/365/>. Acesso em 22/11/2021.

A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL NO BRASIL: UMA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

FABIANNE CHAVES DE SOUSA:
Acadêmica do curso de Direito no Centro
Universitário Santo Agostinho em Teresina
- PI.⁵³

RHILLARY CONRADO AGUIAR⁵⁴

(coautora)

JULIANO DE OLIVEIRA LEONEL⁵⁵

(orientadora)

RESUMO: O presente estudo detém relevância em âmbito nacional, posto que esteja relacionada à estrutura da disparidade na aplicação das penas, que permanece gerando efeitos, mesmo com a defesa do Estado Democrático de Direito. Tem-se por problema de pesquisa: o porquê e por quais razões o sistema penal age de forma seletiva? Deste modo, a pesquisa objetivou a fazer uma investigação da “seletividade do sistema penal no Brasil”, resultado de um tratamento diferenciado entre os indivíduos. Objetivou-se fazer um trabalho com o intuito de analisar e compreender que os princípios são normas basilares do ordenamento jurídico, tendo como base a Constituição Federal como lei suprema e norteadora das demais legislações. Quanto aos meios, a pesquisa foi bibliográfica, com base na fundamentação do método de abordagem indutiva ser necessária para este trabalho.

Palavras-chave: Seletividade Penal – Processo Penal – Disparidade de Penas – Sistema Penal.

1 INTRODUÇÃO

⁵³ discente do Curso de Direito no Centro Universitário Santo Agostinho, Teresina – PI. *E-mail:* fabi.emrs@gmail.com.

⁵⁴ discente do Curso de Direito no Centro Universitário Santo Agostinho, Teresina – PI. *E-mail:* aguiarrhillary@gmail.com.

⁵⁵ Juliano de Oliveira Leonel, docente Curso de Direito no Centro Universitário Santo Agostinho, Teresina – PI. *E-mail:* julianoleonel@hotmail.com.

O presente estudo pode-se entender melhor como o Direito Penal é usado, na atual conjuntura, para a reprodução de poder da classe dominante em detrimento das classes inferiores.

Dessa forma, é possível delimitar o objeto do estudo com a análise das origens do sistema penal na sociedade brasileira e explicar seu funcionamento em conjunto com a utilidade dessa seletividade.

Em assim sendo, tem-se como problema central o presente artigo o porquê e por quais razões o sistema penal age de forma seletiva. Qual a razão para o sistema penal ser seletivo perante as diferentes classes sociais?

O desenvolvimento da pesquisa terá como base a revisão bibliográfica acerca do tema seletividade do sistema penal no Estado Democrático de Direito em confronto ao o princípio da igualdade, visando que, mesmo com o advento da Constituição Federal de 1988 com fulcro na Declaração Universal dos Direitos Humanos, o discurso constitucional é, a todo instante, quebrado e violado, causando um sentimento de impunidade.

Objetiva-se compreender que os princípios são normas basilares do ordenamento jurídico, tendo como base a Constituição Federal como lei suprema e norteadora das demais legislações. Enquanto os princípios constitucionais regem sobre matérias a serem utilizadas como base, podemos trazer seus entendimentos para o Processo Penal, tanto na sua aplicação como em situações concretas. Se todos os seres humanos são iguais perante a lei, gozam dos mesmos direitos, seria prudente dizer que, estas também deverão ser a mesma para todos, seja para proteger e para punir.

Justifica-se com base no atual cenário político, econômico e social, onde os casos de desigualdades estão se tornando mais frequente e ganham repercussão na mídia. Nesse sentido, a proposta é fazer uma reflexão sobre os motivos que levam a desigualdade alarmante no Brasil e os mecanismos para combater o problema.

Para alcançar as considerações finais do estudo, primeiramente, propõe-se estudar as raízes da história do sistema penal brasileiro para entender o atual cenário inquisitorial do sistema penal brasileiro, levando em consideração o início do sistema penal no mundo e no Brasil. Logo após, tem se os meios de comunicação e o senso comum como veículos de sustentação desse sistema repressor que fere os direitos fundamentais consagrados na Carta Magna.

O presente estudo será desenvolvido por intermédio de uma pesquisa bibliográfica com abordagem indutiva. A pesquisa bibliográfica é baseada em entendimentos, materiais e soluções previamente elaboradas com livros e artigos científicos. Ademais, pode-se usar como complementação as revistas, jornais e aqueles que abordem acerca do assunto mencionado. Tendo em vista o avanço da tecnologia, poderá ser utilizados não somente as pesquisas físicas como também as digitais.

Com relação ao método de abordagem, este projeto utilizará abordagem indutiva que tem como procedimento ser mais eficaz para as investigações científicas e tem como base dos estudos o Empirismo, corrente, esta, que o conhecimento é adquirido a partir das experiências práticas.

2 A ORIGEM DAS PENAS

Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt, o autor afirma que o Estado utiliza a sanção como meio de “facilitar e regulamentar a convivência dos homens em sociedade”, e mesmo havendo outras formas de controle social, porém, “o Estado utiliza a pena para proteger de eventuais lesões determinados bens jurídicos, assim considerados, em uma organização socioeconômica específica.” Pode-se afirmar que a punição é um dos instrumentos utilizados pelo Estado para a obtenção da paz. (BITENCOURT, 2012, p. 147).

Tendo em vista que a sanção depende de uma autoridade política para sua regulamentação, e conseqüentemente, sua imposição, é certo que, a sanção evoluiu ajustando-se à comunidade, que passou a se organizar em grupos, cidades e Estado (CHIAVERINI, 2009).

Na antiguidade, não havia pena de privação de liberdade, as penas eram estabelecidas pelas regras de convivência por determinado povo. Nessa época, há o ingresso da Lei Talião na sociedade, tendo como base a aplicação da sanção por meio da proporcionalidade, sendo “olho por olho, dente por dente”, utilizada como forma de retribuição. Assim, nas palavras de Ney Moura Teles (2006) 56:

“Nesse passo, aos que desrespeitassem algum interesse de seus membros punia-se com a perda da paz, que consistia na expulsão do infrator da comunidade, que perdia a proteção do grupo, e ao

56 TELES, Ney Moura. **Direito Penal Parte Geral**: Arts. 1º a 120. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

estranho que violasse qualquer valor individual ou coletivo era aplicada a vingança de sangue”. (TELES, 2006, p. 19).

As penas eram executadas sem nenhuma proporção, já que atingia tanto a pessoa considerada culpada quanto aqueles que tinham algum vínculo com ela, o que caracterizava sua desproporcionalidade (CALDEIRA, 2009, p. 260).

Sendo assim, o sistema prisional foi criado com o intuito de punir aqueles que violam o bem estar entre a sociedade e o Estado. Com o surgimento de um sistema prisional mais equilibrado, a privação de liberdade foi tomando força e passou a ser utilizada como medida repressiva com caráter punitivo. Desde então, deu-se a transformação das prisões.

Atualmente, o Brasil adotou o Sistema Progressivo, por ser o mais aceito mundialmente, compreende a ideia de que os presos poderiam ter a chance de, ao longo de seu período preso, poder transgredir para um sistema mais brando. O sistema consistia em:

[...] distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador [...]. A meta do sistema tem dupla vertente: de um lado pretende constituir um estímulo á boa conduta e à adesão do recluso ao regime aplicado, e, de outro pretende que esse regime, em razão da boa disposição anímica do interno, consiga paulatinamente sua reforma moral e a preparação para a futura vida em sociedade (BITENCOURT, 2011, p. 79).

Conforme Batista (2014, p. 6), o que este sistema possui de mais importante é que ele possibilitava que os indivíduos tivessem a expectativa de um dia estariam livres novamente, contudo, o Sistema Progressivo estabelecia regras a serem seguidas dentro do estabelecimento prisional, para que a possibilidade de liberdade se concretizasse.

Conforme dispõe o Código Penal de 1940 57, em seu artigo 33, § 2º, tem-se que:

57 BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

§ 2º - “As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso” (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Logo, após a leitura do dispositivo mencionado, verifica-se que o Brasil, de forma expressa, adota o Sistema Progressivo, bem como prevê a execução das penas.

Dentre as várias modificações sofridas pelo atual Código Penal, houve a separação dos regimes carcerários em regime fechado, semiaberto e aberto, com advento da Lei nº 6.416/7758. Entretanto, a Lei de Execuções Penais – Lei nº 7.210/8459 –, trouxe como inovação o bom comportamento do réu dentro do estabelecimento prisional para que o mesmo possa progredir de regimes, mesmo que não passe por todas as etapas previstas na legislação penal.

Por fim, em 2003, com o ingresso da Lei nº 10.792/0360 no ordenamento jurídico e alterando o artigo 52 da Lei de Execuções Penais, foi instaurado o Regime Disciplinar Diferenciado⁶¹, conhecido como RDD. Todavia, tal instituto não poderá ser reconhecido como uma progressão de regime, mas sim um local especializado para que o réu permaneça sozinho, com limitações ao direito de visita e ao direito de saída da cela.

2.1 Cesare Beccaria e o Sistema Prisional

58 BRASIL. Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977. Altera dispositivos do Código Penal (Decreto-lei número 2.848, de 7 de dezembro de 1940), do Código de Processo Penal (Decreto-lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941), da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei número 3.688, de 3 de outubro de 1941), e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 24 de maio de 1977.

59 BRASIL, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da União*. Brasília, 11 de julho de 1984.

60 BRASIL, Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Altera a Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1º de dez. de 2003.

61 O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) é uma espécie de regime de cumprimento de pena privativa da liberdade cujas regras são mais rígidas que as do regime fechado, podendo ser cumprido em presídios comuns ou em presídios federais.

Cesare Beccaria⁶² (1738-1794), um aristocrata milanês, é considerado o principal representante do iluminismo penal. Sua principal obra, “Dos Delitos e Das Penas”, é considerada a base do direito penal moderno. Aos amantes deste pensador, há certa decepção, pois o mesmo não tenha tantas obras escritas. Com seus 30 anos desistiu do campo criminal, pois há indícios que o mesmo fora perseguido pela igreja católica.

Para Beccaria⁶³, o Estado deveria respeitar o contrato social, onde a população cede os seus direitos para o Estado em troca de proteção coletiva. Para ele, igreja é igreja; Estado é Estado; crime é crime; e pecado é pecado. Não há o que se misturar religião, Estado e direito penal. Ademais, o principal teor de seus livros era uma forma de protesto, onde o mesmo defendia um modelo político criminal recheado de ideias iluministas com base nos Direitos Humanos.

Mesmo com poucas obras, Cesare influenciou todos os sistemas políticos e penais, tratados internacionais, ou seja, seu pensamento, de forma positiva, trouxe consequências em todos os textos legais da época, sendo utilizado como parâmetro até hoje. Por ser mais humanista e agir com base na razão, suas obras tinham como objetivo criticar o sistema penal severo, onde o mesmo defendia que as penas eram utilizadas apenas como caráter severo e não gozavam da razão para delimitar o grau da pena a ser aplicada.

Outro ponto defendido por Beccaria era acerca da igualdade no tratamento dos criminosos responsáveis pelo mesmo crime, isto é, para ele, deveriam ser consideradas as mesmas penas de forma igualitária para aqueles que cometerem o mesmo crime sem distinção de cor, raça, etnia e outros fatores que pudessem ser utilizados para diferenciá-los. Segundo ele, era para serem aplicadas às mesmas penas as pessoas da mais alta categoria e o último dos cidadãos, desde que aja cometido o mesmo delito.

Beccaria acreditava que a pena deveria ter caráter de sanção pelo descumprimento da legislação, e não mera punição de caráter severo. Por conseguinte, o infrator era apenas alguém que não se adaptou às normas estabelecidas em sociedade, necessárias para manter a ordem coletiva.

62 CESARE BECCARIA. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikipédia Foundation, 2022. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Cesare Beccaria&oldid=63196578](https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Cesare+Beccaria&oldid=63196578)>. Acesso em: 14 mar. 2022.

63 BECCARIA, Cesar. OLIVEIRA, Paulo M., MORAES, Evaristo de. *Dos Delitos e Das Penas*. 2º. Ed. Edipo. Disponível em: <https://www.livrosgratis.com.br/ler-livro-online-26498/dos-delitos-e-das-penas>. Acesso em: 13 de mar. 2022.

Em paralelo com o Direito Brasileiro, o juiz é o principal interprete das normas, pretendendo a partir de seu entendimento a aplicação da justiça de modo que não venha contrária a lei e tendo a Constituição vigente como lei suprema. Diante dessa afirmativa, é possível perceber a influencia de Beccaria até os dias atuais.

Vale lembrar que, o nascimento do iluminismo⁶⁴ influenciou significamente as história das prisões. Ademais, trouxe também uma interpretação mais humanitária, causando mudanças no modo de pensar acerca do Direito Penal, bem como as relações interpessoais e, por essa razão, merecem um tratamento digno por serem seres humanos e não mero objeto da sociedade.

2.2 A origem do Sistema Penal no Brasil

O início do sistema penitenciário no Brasil ocorreu por meio da criação da Carta Régia de 08 de julho de 1796, onde a mesma determinava a criação da Casa de Correção da Corte⁶⁵. Entretanto, apenas a sua inauguração se deu em 06 de julho de 1850 no Rio de Janeiro.

No decreto nº 678 de 06 de julho de 1850, determinava que a execução da pena de prisão se dava com o trabalho do preso. No fim do período imperial, foi adotado o sistema penitenciário auburniano, onde o isolamento celular ocorria durante a noite e o trabalho comum durante o dia sob rigoroso silêncio (BRASIL. Decreto nº 8.386, de 14 de janeiro de 1882, arts. 1º e 2º).

O Brasil, até meados do ano de 1830, se baseava nas Ordenações Filipinas⁶⁶, onde seu livro V, deste código, determinava quais crimes e penas deveriam ser aplicadas no Brasil, como por exemplo, o deporto para as galés, penas de morte, penas corporais, dentre outras. Assim, é possível observar que as penas ainda eram relacionadas a castigos físicos sobre os indivíduos.

64 O iluminismo foi considerado um movimento intelectual que defendia o uso da razão e pregava maior liberdade econômica e política.

65 Para mais detalhes: disponível em <http://mapa.an.gov.br/index.php/menu-de-categorias-2/268-casa-de-correcao>. Acesso em 12 de mar. 2022.

66 Para mais detalhes: disponível em <https://www.justificando.com/2018/10/12/das-ordenacoes-filipinas-ao-codigo-criminal-de-1830/>. Acesso em 12 de mar. 2022.

Apesar da primeira casa apropriada para as prisões individuais ter sido inaugurada no fim do século XIX, o Brasil ainda era uma colônia portuguesa, e não havia um código regulamentando as normas e procedimentos de como deveria ocorrer às prisões. Diante disso, só foi possível delimitar as penas de prisão com a elaboração do Código Penal de 1890⁶⁷.

Em virtude da Constituição Federal do Brasil de 1891 ter abolido a pena de morte, as penas perpétuas ou coletivas, a de galés e a de banimento judicial, o Código Penal de 1890 permaneceu com as seguintes sanções: prisão; banimento (desde que importasse em prisão temporária); interdição; suspensão e perda de emprego público e multa; bem como delimitou as prisões em restritivas de liberdade individual com pena máxima de 30 (trinta) anos; prisão celular; prisão com trabalho obrigatório e reclusão.

Atualmente, previsto no artigo 32 do Código Penal de 1940⁶⁸, o Brasil tem-se três tipos de penas: privativas de liberdade, restritivas de direito e de multa. A partir dessa divisão, é possível identificar a distribuição e racionalização com base no grau de infração cometido pelo réu, bem como os critérios para distinção de gênero, idade, grau de periculosidade, índole, antecedentes criminais, reincidência, como uma forma de saber mais sobre os indivíduos e o controle sobre o meio sob qual está inserido.

3 SISTEMA PENAL E SUA APLICABILIDADE

O atual Código Penal Brasileiro de 1940, por meio do seu artigo 59, adotou a chamada teoria unitária, na qual tem como finalidade primordial a retribuição, prevenção e a ressocialização.

Ademais, como preceitua a Lei de Execuções Penais em seu artigo 1º, faz menção à finalidade do processo de execução, tendo por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

67 BRASIL, Decreto nº 847, de 11 de out. 1890. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 11 de out. 1890.

68 BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

Não bastando isso, a maioria penal de 16 (dezesseis) anos poderia acarretar uma superlotação, e incorrendo no risco do menor de se envolver ainda mais no mundo do crime.

A lei é imperativa e pode ser obedecida, pela obediência, pela razão, pela força. Não tendo importância o conflito, seja na paz social, pelos bens de propriedade privado ou público, a CF/88, dispõe nos termos do art. 5º XXXV: "A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito." (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

A ressocialização, mecanismo defendido de forma majoritária, deverá respeitar a individualização da pena, estando o preso em um ambiente prisional digno, tendo, de forma parcial, o cumprimento de sua pena, pois não é o fim dela, dependendo de forma individual de cada um para se tornar eficaz.

O maior óbice da ressocialização está atrelado à quantidade de presos condenados, onde ocorre a superlotação no sistema penitenciário, principalmente em relação a pena privativa de liberdade.

Neste sentido, é essencial que a pena seja acompanhada pela efetivação da ressocialização.

3.1 Finalidade e ação da pena no direito brasileiro

Com o crescimento e expansão do capitalismo ocorreu uma crescente onda na criminalidade, resultado da ineficácia do Estado em conseguir conter tal avanço, responsabilidade essa que ficou nas mãos do direito penal resolver. Esse viés surgiu como uma "resposta à sociedade" para uma falsa tranquilidade. Uma estratégia que visou o remanejamento do poder de punir, buscando torná-lo mais eficaz, mais regular e detalhado. Deu-se mais importância aos delitos econômicos ao passo em que se elevou o limiar da passagem para crimes violentos e reduziu-se o custo econômico da própria pena, que se desligou do poder de forma direta (FOUCAULT, 2001).

O direito penal tem como finalidade proteger os bens jurídicos mais valiosos para a sociedade de forma justa e humana. Dessa forma, para o êxito de sua função, ele trabalha com a cominação, aplicação execução da pena. Porém, a pena não é a finalidade para o direito penal, esta serve apenas como elemento de coerção para a proteção desses bens. Nesse sentido, afirma Batista que "A função do direito de estruturar e garantir determinada

ordem econômica e social, à qual estamos nos referindo, é habitualmente chamada de “função conservadora” ou de “controle social” (BATISTA, 2011, p.21). Esse controle social consiste em:

Não passa da predisposição de táticas, estratégias e forças para a construção da hegemonia, ou seja, para a busca da legitimação ou para assegurar o consenso; em sua falta, para a submissão forçada daqueles que não se integram à ideologia dominante. É fácil perceber o importante papel que o direito penal desempenha no controle social. (CASTRO, 1987 apud BATISTA, 2011, p.22).

A pena ao ser aplicada ela segue *caput* do art. 59 do Código penal, sendo assim o seu rito: primeiro o magistrado deve estabelecer a modalidade de pena aplicável dentre as cominadas – pena privativa de liberdade, multa ou restritiva de direito – quando o tipo penal consignar essa possibilidade: (inciso I) – as penas aplicáveis dentre as cominadas; (inciso II) – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (inciso III) – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (inciso IV) – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. Dessa forma:

No Brasil, tivemos a influência do pensador italiano Alessandro Baratta abordou que não havia como compreender a criminalidade se não ocorresse um estudo da ação do sistema penal, como será definido e quais são suas reações, começando essas análises pelas normas abstratas até as instancias oficiais nesse sentido aquele status social de delinquente será ocasionado pelos efeitos das atividades exercidas nas instancias oficiais do controle social da delinquência.

O réu condenado à pena privativa de liberdade sob regime fechado será recolhido a uma penitenciária e será submetido aos ditames da Lei de Execuções Penais (LEP). Neste sentido refere Salo de Carvalho:

Embora os direitos do preso tenham atingido status constitucional, a estrutura processual (inquisitiva) inviabiliza sua plenitude. A natureza mista (híbrida) representada pela tensão entre jurisdição e administração, aliada ao modelo jurisdicionalizado autoritário normatizado na LEP possibilitou diagnosticar o sistema de execução penal brasileiro como inquisitorial. A inquisitorialidade encontra-se fundamentalmente no processo de submissão do direito processual

penal, genealogicamente garantista e acusatória, às regras e aos procedimentos administrativizados, ou seja, na colisão entre os direitos do apenado e os pressupostos de disciplina e segurança que justificam a ação administrativa. (CARVALHO,2008, p.175).

É por intermédio desse processo que se define o indivíduo como sendo ou não um delinquente. Percebe-se que o cárcere no Brasil, da forma como ocorre – munido com o mais absoluto descaso do Estado e a normalização de sofrimento pela sociedade –, aponta para a implementação de uma espécie de política criminal intencionalmente aplicada com o objetivo de promover a segregação social com relação àqueles grupos sociais que não agradam aos interesses das estruturas e grupos dominantes que se encontram no poder (FLAUZINA, 2008). Dentre o perfil do preso, encontra-se uma discrepante mudança ao analisar cor, renda, idade e escolaridade. É notório o uso da pena como método de segregação racial.

3.2 Perfil da população carcerária no Brasil e crimes praticados

O sistema carcerário brasileiro, de acordo com o Sistema Integrado de Informações Penitenciário⁶⁹ (InfoPen) é disponibilizada 376.669 vagas para 579.423 presos distribuídas em 358 Sistema Penitenciário Federal. O que demonstra um déficit de vagas de 231.062, uma taxa de ocupação de mais de 100%, onde deveria haver 10 encarcerados existem 16. Essa superlotação evidencia as incongruências que se identifica quando se compara o cárcere real e legal.

Segundo os dados apresentados pelo Sistema Integrado de Informações Penitenciário (InfoPen), apresenta cerca de 41% dos presos permanecem em um regime fechado mesmo não tendo uma sentença condenatória, ou seja, a cada dez presos, quatro estão encarcerados sem terem sido julgados e condenados, isso é um resultado da grande lentidão judicial do Estado que contribui para a superlotação, um dos grandes fatores que contribui para um resultado ineficiente do sistema carcerário como método de medida ressocializadora.

⁶⁹ O Infopen é um sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro. O sistema, atualizado pelos gestores dos estabelecimentos desde 2004, sintetiza informações sobre os estabelecimentos penais e a população prisional.

Ao analisar o perfil do encarcerado pela idade, a maior parte da população criminal é composta por jovens com idades entre 18 e 29 anos. Traçando esse perfil por cor, a cada dois encarcerados três são negros, ou seja, 67% são negros. A escolaridade também deixa explícita a seletividade do sistema penal aproximadamente em cada dez presos apenas oito estudaram até o ensino fundamental. Enquanto a média nacional de pessoas é de 50% que frequentaram o ensino fundamental ou o têm incompleto, sendo que apenas 8% da população prisional o concluíram.

Também de acordo com o INFOPEN, 75% dos presos têm até o ensino fundamental completo.

O crime que mais prende no Brasil é o tráfico de drogas (28%), seguido de roubo (25%), furto (13%) e homicídio (10%). Os dados consideram a soma dos detidos já condenados e os que aguardam sentença. O estudo também aponta que 40% dos detentos no Brasil são provisórios, ou seja, ainda não receberam condenação.

A prática de crimes contra o patrimônio, os furtos e roubos são praticados, em sua grande maioria, por indivíduos advindos da base da pirâmide social. Enquanto que os demais crimes que lesam o erário público e que refletem negativamente na sociedade, são praticados pelos detentores do poder político e econômico. No campo do discurso da "defesa social" não passa de mero instrumento legitimador dessa lógica do funcionamento do Sistema Penal, onde quem é condenado e preso é aquele indivíduo etiquetado como criminoso oriundo dos estratos sociais mais baixos, em sua grande maioria e que, mesmo sem saber, se rebela contra a lógica do sistema. Em contrapartida, aqueles que de fato cometem crimes com reflexos socialmente negativos são ignorados pelo sistema penal, por exemplo, os crimes de colarinho branco (BARATTA, 2002, p. 65).

O Poder Judiciário brasileiro recebe todos os impactos dessa política criminal e de seus fundamentos econômicos. No processo de minimização do Estado, está o Judiciário, imobilizado na camisa de força orçamentária tão cara ao FMI, sujeito a perdas e reduções, seja para soluções arbitrais, seja para jurisdições internacionais ou regionais. Perante o desmerecimento do espaço público, qualquer procedimento que possa envolver a responsabilização de um magistrado terá divulgação similar à de uma catástrofe: hoje, no Brasil, aqueles que têm a responsabilidade funcional de velar pelo princípio da presunção de inocência dos cidadãos não desfrutam dessa garantia.

Definitivamente, pretende-se que o Judiciário abandone sua missão, insubstituível para o estado de direito democrático, de conter todo o poder punitivo exercido inconstitucional, ilegal ou irracionalmente, para politizar-se, para ser um complacente espectador da criminalização secundária; para ser, numa palavra, uma espécie de capitão-do-mato dos foragidos da nova economia. Isto seria a ruína do Judiciário, seguida da ruína do estado de direito, com a implantação de um estado policial submisso à nova ditadura financeiro-virtual planetária.

Esses levantamentos deixam evidente como existe uma segregação criada pelo sistema, além disso, é notório a que a ressocialização não acontece, uma vez que os elementos básicos para uma vida digna e justa muitas vezes não são respeitados, com seu respaldo legal na LEP em seu artigo 88 que o detento deverá ser alojado em cela individual, com o mínimo de seis metros quadrados e em ambiente salubre, o que se encontra na realidade da prisão brasileira é o completo oposto do que requer a norma legal. A realidade é totalmente diferente, celas sujas, superlotação, doença, requisitos mínimos para a sobrevivência omissa.

A situação de falência da função reabilitadora da pena, que deveria prevalecer para legitimar o cárcere, é uma situação tão evidente que esse ambiente já há muito tempo é considerada uma espécie de "escola do crime" (MIRABETE, 2008).

Baseando-se nas estatísticas apresentadas, grande maioria dos presos são jovens, bem como, pobres, marginalizados e sem qualquer amparo social, que buscam no esteio da criminalidade um prazer para tais condições. Partindo de um pressuposto que estes jovens ainda tem a oportunidade de um ressocialização, bastando ao Estado o dever de proporcionar os métodos no período do cumprimento da pena, uma educação moral e profissional, de modo que lhes preparam para o regresso na sociedade e entrar no mercado de trabalho.

Nesse sentido, a pena privativa de liberdade possui funções retributivas e especiais, sendo esta última, justamente, a de recuperar o apenado, argumento essencial para sua constitucionalidade. O ponto é que, sendo a função ressocializadora a única justificativa que permite a aplicação de pena sem que se incorra na instrumentalização do corpo humano, uma vez que esta não seja cumprida, se terá, na prática, a mais absoluta incoerência com o Estado Democrático de Direito: a utilização do aparato público para ferir-se profundamente aos direitos fundamentais dos encarcerados (MIRABETE, 2008).

Com base no campo da razão, além de atribuir ao sistema uma função de proteção de bens jurídicos, é necessário atribuir, também, à pena, funções socialmente úteis, tais como prevenção e ressocialização das pessoas que cometem crime (ANDRADE, 1997, p.179). Assim dispõe:

O sistema penal requer a legitimidade, desta forma, uma congruência da sua dimensão operacional em relação à sua dimensão programadora em nome da qual pretende justificá-lo; ou seja, requer não apenas sua operacionalização no marco da programação normativa (exercício racionalizado de poder), mas também O cumprimento dos fins socialmente úteis atribuídos ao Direito Penal e à pena(programação teleológica) do sistema para garantir sua efetivação. (ANDRADE, 1997, p.181).

Ante todo o exposto, pode-se entender que as práticas não discursivas utilizadas pelo Estado que denunciam seu papel omissivo em relação à modificação da realidade de desumanidade da experiência pelos detentos no interior do cárcere parecem, em realidade, expressar nos objetivos institucionais todo o contrário do que dispõe a teoria legal. Ao invés de buscar a ressocialização, o Estado mais parece buscar o encarceramento seletivo de determinados sujeitos (FLAUZINA, 2008).

Foucault (2001) defende que as práticas disciplinares aplicadas no cárcere demonstram não uma repressão que visa à redução da criminalidade, mas sim, uma organização da delinquência que contribui para sua própria manutenção, levando a crer que esse sistema punitivo possui, por trás de seus objetivos explícitos, verdadeira intenção do poder estatal em manter a existência da criminalidade. A manutenção do fenômeno criminal é interessante ao Estado até mesmo porque é através dele que se constrói a figura social do delinquente como o "inimigo da sociedade", dando o poder aos agentes estatais de decidirem aqueles que vão ao cárcere, e legitimando, pela persistência da criminalidade, a manutenção de seu poder punitivo.

Todo esse conjunto de estatísticas e estudo comprova o quão seletivo é o sistema punitivo brasileiro e sua total ineficácia diante do plano real, com a normalização do sofrimento e altos índices de reincidência. Parece ser, portanto, por meio da implementação intencional desse projeto de política criminal que se traduz no cárcere real que, no Brasil, se promove hoje um genocídio seletivo silencioso e continuado (FLAUZINA, 2008). Através de um sistema falido e leis que em nada ajudam na queda do índice de criminalidade.

A própria história brasileira e o histórico evolutivo da pena permitem observar, em muitos episódios, que desde o período colonial, há a presença da seletividade racial nas decisões daqueles sujeitos que detêm o poder.

4 SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL

4.1 Teoria do etiquetamento

A Teoria do Etiquetamento Social⁷⁰ surgiu na década de 1960, nos Estados Unidos, consagrou a Criminologia Crítica e trouxe uma importante abordagem sociológica, analisando o Sistema Penal de forma otimizada, a fim de compreender certos aspectos indispensáveis à verificação da criminalidade e o status social do transgressor. Esboçada por aqueles que constituem a Escola de Chicago, com ajuda dos autores Edwin Lemert⁷¹, Edwin Schur⁷², Howard S. Becker⁷³ e Fritz Sacka, também conhecida por Labeling Approach⁷⁴, teve extrema importância na teoria da criminalidade. A consideração do desvio ou do crime como um comportamento definido por alguém, o controle social e o repúdio ao determinismo e à qualificação do delinquente como um indivíduo “diferente” são aspectos essenciais na teoria do etiquetamento.

A Labeling Approach Theory ou Teoria do Etiquetamento Social é uma teoria criminológica marcada pela ideia de que as noções de crime e criminoso são construídas

70 Para mais detalhes: disponível em <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/322548543/teoria-do-etiquetamento-social>.

71 Edwin M. Lemert (1912-1996), professor de sociologia na Universidade da Califórnia. Mesmo com todos os outros sociólogos da época, Lemert foi capaz de ver como a maioria dos atos sociais são vistos como atos desviantes .

72 Schur estudou ciência política, sociologia e direito na Universidade de Yale e na London School of Economics , onde obteve seu Ph.D. recebeu seu doutorado . Depois de trabalhar em várias universidades americanas, Schur tornou-se professor titular de sociologia na Universidade de Nova York em 1971 .

73

74 Para Hassemer (2005), *o labeling approach* significa enfoque do etiquetamento, e tem como tese central a ideia de que a criminalidade é resultado de um processo de imputação, “a criminalidade é uma etiqueta, a qual é aplicada pela polícia, pelo ministério público e pelo tribunal penal, pelas instâncias formais de controle social” (HASSEMER, 2005, p. 101-102, grifo do autor). “[...] o labeling approach remete especialmente a dois resultados da reflexão sobre a realização concreta do Direito: o papel do juiz como criador do Direito e o caráter invisível do ‘lado interior do ato’”. (HASSEMER, 2005, p. 102).

socialmente a partir da definição legal e das ações de instâncias oficiais de controle social a respeito do comportamento de determinados indivíduos.

Segundo esse entendimento, a criminalidade não é uma propriedade inerente a um sujeito, mas uma “etiqueta” atribuída a certos indivíduos que a sociedade entende como delinquentes. Em outras palavras, o comportamento desviante é aquele rotulado como tal.

Essa teoria surgiu em momento de transição entre a criminologia tradicional e a criminologia crítica, na medida em que passou a preterir o estudo de supostas predisposições à realização de crimes, como defendido por Cesare Lombroso, e aspectos psicológicos do agente em favor de uma análise aprofundada do Sistema Penal como forma de compreender o status social de delinquente. A partir dessa nova concepção, a teoria pauta-se fundamentalmente na análise da ação de forças policiais, penitenciárias, órgãos do Poder Judiciário e outras instituições de controle social, com o objetivo de entender como os rótulos estipulados pela sociedade e aplicados por tais instituições refletem circunstâncias sociais e contribuem para a criação de um estigma de “criminoso” para certos grupos sociais, alterando a própria percepção individual daqueles rotulados.

Os principais postulados do *labelling approach* são:

- 1- Interacionismo simbólico e construtivismo social (o conceito que um indivíduo tem de si mesmo, de sua sociedade e da situação que nela representa, é ponto importante do significado genuíno da conduta criminal);
- 2- Introspecção simpatizante como técnica de aproximação da realidade criminal para compreendê-la a partir do mundo do desviado e captar o verdadeiro sentido que ele atribui a sua conduta;
- 3 - Natureza “definitorial” do delito (o caráter delitivo de uma conduta e de seu autor depende de certos processos sociais de definição, que lhe atribuem tal caráter, e de seleção, que etiquetaram o autor como delinquente);
- 4 - Caráter constitutivo do controle social (a criminalidade é criada pelo controle social);
- 5 - Seletividade e discriminabilidade do controle social (o controle social é altamente discriminatório e seletivo);

6 - Efeito criminógeno da pena (potencializa e perpetua a desviação, consolidando o desviado em um status de delinquente, gerando estereótipos e etiologias que se supõe que pretende evitar. O condenado assume uma nova imagem de si mesmo, redefinindo sua personalidade em torno do papel de desviado, desencadeando-se a denominada desviação secundária.

7- Paradigma de controle (processo de definição e seleção que atribui a etiqueta de delinquente a um indivíduo).

A sociedade é estruturalmente antagônica, estratificada e tem o delito como fruto social. Através da necessidade de interromper o ciclo da criminalidade surgiu a Criminologia para solucionar o acidente social que é o delito.

Ocorreram várias hipóteses para desvendar os mistérios da criminalidade para a sociedade, porém sempre havia algo que não estava de acordo com a observação da realidade, então surgiu a Criminologia Crítica questionando se o sistema penal e o fenômeno do controle eram de fato eficazes para a ressocialização do condenado e quais os efeitos produziam para o mesmo.

A Sociologia Criminal, que contempla o delito como fenômeno social, estudou e aplicou em sua análise diversos marcos teóricos (ecológico, estrutural-funcionalista, subcultural, conflitual, interacionista, etc. As principais teorias nasceram na Escola de Chicago e destacam-se as teorias do processo social que formulam diversas respostas ao fenômeno da criminalidade e sua gênese.

A desigualdade do cidadão nos processos sociais ocasionou as teorias do etiquetamento ou da reação social (*labeling approach*) que ampliou o objeto de investigação criminológica e segundo os teóricos, a desviação e a criminalidade não são entidades ontológicas pré-constituídas, e sim etiquetas que determinados processos de definição e seleção, altamente discriminatórios, colocam em certos sujeitos.

Em razão disso, a criminalização secundária seria a responsável pela estigmatização, pela rotulação e disto surgiriam mais criminalizações, ou seja, a reincidência. Assim, inserido numa subcultura da delinquência, após ser socialmente rotulado e marginalizado, o indivíduo trilharia uma espécie de carreira criminal. Ancorado no conceito de crime e intrínseco a ele está o conceito de criminoso. Como disserta Andrade:

[...] o processo de criação de leis penais que define os bens jurídicos protegidos (criminalização primária), as condutas tipificadas como crime e a qualidade e quantidade de pena (que frequentemente está em relação inversa com a danosidade social dos comportamentos), obedece a uma primeira lógica da desigualdade que, mistificada pelo chamado caráter fragmentário do Direito Penal pré-seleciona, até certo ponto, os indivíduos criminalizáveis. E tal diz respeito, simultaneamente, aos conteúdos e não conteúdos da lei penal. (2003, p. 278).

Por essa ótica, tem-se que o criminoso não é alguém que nasceu para delinquir, como propõe a criminologia positiva, mas simplesmente alguém a quem é atribuída a qualidade – o rótulo – de criminoso pelas instâncias de controle social (ANDRADE, 2003). Dessa forma, os criminosos “[...] não são seres humanos monstruosos, mas pessoas totalmente normais que se encontram em um modo de conduta em razão de processos sociais normais” (ARAÚJO, 2010, p. 108).

Esses fatos demonstram claramente que a pena não ressocializa ninguém e sim estigmatiza, pois não é o fato de ter praticado um crime que torna o sujeito indesejável aos olhos da sociedade, e sim o fato de ter cumprido uma pena. O modelo clássico de justiça encontra-se em crise, então a resposta mais satisfatória ao problema criminal é o Direito Penal Mínimo, pois há um menor custo social.

4.2 Seletividade penal uma afronta ao princípio da igualdade

O processo não apresenta apenas uma característica instrumental. É certo afirmar que, com o advento do Estado Democrático, o processo apresenta uma dupla faceta: instrumental e garantista. O processo é o instrumento, mas por outro lado, é a garantia colocada à disposição das partes para a correta aplicação da lei. Dessa feita, o processo atua como instrumento do poder do Estado, aplicando a lei em face daquele que a viola. De outra feita, protege sempre o interesse público, o direito da personalidade, sobretudo da liberdade e também patrimônio do imputado. O Direito Processual garantístico é o cerne da relação entre o Direito Processual e a Constituição. A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 5º, *caput*, sobre o princípio constitucional da igualdade, perante a lei, nos seguintes termos:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes

no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...].

O princípio da igualdade ou isonomia, é fundamentado no pensamento de que todos os seres humanos, nascem iguais e desta forma devem possuir as mesmas oportunidades de tratamento. Essa preocupação dos revolucionários Franceses, em declarar a igualdade de todos perante a lei, foi assimilada pelas constituições mais modernas, a exemplo da Brasileira, que adota um Estado Democrático de Direito. Portanto, é através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, criada na França que o princípio da igualdade passou a servir de alicerce do Estado moderno, dando assim grande colaboração a todas as constituições modernas. A Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas afirma em seu artigo 1º:

"Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade"

Existem dois tipos de isonomia, sendo elas a formal e outra considerada material. A formal, refere-se à expressão utilizada de que "todos são iguais perante a lei", é a igualdade diante da lei vigente e da lei a ser elaborada, impedindo privilégios a qualquer grupo. E proibindo o tratamento diferenciado aos indivíduos com base em critérios como: raça, sexo, classe social, religião e convicções filosóficas e políticas como consta no artigo 3º inciso IV da Constituição Federal. Enquanto a material, pressupõe que as pessoas inseridas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual, tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades. Servindo de instrumento de concretização da igualdade em sentido formal, para aplica-la ao mundo prático.

O princípio da igualdade prevê a igualdade de aptidões e de possibilidades virtuais dos cidadãos de gozar de tratamento isonômico pela lei. Por meio desse princípio são vedadas as diferenciações arbitrárias e absurdas, não justificáveis pelos valores da Constituição Federal, e tem por finalidade limitar a atuação do legislador, do intérprete ou autoridade pública e do particular. Ela prevê um tratamento isonômico diante das diferenças de cada pessoa, como preceitua Nery:

O princípio da igualdade pressupõe que as pessoas colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual: "Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades". (NERY JUNIOR, 1999, p. 42).

No processo penal o princípio da igualdade se exterioriza e se evidencia pelo tratamento paritário entre a acusação e a defesa. O tratamento igualitário nada mais é do que a garantia das mesmas oportunidades e possibilidades processuais. Porém o caso concreto mostra-se completamente destoante em relação ao princípio da igualdade que preceitua nossa Constituição Federal, com uma punibilidade maior para com aqueles que estão em escala social menor. A todo instante, este princípio é quebrado, violado e conseqüentemente gera na sociedade um sentimento de revolta e impunidade. Assim leciona Alessandro Baratta:

“O Direito Penal, como instrumento do discurso de (re) produção de poder, tende a privilegiar os interesses das classes sociais dominantes, imunizando de sua intervenção condutas características de seus integrantes, e dirigindo o processo de criminalização para comportamentos típicos das camadas sociais subalternas, dos socialmente aliados e marginalizados” (BARATTA, Alessandro, 2002, p. 165).

Porém nos casos concreto esse princípio não é observado, como mostra o mapeamento dos presos no Brasil que demonstra empiricamente a existência de um Direito Penal seletivo e estigmatizante, cujas diferenças de tratamento se fazem presentes ao longo de toda a cadeia de formação e atuação da justiça penal, vale dizer: criação e aplicação desigual das leis.

A decisão legislativa na escolha das condutas a serem taxadas como crimes e no estabelecimento das sanções que serão aplicáveis retrata que os socialmente desfavorecidos são tratados com bem mais rigor pela lei penal. A imensa maioria dos tipos penais previstos na legislação brasileira descreve condutas praticadas pelos estratos sociais mais desfavorecidos e, desta feita, pode-se afirmar que a escolha do legislador condiciona quem exercerá o papel de delinquente.

Impende registrar que não se trata de oposição à criminalização de condutas nocivas à convivência social harmônica e lesiva de bens jurídicos de indiscutível importância. O que se critica é o tratamento desigual, haja vista que condutas também perturbadoras da paz pública, mas cometidas pelas camadas economicamente privilegiadas da sociedade não são taxadas como delituosas e, quando o são, não há a incidência de uma Justiça Penal tão estigmatizante.

O legislador brasileiro selecionou um conjunto de delitos e os tipificou como hediondos. Os crimes assim etiquetados sofrem um tratamento bem mais rígido ao longo de toda a persecução penal. Observa-se que a imensa maioria dos crimes elencados no rol dos hediondos corresponde à criminalidade comum, o que atesta que o sistema penal age

de forma seletiva em face da conflituosidade social. Já houve várias tentativas inexitosas de enquadrar o crime de corrupção na lista dos hediondos. A Lei 13.964 (conhecida como Pacote Anticrime) fez alterações na Lei 8072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) e classificou até mesmo o delito de furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (artigo 155, § 4º-A) como hediondo, porém, mais uma vez, escamotearam-se dessa seleção os crimes usualmente cometidos pelos economicamente mais privilegiados.

Dessa forma, a verdade é que a seletividade atinge aquela camada da população mais frágil, que já possui um estereótipo criado pela própria sociedade, pobres, negros, ou seja, os estratos sociais desprivilegiados. Enquanto que aqueles que não condizem com esse estereótipo, não são tratadas da mesma maneira. Quando o autor da infração pertence às camadas sociais mais baixas, com certeza, a lei será aplicada com todo o rigor. Porém, quando aquele que cometeu o delito pertence às camadas sociais mais elevadas, faz parte de um seletivo grupo social, o tratamento que lhe é dispensado é completamente diferente, fazendo romper com todo o ideal de justiça. Como exemplos têm os crimes de colarinho branco, que causam um dano maior e irreparável para a sociedade, porém os autores desses crimes eventualmente são processados criminalmente, e mais raramente ainda, são punidos e levados ao cárcere, mais uma vez deixando visível a estratificação social na Lei Penal.

5 CONCLUSÃO

Durante muito tempo, a pena passou a ser um instrumento do Estado como uma forma de obter a paz em meio aos conflitos em sociedade. Assim, em muitos casos, eram executadas de forma desproporcional, levando em consideração apenas privação de liberdade e meios de punição severa, enquanto o direito a um julgamento justo e aplicação da pena de forma proporcional ao crime cometido era dispensado.

Tendo em vista o aperfeiçoamento das ideias com a ajuda de vários pensadores e estudiosos, tendo como principal exemplo neste artigo, Cesare Beccaria, tem-se o avanço de um sistema penal mais justo, conforme as regras do devido processo legal, bem como uma pena já prevista em lei, assim como um regime já pré-estabelecido conforme as circunstâncias elementares do crime.

Com o advento do Código Penal de 1940, foi possível delimitar a finalidade primordial da pena em ressocialização, prevenção e retribuição do criminoso. Ademais, o

Estado convoca para si a responsabilidade em ser principal meio para a resolução de conflitos, atuando, portanto, como mediador de violência pelo Estado. Assim, busca-se, a princípio, a manutenção de uma ordem social justa e igualitária em prol da sociedade.

Vale ressaltar que, a Constituição Federal, em seus dispositivos e ensinamentos, coloca os direitos fundamentais como princípio majoritário na defesa de seus indivíduos, bem como a limitação do poder repressivo do Estado. Em seu artigo 5º, acerca do princípio da isonomia, assegura o direito a um tratamento igualitário, pois são todos iguais perante a lei independentemente de qualquer fator.

Contudo, o ordenamento jurídico, cuja há predominância na desigualdade social, é apenas mais um dos meios utilizados para perpetuação desse modelo, onde prevalece essa disparidade de tratamento. Assim, o sistema penal age de forma seletiva contra indivíduos que se encontram em níveis mais baixos na sociedade.

Tendo a realidade sendo noticiada a qualquer momento, é possível observar que a criminalidade está ligada a discrepância diversidade econômica, uma vez que, havendo ou não abismo entre as classes sociais, a economia acaba tendo reflexos importantes na vida em toda a sociedade.

Todavia, a mídia insere na sociedade o sentimento de medo, utilizando os indivíduos renegados pela sociedade, como sendo considerados perigosos, mesmo sem saber que o real motivo por trás disso, pois o sistema penal atua em quase que exclusivamente contra os indivíduos com classe social inferior e conceituados como marginalizados.

Deve-se refletir que boa parte da população carcerária brasileira está reclusa por crimes sem tanta relevância social; enquanto aqueles socialmente privilegiados, cometendo crimes políticos e econômicos, com péssimos reflexos sociais, acabam saindo impunes pelo simples fato do seu status em sociedade.

O desenvolvimento da explanação em tela tem o intuito de reforçar que os grupos de categorias mais baixos, conforme a sociedade entende, sofrem diante da política criminal na ausência de proteção, bem como na dispensa de poder usufruir seus direitos básicos perante a sociedade que se diz ser justa e igualitária.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2003.

BATISTA, Eurico. **DEPEN traça perfil dos presos no Brasil**: maior parte dos presos responde por tráfico e roubo. Disponível em: <https://dp-pa.jusbrasil.com.br/noticias/2141521/depen-traca-perfil-dos-presos-no-brasil#comments>. Acessado em 20 de agosto de 2021.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, Nilo. **Introdução ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

_____. **“Novas tendências do direito penal”**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BONESANA, Cesare Beccaria. **Dos Delitos e Das Penas**. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BRASIL. DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br>. Acessado em 11 de agosto de 2021.

CARPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. vol. 4, São Paulo: Saraiva, 2008.

CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. 2009. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 21. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado: Igualdade Formal e Material.** São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Noemi Santos. O contexto histórico do sistema prisional e o perfil do preso dentro do sistema prisional brasileiro. **Direito Público**, Brasília, 25 jan. 2022. Disponível em: <https://direitopublico.com.br/2022/01/o-contexto-historico-do-sistema-prisional-e-o-perfil-do-preso-dentro-do-sistema-prisional-brasileiro/>. Acessado em: 25 de agosto de 2021.

MAGLIONI, Bruna Peluffo. **A seletividade do sistema penal brasileiro.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-seletividade-do-sistema-penal-brasileiro/>. Acessado em: 16 de agosto de 2021.

NERY JÚNIOR, Nélon. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Volume I, parte geral - Arts. 1º a 120.** 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal.** 3. Ed. rev. E atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical.** Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. **Teoria da pena.** Curitiba ICPC/*Lumen Juris*, 2005.

SANTOS, André Leonardo Copetti *et al.* **Criminalidade Moderna e Reformas Penais: Estudos em Homenagem ao Prof. Luiz Luisi.** 1. Ed. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical.** Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. **Teoria da pena.** Curitiba ICPC/*Lumen Juris*, 2005.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Princípio da igualdade no processo penal. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: **Processo Penal.** Marco Antonio Marques da Silva (coord. de tomo). 1. Ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/445/edicao-1/principio-da-igualdade-no-processo-penal>. Acessado em 15 de agosto de 2021.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. Ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

VALLE, Julia Abrantes. A Seletividade Do Sistema Penal e o Racismo Estrutural No Brasil: A Importância da Perspectiva da Memória no Combate ao Genocídio Racial. **Revista de Direito**, Viçosa, p. 1-34. DOI: doi.org/10.32361/2021130211526.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELL, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: Parte Geral**. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de direito penal brasileiro: Volume 1 – Parte Geral**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SÚMULA VINCULANTE: ENGESSAMENTO DA JUSTIÇA OU COMBATE À MOROSIDADE DO PODER JUDICIÁRIO?

ISOLDA DE PONTES PRADO

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo discutir a utilização da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, considerando-se o aumento do número de processos distribuídos por todo o país ao longo dos anos, que gerou uma morosidade no Poder Judiciário, sendo esse alvo de fortes críticas perante a sociedade. Diante disso, há uma discordância doutrinária no que diz respeito às consequências da aplicação das referidas súmulas, já que uma parte dela defende que esse instituto estaria provocando o chamado "engessamento" da justiça, em contrapartida, a outra parte da doutrina defende que as críticas têm respostas, afirmando que o principal papel das súmulas vinculantes está no fato de que elas contribuem para a celeridade processual.

Palavras-chave: direito constitucional; súmula vinculante; celeridade processual; engessamento do judiciário.

Abstract: This article aims to discuss the use of the binding precedent in the Brazilian legal system, considering the increase in the number of cases distributed throughout the country over the years, which generated a delay in the Judiciary, being this target of strong criticism in front of society. In view of this, there is a doctrinal disagreement with regard to the consequences of the application of the aforementioned precedents, since a part of it argues that this institute would be causing the so-called "casting" of justice, on the other hand, the other part of the doctrine argues that the criticisms have answers, stating that the main role of binding precedents lies in the fact that they contribute to procedural celerity.

Sumário. Introdução. 1. A sistemática da súmula vinculante. 1.1 Aspectos Gerais. 1.2. Aplicação efetiva do instituto. 1.3. Responsabilidade dos magistrados. 2. O principal questionamento: o engessamento do judiciário. 3. A súmula vinculante no combate à morosidade do judiciário. 4. Tendência de abstrativização do controle incidental de constitucionalidade e aplicação de súmula vinculante. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A morosidade da Justiça, já bastante criticada, apresenta-se como uma das enormes mazelas do Poder Judiciário desde o começo do novo século. Sem dúvida, a divergência jurisprudencial, atrelada ao sistema recursal adotado, assim como as diversas

causas repetidas em que a Fazenda Pública figura como parte, vem contribuindo para agravar a famosa “crise da Justiça”.

O aumento da litigiosidade vem sendo percebido por todos, trazendo, como consequência dessa demanda, o crescente índice de distribuições dos processos e o abarrotamento das lides. Isso se deve, em grande parte, à ampliação do acesso à Justiça trazido pela Constituição federal de 1988, que conferiu um extenso elenco de direitos fundamentais.

Resta clara, na verdade, a preocupação do legislador em proteger esses direitos para que os cidadãos pudessem, através do ingresso efetivo nos meios jurisdicionais, buscar a proteção imediata no caso de violação dos direitos.

Dessa forma, com a facilitação do acesso ao Poder Judiciário, os problemas concernentes a quantidade de processos veio à tona, sobrecarregando todas as instâncias judiciais. Sem sombra de dúvidas, o Brasil tem um número bem elevado de processos, em comparação com outros países com características similares, sendo essa situação agravada com o aumento populacional e o não acompanhamento de uma razoável proporção entre a quantidade de juiz por habitante.

O Tribunal de Justiça de Pernambuco - TJPE, por exemplo, conta com 449 (quatrocentos e quarenta e nove) juízes em exercício, mas ainda existem cerca de 200 (duzentos) cargos vagos.

Então, a fim de obter essa proteção judicial e atribuir o que podemos chamar de efetividade com relação à quantidade e qualidade às atividades do Poder Judiciário, houve a inclusão da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, que possui preceitos referentes à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII), à distribuição imediata dos processos (art. 93, XV), à proporcionalidade do número de juízes na unidade jurisdicional (art. 93, XIII), à repercussão geral no recurso extraordinário (art. 102, § 3º), à súmula vinculante (art. 103-A), bem como o Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B).

Assim, a Constituição Federal de 1988 passou a prever, de forma expressa, mais um direito fundamental, positivando assim o princípio da razoável duração do processo.

A súmula vinculante contribui, para grande parte da doutrina, a buscar realizar o comando fixado no art. 5º, LVIII, da Constituição Federal/88, ao lado de tantas outras técnicas.

1.A SISTEMÁTICA DA SÚMULA VINCULANTE

1.1. ASPECTOS GERAIS

Ressalta-se, de início, que a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 introduziu o art. 103-A na Constituição Federal/88, com a previsão do efeito vinculante à súmula de julgamentos oriundos do Supremo Tribunal Federal, tendo como requisito ser a decisão de dois terços dos seus membros, e mesmo assim após ter reiteradas decisões sobre matéria constitucional.

Cumpra-se destacar que, a partir da publicação do enunciado da súmula na Imprensa Oficial, ela terá efeito vinculante em relação à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual, distrital e municipal, bem como em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário.

Como se vê, a vinculação não atinge o Poder Legislativo no exercício de sua função típica de legislar, com o objetivo de não configuração do chamado “inconcebível fenômeno da fossilização da Constituição”, nem tampouco atinge a própria Corte Suprema para que não se inviabilize as possíveis revisões e cancelamentos de ofício, a fim de não prejudicar a adequação da súmula vinculante à evolução social.

1.2. APLICAÇÃO EFETIVA DO INSTITUTO

As súmulas vinculantes ganharam nítido espaço no ordenamento jurídico brasileiro. 75No entanto, apesar da consolidação do referido instituto, muitos estudiosos se apresentaram a favor e outros contra a aplicação delas, expondo suas críticas com as respectivas fundamentações que serão analisadas no decorrer deste trabalho.

É importante esclarecer que, na fase de elaboração a Emenda Constitucional nº 45/04, as discussões se fortaleceram sobre a instituição de uma espécie de precedente vinculativo no ordenamento constitucional do Brasil.

75 BATISTA, Liliâne Maria Busato. A razoável duração do processo. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (Coords.). **Direitos humanos**: fundamento, proteção e implementação. Curitiba: Juruá, 2008, v. 2, p. 401-409.

O poder do STF com relação a edição das súmulas vinculantes é restrito, já que tem que se submeter aos parâmetros e princípios constitucionais, tendo como um dos seus principais objetivos preservar a segurança jurídica, impedir julgamentos diversos sobre o mesmo assunto e diminuir o abarrotamento de processos. 76

Com a elaboração de uma súmula com efeito vinculante, todos os indivíduos na mesma situação jurídica serão protegidos, cabendo aos demais órgãos do Judiciário e à Administração Pública direta e indireta (esferas federal, estadual e municipal) respeitar e cumprir o teor da decisão, fazendo com o que as súmulas vinculantes estabelecem uma aproximação da jurisdição constitucional difuso-concreta em relação à concentrada-abstrata no STF. 77

O autor Gilmar Mendes confirma a referida tese ao afirmar que a aplicação de súmula vinculante em uma situação que envolva a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo diminuirá a força ainda mais o instituto da suspensão pelo Senado. Dessa forma, tem-se o efeito vinculante da súmula. 78

Ainda, sobre esse assunto, o autor Glauco Leite enfatiza que a EC nº 45 realizou, realmente, uma revogação tácita parcial do artigo 52, X, da CF/88, tendo em vista que nos casos das súmulas reconhecerem a inconstitucionalidade em concreto de uma determinada norma, o exercício da competência do Senado Federal consistente na suspensão de sua eficácia será despendido, já que a súmula tem o objetivo de eliminar tal norma do sistema jurídico. 79

A Corte Superior pode de ofício, ou por provocação, rever, editar ou cancelar súmula vinculante, sendo os legitimados aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade, que também são esses que podem propor a ação direta de

76 ROCHA, Eduardo Braga. Em prol da celeridade processual: súmula vinculante. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10577>. Acesso em ago 2015.

77 HERTEL, Daniel Roberto. Aspectos processuais da Emenda Constitucional nº 45. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 13, p. 167-185, abr./jun. 2006.

78 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

79 LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão (Coords.). **Constituição e efetividade constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 99-118. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/33648/eficacia-da-sumula-vinculante-na-celeridade-seguranca-juridica-e-flexibilidade-processual#ixzz3jRzESCwZ>>._Acesso em ago 2015.

constitucionalidade. (art. 103-A, §2º, da CF/88). O procedimento correto para isso obedece, subsidiariamente, além do exposto na CF/88 e na Lei 11.417/2006, ao estabelecido no Regimento Interno do STF, não se admitindo recurso extraordinário para esse objetivo, tampouco o uso da ADI ou da ADPF, já que segue um rito específico e próprio.

É possível que a revisão, cancelamento e edição de súmula vinculante se refira a questão com repercussão geral reconhecida. Nesse caso, poderá ser apresentada por qualquer um dos ministros do STF depois do julgamento de mérito do processo, para deliberação de forma imediata do Tribunal do pleno nessa mesma sessão. Assim, recebendo a proposta, a Secretaria Judiciária registrará ao presidente, no prazo de 5 dias para que ele aprecie, no que diz respeito à adequação formal da proposta. Ressalte-se que nesses casos o relator poderá admitir por decisão que não cabe recurso a manifestação do *amicus curiae*, de acordo com os próprios termos do Regimento do STF.

No que diz respeito à questão de ser preciso reiteradas decisões sobre a matéria, cumpre frisar que as referidas decisões devem adotar o mesmo posicionamento em relação a uma determinada matéria, e não ser aplicada de forma isolada, assim, a orientação deve se mostrar predominante, antes de ser vinculante.

A elaboração da súmula deve criteriosa para não ensejar problemas de interpretação, devendo-se evitar conceitos vagos ou indeterminados, caso contrário perderá o seu principal objetivo que é contribuir com a celeridade processual.

1.3. RESPONSABILIDADE DOS MAGISTRADOS

A lei, ao menos explicitamente, não fixou nenhuma sanção aplicável aos juízes no caso de um possível descumprimento a uma súmula vinculante, garantindo-lhe a liberdade de apreciar os elementos para definir se a conclusão do processo deve ser harmônica ou não com o verbete. 80

Essa liberdade não quer dizer que o magistrado jamais poderá ser responsabilizado em caso do seu descumprimento. É preciso esclarecer que se o desrespeito da súmula for doloso, desproporcional, infundado e reiterado, há quem entenda que poderá caracterizar-se violação aos deveres funcionais, viabilizando-se a abertura do competente procedimento administrativo disciplinar com aplicações das penalidades legais, inclusive.

O Ministro Gilmar Mendes defendeu a adoção das referidas súmulas, especialmente diante do risco da ocorrência de prescrição em função da demora do

80 LENZA, Pedro, **Direito Constitucional Esquematizado**. 18ª ed. rev., atual e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 902.

juízo, e, assim, a consequente impunidade, apesar de ter expressado resistência para a edição das súmulas vinculantes em matéria penal.

2. O PRINCIPAL QUESTIONAMENTO: O ENGESSAMENTO DO JUDICIÁRIO

Como se sabe, no Brasil, a jurisprudência é apenas uma fonte de apoio do direito. Entretanto, para parte da doutrina, a adoção de súmulas vinculantes pode causar inconsistências e dificuldades no funcionamento judicial.

Assim, não são poucas as críticas referentes à adoção dessa medida, tendo como principais: o engessamento do judiciário, o ferimento da tripartição de poderes e a possibilidade de inconstitucionalidade em sua aplicação.

A argumentação acerca do “engessamento” do judiciário, se deve ao fato de que o juiz estaria “preso” ao conteúdo da súmula, quando na verdade ele é livre em suas decisões, desde que devidamente fundamentadas. Dessa forma, ao aplicar apenas o conteúdo das súmulas, o juiz passaria a ser um mero cumpridor de questões objetos de súmulas, constituindo um verdadeiro retrocesso no ordenamento jurídico.

Um dos argumentos contrários se refere ao fato de que a aplicação das súmulas vinculantes conflitaria com o princípio da separação dos poderes (arts. 2º e 60, § 4º, inc. III da CF), cláusula pétrea constitucional, sob o argumento de que, ao interpretar a lei com caráter geral e vinculativo, os Tribunais estariam se imiscuindo na área de competência constitucional do Poder Legislativo. Deste modo, o princípio dos freios e contrapesos, inerente à estrutura tripartite dos poderes harmônicos e independentes entre si (art. 2º CF), estaria seriamente comprometido.

Os críticos argumentam que o juiz, ao exercer função jurisdicional, subordina-se apenas à lei, inexistindo subordinação entre o juiz de primeiro grau e o tribunal a que esteja vinculado, não podendo, dessa forma, o tribunal interferir no livre arbítrio do julgador.

Aduzem, ainda, que, ao vincular o magistrado ao enunciado de uma súmula, estaria o juiz obrigado a decidir de determinada maneira, mesmo que contrário à sua convicção, ferindo, assim, a sua independência. Também, por ter o enunciado sumular um conteúdo genérico e abstrato, ao gozar de força obrigatória, passa a ter eficácia de lei. E, assim sendo, a nova norma constitucional teria atribuído ao STF uma função legislativa que não lhe pertence, ferindo o princípio da separação dos poderes, consagrada no art. 2º da CF/88.

O autor Luís Flávio Gomes, ao se posicionar contrário à súmula vinculante, complementa que, de fato, ninguém pode impor aos juízes qualquer tipo de orientação sobre a qual deve ser a melhor interpretação, tampouco a que será aplicada ao caso concreto. Isso porque é bem comum que um texto legal, com a grande possibilidade de literalidade confusa, permita mais de uma interpretação e, de toda, deve prevalecer nos julgados a que mais se encaixe com os princípios constitucionais, em especial o da razoabilidade. Entretanto, o juiz tem sempre a liberdade de escolha em face do leque de interpretações possíveis. 81

3. A SÚMULA VINCULANTE NO COMBATE À MOROSIDADE DO JUDICIÁRIO

As críticas em face à aplicação das súmulas têm respostas. Primeiramente, é necessário esclarecer que o efeito vinculativo e *erga omnes* das decisões do STF não configura inovação no ordenamento jurídico brasileiro, já que existia no controle abstrato e concentrado de constitucionalidade.

Não há que se falar em engessamento do Judiciário, na medida em que está prevista o cancelamento dos enunciados editados e a revisão das súmulas, sem falar no fato de que a ampliação dos efeitos dessas súmulas vem trazer benefícios para o Poder Judiciário como um todo, no que diz respeito à questão da proliferação das ações judiciais.

Muitos costumam dizer que a súmula vinculante consiste em uma forma indireta de lei. Pois bem. A exposição dos julgados da Corte Suprema concretizados em súmulas externam a interpretação judicial daquele que é, de fato, o maior e mais importante colegiado em relação às questões constitucionais do país. Dessa forma, está se formalizando a interpretação de uma norma em face da CF/88, sendo isso competência do STF.

Essa mesma resposta também serve para afastar a crítica relacionada à ofensa ao devido processo legal, pois uma vez pacificado o tema no STF, as outras ações interpostas em momento posterior seriam uma espécie de aventura jurídica, que, se desprovidas de um fundamento novo, só serviriam para abarrotar o trabalho judicial, prejudicando o número já grande de ações envolvendo situações particularizadas. 82

Quanto ao engessamento do Judiciário, alguns doutrinadores entendem que é a maior preocupação quanto ao instituto da súmula vinculante. Entretanto, a principal defesa

81 GOMES, Luiz Flávio. **Súmula Vinculante**. Mundo Jurídico, São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto155.htm>>. Acesso em julho 2015.

82 TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Efeito Vinculante das decisões do Supremo tribunal federal: uma solução para o Judiciário**. In Revista de Informação Legislativa, Brasília, out./dez 1995, p. 61-68.

da súmula consiste no fato de ela não ser imutável. Isso se deve ao fato de que tanto a emenda constitucional como a sua lei regulamentadora preveem a possibilidade de revisão, com a finalidade de alterar o teor sumulado, ou para invalidar o enunciado.⁸³

É de grande importância destacar que os enunciados de súmula evitariam a insegurança jurídica dos jurisdicionados, até porque quando não se sabe qual o posicionamento dos tribunais há uma sensação de insegurança jurídica, a partir da constatação de que os julgamentos sobre uma mesma matéria podem ser bem diferentes, a depender de qual juiz analise o processo.

A força vinculativa das súmulas não pode abranger, para que não ocorra o temido “engessamento”, o próprio STF, que pode alterar o seu entendimento elucidado em súmula vinculante, através de votação que tenha como requisito o mesmo quórum necessário à sua aprovação inicial, ou seja, 2/3 dos seus membros.

Com isso, objetiva-se exatamente permitir a revogação do precedente. Essa mudança não pode ser só com base de mudança de convicção pessoal ou mudança na composição do Tribunal (o que acontece, normalmente), mas sim com uma mudança, de fato, da compreensão geral sobre o assunto. É necessário, assim, que os juízes afastem interpretações pessoais e passem a manifestarem-se de modo institucionalizado.

Não se pode esquecer que o princípio da separação de poderes não é visto de maneira absoluta, já que todos os poderes possuem inclusive funções atípicas, não sendo prudente afirmar que as súmulas vinculantes ferem o referido princípio, até porque, ainda que tenha força vinculante, não se confundiria em sua totalidade com a atividade típica do Legislativo.

Portanto, é possível perceber que a súmula vinculante, frente aos princípios da ordem processual constitucional, na atual conjuntura do Judiciário, torna-se uma ferramenta de suma importância para acrescentar maior rapidez e melhor racionalização na atividade prestada pelo Judiciário, sem ferir os princípios da isonomia, da segurança jurídica, do contraditório e da ampla defesa, bem como no que diz respeito à independência e à exigência da motivação das decisões, à inafastabilidade da jurisdição e

83 BRAGA, Rafael Cavalcanti de Almeida. **Eficácia da Súmula Vinculante na celeridade, segurança jurídica e flexibilidade processual**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/33648/eficacia-da-sumula-vinculante-na-celeridade-seguranca-juridica-e-flexibilidade-processual#ixzz3jS04fBIE>. Acesso em ago/2015.

ao acesso à justiça, à celeridade, ao duplo grau de jurisdição, ao devido processo legal, e, por sua vez, a própria proporcionalidade.⁸⁴

Quando se está diante de um choque entre dois grandes valores fundamentais que possuem uma mesma hierarquia, parece mais sensata, diante da dura realidade forense, a garantia do princípio da igualdade substancial ou material e a garantia da segurança jurídica, em vez da liberdade sem restrição do juiz nas causas decididas anteriormente e pacificadas no STF, para, assim, tentar desafogar o Judiciário das causas repetidas.

4) TENDÊNCIA DE ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE E APLICAÇÃO DE SÚMULA VINCULANTE

Pela teoria da transcendência dos motivos determinantes, a ratio decidendi, ou seja, os fundamentos determinantes da decisão também teriam efeito vinculante. O STF já chegou a manifestar apreço pela teoria da transcendência dos motivos determinantes na manifestação de alguns Ministros, mas atualmente, a posição pacífica da Corte é no sentido de que não pode ser acolhida.

Segundo a teoria restritiva, adotada pelo STF, somente o dispositivo da decisão produz efeito vinculante. Os motivos invocados na decisão (fundamentação) não são vinculantes.

A reclamação no STF é uma ação na qual se alega que determinada decisão ou ato:

- usurpou competência do STF; ou
- desrespeitou decisão proferida pelo STF.

Não cabe reclamação sob o argumento de que a decisão impugnada violou os motivos (fundamentos) expostos no acórdão do STF, ainda que este tenha caráter vinculante. Isso porque apenas o dispositivo do acórdão é que é vinculante.

Assim, diz-se que a jurisprudência do STF é firme quanto ao não cabimento de reclamação fundada na transcendência dos motivos determinantes do acórdão com efeito vinculante.

⁸⁴ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; LAMY, Marcelo. **Reflexões sobre a súmula Vinculante**. In Reforma do Judiciário analisada e comentada. São Paulo: Editora Método, 2005, p. 295-318.

A abstrativização do controle incidental é também chamada de abstrativização do controle concreto de constitucionalidade. A tendência de abstrativização significa a atribuição de características e efeitos típicos do controle abstrato ao controle concreto ou incidental.

Segundo a doutrina do “stare decisis”, deve ser dado o devido peso aos precedentes judiciais.

Nos países que adotam o sistema da common law, quando um tribunal superior dá uma decisão, esta decisão produz o binding effect (que é semelhante ao efeito vinculante que existe no Brasil).

Atualmente existe uma tendência de aproximação do sistema da “civil law” com o sistema de “common law”. Nos países que adotam a “common law” (como os EUA), essa tendência se verifica com o aumento da quantidade de leis escritas. Nos EUA, por exemplo, há muito mais leis escritas do que na legislação brasileira. Por outro lado, países como o Brasil, que adotam a “civil law”, têm dado maior importância aos precedentes judiciais. Isso tem ocorrido porque os precedentes judiciais trazem a segurança jurídica e isso é desejável para o Direito e para a economia de um país.

Dentro dessa tendência de aproximação dos sistemas, algumas características típicas do controle abstrato são conferidas ao controle incidental.

Com a EC nº 45/2004 (reforma do Poder Judiciário), houve o surgimento de dois novos institutos que caracterizam a tendência de abstrativização. São eles:

(i) Súmula Vinculante (CF, art. 103-A)

O enunciado de súmula com efeito vinculante é a consolidação de um entendimento reiterado, adotado pelo Supremo Tribunal Federal, sobre matéria constitucional.

Esse enunciado de súmula pode ser comum, ou ele pode ter efeito vinculante, quando a matéria tratada for constitucional.

O enunciado de súmula com efeito vinculante revela essa tendência porque essas diversas decisões proferidas pelo STF são oriundas do controle difuso incidental. Isto

porque, nos casos de controle concentrado abstrato basta uma decisão para gerar a força erga omnes e vinculante.

Em outras palavras, o Supremo atribui eficácia vinculante (efeito do controle abstrato) a um entendimento surgido no julgamento de várias decisões proferidas em sede de controle difuso incidental.

(ii) Requisito da repercussão geral para admissibilidade do Recurso Extraordinário (CF, art. 102, § 3º)

O Recurso Extraordinário sempre foi instrumento típico de controle difuso-incidental, ou seja, instrumento típico do processo constitucional subjetivo. Assim sendo, o Recurso Extraordinário (RE) sempre teve o objetivo de assegurar direitos subjetivos.

A partir da EC nº 45/2004, a visão sobre o RE foi alterada. Hoje, o principal requisito para ele ser admitido não é a violação a interesses subjetivos, mas sim a repercussão social, econômica, política ou jurídica da violação (binômio: transcendência x relevância).

Em outras palavras, o que faz o RE ser admitido não é o fato de haver uma efetiva violação ao direito subjetivo, mas o fato de aquele tema interessar à sociedade como um todo.

O RE, para ser admitido, deve demonstrar que a questão discutida transcende o interesse das partes envolvidas, ou seja, o instrumento que antes era típico do controle incidental passa a ter uma característica do controle abstrato (demonstração que o interesse ultrapassa o interesse das partes envolvidas no processo).

A partir do CPC/2015, houve mudanças para reforçar a vinculação dos precedentes.

Deve haver uma mudança cultural em relação à importância dos precedentes, mas a legislação brasileira já dá forte peso aos precedentes.

CPC, art. 525, §12: "Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso."

Uma decisão dada em controle difuso que, em princípio, seria apenas decisão para as partes envolvidas, a partir do disposto no art. 525, §12 do CPC, passa a tornar a obrigação inexigível mesmo que a decisão tenha sido dada em outro processo com partes diversas. Esse dispositivo foi um dos fundamentos utilizados pelo Ministro Gilmar Mendes para defender a abstratização das decisões proferidas pelo STF no controle difuso, ou seja, para que os efeitos do controle difuso sejam os mesmos que os efeitos da decisão em controle concentrado. Isto porque se em ambos a declaração da inconstitucionalidade torna inexigível a obrigação, significa que o legislador está sinalizando que os efeitos do controle difuso ultrapassa as partes envolvidas no processo.

CPC, art. 927: Os juízes e os tribunais observarão:

- I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II – os enunciados de súmula vinculante;
- III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados [eficácia horizontal].

Observações (art. 927, III, do CPC): embora o CPC fale em incidente de assunção de competência, resolução de demandas repetitivas e julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, a rigor, qualquer decisão do STF ou do STJ deve ser observada pelos tribunais inferiores.

Se os juízes ou tribunais não respeitam as decisões dos tribunais superiores, isso gera insegurança jurídica e, finalmente, o entendimento individualizado acabará sendo reformado nas instâncias superiores.

O respeito às decisões dos tribunais superiores não cria obstáculos à mudança dos precedentes, já que a mudança de circunstâncias fáticas ou jurídicas pode justificar uma nova análise do entendimento até então firmado.

Importante a seguinte observação (art. 927, V, do CPC): o disposto no art. 927, V, do CPC, revela a eficácia vinculante horizontal, ou seja, dentro do próprio tribunal. Assim, os juízes e membros de tribunais devem observar a eficácia vertical do precedente e a eficácia horizontal, sendo que esta última se refere à obrigação de respeitar os precedentes do próprio tribunal.

Outros dispositivos do CPC que relevam essa tendência de abstrativização das decisões proferidas em controle difuso ou incidental são os arts. 332 e 932.

CPC, art. 332: Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

- I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça
- II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;
- IV – enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

CPC, art. 932: Incumbe ao relator:

- I – negar provimento a recurso que for contrário a:
 - a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
 - b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
 - c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;
- II - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:
 - a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

•Âmbito jurisprudencial

No âmbito da jurisprudência, é possível verificar a tendência de abstrativização em algumas decisões paradigmáticas:

(i) RE 197.917/SP

No RE 197.917 discutia-se uma lei de um município do estado de São Paulo que tratava do número de vereadores da cidade e a proporção da população municipal.

O STF e o TSE adotam o entendimento de que os dispositivos previstos na CF/1988 que se referem ao número de vereadores estabelecem um critério objetivo, mas cada município deve definir o número de vereadores, dentro do limite constitucional, de forma proporcional ao número de habitantes da cidade.

Ocorre que, diante da previsão do art. 29, IV da CF, os municípios definiam o número máximo de vereadores cabível para o município. O STF, diante desta postura, declarou a lei de um município do estado de São Paulo inconstitucional.

A decisão dada no RE 197.917, em tese, valeria apenas para o município envolvido. Entretanto, alguns ministros se manifestaram no sentido de que a decisão teria efeito transcendente e seria válida para todos os municípios brasileiros.

Assim, embora se tratando de um RE os efeitos da decisão transcederam ao caso concreto, sendo de observância obrigatória para todos os municípios brasileiros, ganhando então efeitos erga omnes e vinculante, como nos casos de controle concentrado abstrato.

(ii) MI 708

No MI 708 foi discutido o direito de greve dos servidores públicos.

O mandado de injunção é instrumento de processo constitucional subjetivo, voltado a assegurar direitos previstos na CF/1988 que necessitam de norma regulamentadora, quando há omissão do poder responsável pela regulamentação.

Embora o mandado de injunção individual seja instrumento de proteção de direitos subjetivos (com efeitos inter partes), no MI 708 o STF conferiu efeito erga omnes ao mandado de injunção.

No MI 708 o STF determinou que fosse aplicada aos servidores públicos a legislação do direito de greve da iniciativa privada. A decisão proferida foi válida para todos os servidores públicos (e não somente para os servidores que ingressaram com a ação).

Mais uma vez foi proferidos efeitos erga omnes (efeito típico do controle concentrado abstrato) a uma decisão proferida em controle difuso incidental.

(iii) Rcl 4.335/AC

A Rcl 4.335 tinha como objeto uma decisão proferida pelo STF no HC 82.959, em que o STF declarou inconstitucional o dispositivo da lei dos crimes hediondos que vedava, em abstrato, a progressão do regime de cumprimento de pena.

Na Rcl 4.335 prevaleceu o entendimento do Ministro Teori Zavascki, o qual defendeu que a decisão não teria efeitos erga omnes e vinculantes (como na ADI), mas teria eficácia expansiva, pois a decisão ultrapassava os limites do julgamento em que foi proferido.

Em que pese a decisão ter sido tomada em um processo subjetivo (HC), o Supremo declarou que as decisões teriam efeitos “ultra partes” (eficácia expansiva), sendo então de observância obrigatória pelos juizes e tribunais.

(iv) ADI 3.406/RJ e ADI 3.470/RJ

No fim de 2017, no julgamento das ADIs 3.406 e 3.470, o STF adotou o entendimento de que os efeitos no controle difuso-incidental deveriam ser os mesmos do controle concentrado-abstrato.

Nessas duas ADIs, o STF adotou o entendimento de que, para evitar anomias e fragmentações na unidade, seria necessária a equalização desses efeitos.

Se uma lei ou ato normativo é declarado inconstitucional pelo STF, incidentalmente, ou seja, em sede de CONTROLE DIFUSO, essa decisão, assim como acontece no controle abstrato, também produz eficácia erga omnes e efeitos vinculantes.

O STF passou a acolher a teoria da abstrativização do controle difuso.

Assim, se o Plenário do STF decidir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ainda que em controle difuso, essa

decisão terá os mesmos efeitos do controle concentrado, ou seja, eficácia erga omnes e vinculante.

Houve mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88. A nova interpretação deve ser a seguinte: quando o STF declara uma lei inconstitucional, mesmo em sede de controle difuso, a decisão já tem efeito vinculante e erga omnes e o STF apenas comunica ao Senado com o objetivo de que a referida Casa Legislativa dê publicidade daquilo que foi decidido. STF. Plenário. ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, julgados em 29/11/2017 (Info 886).

Cumprе ressaltar a importância de não confundir abstrativização do controle difuso (adotada pelo STF) com a teoria da transcendência dos motivos determinantes (não admitida pelo STF).

O STF não admite a “teoria da transcendência dos motivos determinantes”.

Segundo a teoria restritiva, adotada pelo STF, somente o dispositivo da decisão produz efeito vinculante. Os motivos invocados na decisão (fundamentação) não são vinculantes.

A reclamação no STF é uma ação na qual se alega que determinada decisão ou ato:

- usurpou competência do STF; ou
- desrespeitou decisão proferida pelo STF.

Não cabe reclamação sob o argumento de que a decisão impugnada violou os motivos (fundamentos) expostos no acórdão do STF, ainda que este tenha caráter vinculante.

Isso porque apenas o dispositivo do acórdão é que é vinculante.

Assim, diz-se que a jurisprudência do STF é firme quanto ao não cabimento de reclamação fundada na transcendência dos motivos determinantes do acórdão com efeito vinculante. STF. Plenário. Rcl 8168/SC, rel. orig. Min. Ellen Gracie, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 19/11/2015 (Info 808). STF. 2ª Turma. Rcl 22012/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, red. p/ ac. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 12/9/2017 (Info 887).

CONCLUSÃO

A súmula vinculante surgiu através da chamada Reforma do Judiciário, mostrando-se totalmente constitucional, havendo, inclusive previsão de cancelamento e edição dos enunciados.

Ainda, há que se respeitar os requisitos do art. 2º, §1º, da Lei nº 11.417/06, que prevê que o enunciado da súmula tenha por objeto normas acerca das quais haja uma controvérsia atual que gere uma seria insegurança jurídica e, com isso, propicie o surgimento de muitos processos sobre a mesma questão.

Os ataques contra a adoção das súmulas vinculantes se baseiam nos argumentos de violação aos seguintes princípios: tripartição dos poderes, juiz natural e sua independência judicial, bem como de engessamento da justiça.

Em contrapartida, há argumentos levantados a favor da implementação das súmulas vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: combate à morosidade do Poder Judiciário, respeito ao princípio constitucional da segurança jurídica e isonomia.

Ressalta-se que diante do fato de que a súmula vinculante não retirou o Judiciário do modelo burocrático e atrasado, até porque ela não ataca diretamente a causa, seria necessário também a adoção de medidas outras a fim de alcançar a celeridade e efetividade das decisões judiciais em detrimento do engessamento da justiça e da afronta à independência judicial como ampliação do número de juízes, incentivo ao aperfeiçoamento dos magistrados, assim como implantação de formas alternativas de solução dos conflitos, para serem utilizadas juntamente com a aplicação das súmulas vinculantes.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil anotada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BATISTA, Liliane Maria Busato. A razoável duração do processo. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (Coords.). **Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação**. Curitiba: Juruá, 2008, v. 2, p. 401-409.

BRAGA, Rafael Cavalcanti de Almeida. **Eficácia da Súmula Vinculante na celeridade, segurança jurídica e flexibilidade processual.** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/33648/eficacia-da-sumula-vinculante-na-celeridade-seguranca-juridica-e-flexibilidade-processual#ixzz3jS04fBIE>. Acesso em ago/2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; LAMY, Marcelo. **Reflexões sobre a súmula Vinculante.** In Reforma do Judiciário analisada e comentada. São Paulo: Editora Método, 2005, p. 295-318.

Gomes, Luiz Flávio, **Súmulas Vinculantes, Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, nº 1296, 18.01.2007, acesso em 16.05.2015, às 06:16 (UTC -3) disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9402>. Acesso em ago 2015.

HERTEL, Daniel Roberto. Aspectos processuais da Emenda Constitucional nº 45. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 13, p. 167-185, abr./jun. 2006.

LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão (Coords.). **Constituição e efetividade constitucional.** Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 99-118. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/33648/eficacia-da-sumula-vinculante-na-celeridade-seguranca-juridica-e-flexibilidade-processual#ixzz3jRzESCwZ>>. Acesso em ago 2015.

LENZA, Pedro, **Direito Constitucional Esquemático.** 18ª ed. rev., atual e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROCHA, Eduardo Braga. Em prol da celeridade processual: súmula vinculante. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10577>. Acesso em ago 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA, Luiz Henrique Boselli de, **Aplicação constitucional da Súmula Vinculante**, in Castardo, Hamilton Fernando, Canavezzi, Gustavo Escher Dias & Niaradi, George Augusto, Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Prof. Dr. Sérgio Resende de Barros, Campinas: Millennium Editora, 2007, PP. 161-177.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Efeito Vinculante das decisões do Supremo tribunal federal: uma solução para o Judiciário**. In Revista de Informação Legislativa, Brasília, out./dez 1995.

PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO MEIO AMBIENTE E A LOGÍSTICA REVERSA NA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS

ORLANDO CASTRO PANTOJA:
graduando do Curso de Direito da
Universidade Federal do Amazonas
(UFAM).

RESUMO: O direito internacional busca a cooperação entre os países, e ao longo do século XX preocupou-se em debater e elaborar tratados para preservar o meio ambiente e diminuir os impactos causados pelo homem. O Brasil, somente em 2010, publicou lei sancionando sobre resíduos sólidos. O presente artigo busca uma reflexão histórica sobre as principais Conferências que trataram o tema meio ambiente. Avaliar-se-á como o Constituinte abordou a temática, e por último, forçar-se-á na análise de como a logística reversa está configurada na Política Nacional de Resíduos Sólidos.

Keywords: Logística reversa; Política nacional de resíduos sólidos

ABSTRACT: International law seeks cooperation between countries, and throughout the 20th century it was concerned with debating and drafting treaties to preserve the environment and reduce the impacts caused by man. Brazil, only in 2010, published a law sanctioning solid waste. This article seeks a historical reflection on the main Conferences that dealt with the theme of the environment. It will be evaluated how the Constituent approached the theme, and finally, it will focus on the analysis of how reverse logistics is configured in the National Solid Waste Policy.

Keywords: Reverse Logistics; National Solid Waste Policy

Sumário: 1. Introdução – 2. Proteção internacional do meio ambiente. 3. O meio ambiente na Carta Magna. 4. A Política Nacional de Resíduos Sólidos. 5. A logística reversa. 6. Considerações finais 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo busca fazer breve abordagem sobre como o direito internacional tratou a questão do meio ambiente durante o século XX, pontuando as principais conferências e tratados que contribuíram para que os países revisassem seus

regramentos internos. Num segundo momento, pontuaremos sobre como a Constituição Federal aborda a questão ambiental, em seguida apresentaremos a Política Nacional de Resíduos Sólidos, chegando até o foco central do presente estudo, a logística reversa, desvelando como ela está configurada na Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS, abordando ainda sobre o Decreto n.º 10.936/2022 que regula a PNRS, expondo exemplos de aplicação de logística reversa.

2. PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO MEIO AMBIENTE

O direito internacional surgiu com o intuito de organizar e facilitar a convivência dos diversos membros da sociedade internacional. Com o nascimento da Liga das Nações, em abril de 1919, as relações internacionais foram impulsionadas e posteriormente em 1945, passaram a ser conduzidas pela Organização das Nações Unidas.

Um dos objetivos do direito internacional é regular a cooperação internacional, traçando as linhas gerais para se atingir objetivos comuns entre os Estados, preocupando-se sempre em abordar problemas globais, dentre eles a proteção ao meio ambiente. Tal preocupação quanto à proteção ao meio ambiente advém da enorme degradação ambiental, que sobrevém a todos os Estados-nações.

Visando um termo em comum, os países podem buscar a elaboração de tratados internacionais, como convenções, convênios, acordos, protocolos ou pactos, com o objetivo de construir regras e obrigações que serão assumidas pelos Estados signatários.

Fazendo um breve histórico sobre o direito internacional do meio ambiente, tivemos em 1972, a realização da Conferência em Estocolmo, que discutiu questões ambientais globais. Desta conferência os países não saíram em acordo, levando à realização do Relatório de Brundtland, em 1987, o qual advertiu sobre a maneira de exploração dos recursos naturais. Posteriormente, em 1992, foi realizada no Rio de Janeiro a Conferência ECO-92, onde o termo desenvolvimento sustentável foi desenvolvido e defendido.

Em 1997, no Japão na cidade de Kyoto, foi elaborado Protocolo de Kyoto, acordo ambiental fechado durante a 3ª Conferência das Partes da Convenção das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, pretendendo-se reduzir a quantidade de poluentes do ar atmosférico para combater o efeito estufa. O tratado estabelecia objetivos para os países desenvolvidos e em desenvolvimento, os quais se comprometeram a reduzir suas emissões totais.

Em 2012, o Brasil foi novamente sede de conferência, agora a RIO+20 - Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, onde o Brasil propôs a discussão de 10 propostas, entre elas - produtos, inovação para a sustentabilidade (novas tecnologias menos poluentes) e vida, ajuste da pegada ecológica à capacidade de regeneração do planeta.

3. O MEIO AMBIENTE NA CARTA MAGNA

Com o breve histórico abordado, passamos a desenvolver sobre a questão ambiental no direito brasileiro. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88 traz em seu Art. 225, caput, que:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito. Esse direito é titularizado por todos, e o legislador na classificação dos bens públicos, o enquadrado como um bem de uso comum do povo. A Constituição inovou ao estabelecer uma distribuição de responsabilidade entre as gerações, pois as do presente não poderão utilizar o meio ambiente sem pensar no futuro das gerações posteriores, pois a preservação ambiental intrinsecamente estará atrelada à futura qualidade de vidas das gerações vindouras.

Outro ponto importante pontuado na Carta Magna é que ao falar-se em proteção ao meio ambiente, não significa impor limites e/ou barreiras ao progresso econômico, pois os dois não são conceitos antagônicos.

Além do CAPÍTULO VI, DO MEIO AMBIENTE, a Constituição também garante a proteção ambiental nos casos de anulação de ato lesivo ao meio ambiente (Artigo 5º, LXXIII), proteger paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (Art. 23º, III), competência legislativa concorrente sobre florestas, caça, pesca, responsabilidade por danos ao meio ambiente (Art. 24º), proteção do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (Artigo 123, III).

4. A POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS

Valery, Gestoso, Foignet e Danewsky (apud FERREIRA, 2016) afirmam que o direito internacional privado consiste em "um sistema de regras jurídicas coligadas sob a proteção do Direito Internacional, aplicáveis às relações de ordem privada entre nacionais, que têm seu nascimento na esfera dos movimentos internacionais". Tendo esse conceito em mente, somado ao histórico de conferências e tratados sobre meio ambiente abordados no tópico 2, mais a Constituição de 1988, demorou-se longos 19 anos para o Brasil aprovar o Projeto de Lei n.º 203/1991, o qual resultou na publicação da Lei n.º 12.305/2010, que dispõe sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS, instituída pela Lei n.º 12.305, de 02 de agosto de 2010, foi criada para regular o gerenciamento ambientalmente adequado dos resíduos sólidos produzidos pelo homem. Tal lei tem como objetivo trazer as coordenadas para que União, Estados, Municípios e particulares fiquem cientes de seus papéis na gestão integrada dos resíduos sólidos gerados.

A PNRS surge para garantir uma gestão descentralizada e democrática, onde todos os envolvidos podem e devem participar para que a Política seja desenvolvida. O Art. 10 da PNRS regula que:

Art. 10. Incumbe ao Distrito Federal e aos Municípios a gestão integrada dos resíduos sólidos gerados nos respectivos territórios, sem prejuízo das competências de controle e fiscalização dos órgãos federais e estaduais do Sisnama, do SNVS e do Suasa, bem como da responsabilidade do gerador pelo gerenciamento de resíduos, consoante o estabelecido nesta Lei.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos faz incentivo ao uso de tecnologias limpas, onde temos elencados no Art. 7º diversos objetivos, tais como: reutilização e reciclagem e tratamento de resíduos sólidos (inciso II), adoção, desenvolvimento e aprimoramento de tecnologias limpas como forma de minimizar impactos ambientais (inciso IV), incentivo à indústria da reciclagem (inciso VI), cooperação técnica e financeira do Poder Público e setor empresarial para gestão integrada de resíduos sólidos (inciso VIII), prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, para produtos reciclados e recicláveis (inciso XI), incentivo ao desenvolvimento de sistemas de gestão ambiental e empresarial voltados para a melhoria dos processos produtivos e ao reaproveitamento dos resíduos sólidos (inciso XIV).

5. A LOGÍSTICA REVERSA

O Decreto nº 10.936, de 12 de janeiro de 2022, que regulamenta a lei nº 12.305/2010, criou a obrigatoriedade da logística reversa, firmando em seu Art. 13º que:

a logística reversa é instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado pelo conjunto de ações, de procedimentos e de meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada.

Pela PNRS, incube aos comerciantes e distribuidores o dever de dar destino final aos produtos, devendo facilitar ao consumidor a coleta e devolução dos produtos e embalagens.

A PNRS em seu Art. 8º, III, apresenta como um dos instrumentos para efetivação da Política “a coleta seletiva, os sistemas de logística reversa e outras ferramentas relacionadas à implementação da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos”. Dentro do conceito de responsabilidade compartilhada, a logística reversa tem por finalidade completar o ciclo produtivo, pois o fabricante deve, após dispor seu produto à sociedade, recolhê-lo para correta destinação final – reaproveitamento ou descarte final para a não poluição do meio ambiente.

O Art. 33 da PNRS normatiza justamente sobre a obrigação da logística reversa, pois assim como o fabricante empenha esforços para levar seu produto até o consumidor final, tal esforço deve ser implementado para que o resíduo volte ao fornecedor para que o meio ambiente não sofra consequências advindas de poluentes de tais produtos:

Art. 33. São obrigados a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, mediante retorno dos produtos após o uso pelo consumidor, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de:

I - agrotóxicos, seus resíduos e embalagens, assim como outros produtos cuja embalagem, após o uso, constitua resíduo perigoso, observadas as regras de gerenciamento de resíduos perigosos

previstas em lei ou regulamento, em normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama, do SNVS e do Suasa, ou em normas técnicas;

II - pilhas e baterias;

III - pneus;

IV - óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens;

V - lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista;

VI - produtos eletroeletrônicos e seus componentes.

Os artigos 3º e 4º do Decreto n.º 10.936/2022 tratam sobre a responsabilidade compartilhada na logística reversa. Os cidadãos que consomem os produtos fabricados pelas indústrias, devem ter responsabilidade compartilhada, se forem estabelecidos sistemas de coleta por parte dos municípios e empresas. Assim, se estes dois últimos colocarem em prática, o cidadão deve entregar os resíduos sólidos nos pontos/estabelecimentos instalados para tais fins.

Ainda é muito incipiente a disponibilização de mecanismos de recolhimento dos resíduos sólidos como pilhas e baterias, lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista e de produtos eletroeletrônicos e seus componentes. Para citarmos exemplo, alguns supermercados dispõem de coletor de baterias e pilhas, mas a pouca oferta acarreta em descarte no lixo comum doméstico.

O Decreto n.º 10.936/2022 no Art. 14, § 2º, I, aduz da possibilidade de ser utilizado para a logística reversa a compra do produto e/ou embalagem a ser descartado através de postos a serem implementados pelos fabricantes: “§ 2º Na implementação e na operacionalização do sistema de logística reversa, poderão ser: I - adotados procedimentos de compra de produtos ou de embalagens usadas”.

A institucionalização da compra do resíduo nas empresas, caso essas aderissem de fato, ajudaria tanto o meio ambiente, quanto os consumidores, que de alguma forma teriam um retorno financeiro (cashback) com os resíduos. No Brasil ainda é muito incipiente tal abordagem como política para logística reversa.

Há iniciativas, como exemplo no Estado do Acre, onde moradores podem levar ao supermercado (um único no Município de Marechal Thaumaturgo-AC) materiais

reciclados e trocar por alimentos (Catraca Livre, 2017). Outro exemplo que podemos citar são empresas varejistas que aceitam aparelho celular usado para conceder desconto na aquisição de um novo. Mas tais descontos muitas vezes são ínfimos, que os consumidores acabam por optarem por vender a terceiros ou ao próprio descarte na lixeira comum doméstica, do que usá-lo para obter descontos.

Ainda sobre a problemática dos aparelhos celulares, podemos ver que este ramo do mercado deveria ter mais responsabilidade quanto a logística reversa de tais produtos eletrônicos, pois segundo reportagem do Portal Olhar Digital, para o ano de 2022, são esperados a venda mundial de 1.430 bilhões de novos aparelhos celulares. Com este mercado ocorre uma outra problemática, que acaba afetando a logística reversa e o descarte correto destes resíduos, que é a obsolescência programada, que Cornetta (2016, p. 50-51, apud ZEFERINO, 2020, p. 296) conceitua como,

A redução da vida útil do produto mediante o uso de artifícios ou uso de materiais de menor durabilidade; a redução da vida útil do produto pela impossibilidade de realização de manutenção, seja pela ausência de peças para reposição ou assistência técnica, seja pela incompatibilidade entre componentes antigos e novos, incluindo softwares e suas atualizações, ou pela ausência de consumíveis, acessórios, produtos associados ou relacionados com o produto principal; introdução de produtos ou outras condições no mercado como fatores psicológicos, mercadológicos, tecnológicos, funcionais ou outra forma de persuasão, fazendo com que o produto funcional em posse do consumidor seja menos desejável; redução do prazo de validade ou do número de vezes de uso do produto sem qualquer razão científica.

O Poder público pode realizar convênios com as indústrias (fabricantes e comerciantes) para facilitar a responsabilidade compartilhada durante todo o ciclo de vida do produto. O Art. 10 c/c § 3º do Art. 14 do Decreto n.º 10.936/2022, estabelecem que tanto na logística reversa quanto no sistema de coleta seletiva deve-se dar preferência por cooperativas ou associações de catadores de materiais reutilizáveis. Os municípios, pelo Art. 37 do mesmo Decreto, ficam incumbidos de fazer essa ligação entre cooperativas e empresas para coleta dos resíduos sólidos.

Para incentivar a participação de todos os atores interessados na correta destinação dos resíduos sólidos, o Plano Nacional de Resíduos Sólidos preconiza a educação ambiental como fundamental para tal gestão. Assim, as ações educativas devem ser incentivadas e promovidas para que fabricantes, consumidores e todos os demais envolvidos estejam cientes do dever de cada um no ciclo de vida do produto. Tal abordagem está prevista no *caput* do Art. 82 do Decreto n.º 10.936/2022:

Art. 82. A educação ambiental na gestão dos resíduos sólidos é parte integrante da Política Nacional de Resíduos Sólidos e tem como objetivo o aprimoramento do conhecimento, dos valores, dos comportamentos e do estilo de vida relacionados com a gestão e o gerenciamento ambientalmente adequado dos resíduos sólidos.

Entendemos que todos são responsáveis pela preservação do meio ambiente, e no tocante à parte da logística reversa presente na PNRS, é de extrema importância que todos os interessados compreendam seu devido papel, e que cobremos do Estado, indústrias e de cada cidadão, que todos cumpram seu papel para enfrentarmos a questão dos resíduos sólidos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A logística reversa é um conceito contemporâneo que, como vimos, precisa ser colocado mais ativamente em prática, pois o mercado não pode ver os consumidores apenas como uma sociedade de consumo insaciável, mesmo porquê sabemos que os recursos são finitos. A indústria, fornecedores e mercado devem exercer seu papel para cumprir o ciclo final do produto – o seu correto descarte ou seu reuso ou ainda reciclagem.

Práticas já existentes de logística reversa podem e devem ser louvadas, pois mostram o interesse e empenho das organizações para com o nosso meio ambiente. Mas não podemos nos contentar com as poucas práticas efetuadas por poucas empresas. Devemos cobrar do Estado e das empresas que a Política Nacional de Resíduos Sólidos seja efetivada, que seja cumprida, pois assim estaremos resguardando nosso meio ambiente, preservando-o às futuras gerações.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 abr. 2022.

_____. **Decreto nº 10.936, de 12 de janeiro de 2022**. Regulamenta a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10936.htm>. Acesso em 24 de abril de 2022.

_____. **Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em 24 de abril de 2022.

FERREIRA, Adriano Fernandes. **Elementos de Direito Internacional Privado**. São Paulo: PER JURIS, 2016.

Supermercado no Acre troca material reciclável por comida. Catraca Livre, 2017. Disponível em: <<https://catracalivre.com.br/geral/sustentavel/indicacao/supermercado-no-acre-troca-material-reciclavel-por-comida/>>. Acesso em 22 de abril de 2022.

Varejo pode vender mais de 1,4 bilhão de smartphones em 2022. Olhar Digital, 2022. Disponível em: <<https://olhardigital.com.br/2022/01/09/pro/varejo-pode-vender-mais-de-14-bilhao-de-smartphones-em-2022/>>. Acesso em 22 de abril de 2022

ZEFERINO, M. A. P. Obsolescência Programada: Proposta de Controle Jurídico para mitigação de sua prática face aos preceitos ambientais da Política Nacional dos Resíduos Sólidos. **Revista Reflexão e Crítica do Direito**, [S. l.], v. 8, n. 1, p. 279–305, 2020. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/rcd/article/view/2329>. Acesso em: 27 abr. 2022.

VIOÊNCIA DOMÉSTICA E AS MEDIDAS PROTETIVAS

RAQUEL RIBEIRO RODRIGUES NOBRE:

Bacharelada em Direito pela Faculdade Serra do Carmo - FASEC⁸⁵

ENIO WALCÁCER DE OLIVEIRA FILHO ⁸⁶

(orientador)

RESUMO: O estudo em tela busca analisar a aplicabilidade da Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha). Sabe-se que a Lei Maria da Penha surgiu como resposta ao apelo da sociedade civil organizada, às exigências de tratados e convenções internacionais de direitos humanos e aos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro. A autenticidade da referida lei proporcionou créditos indubitavelmente efetivos, em que a mulher passou a ser mais valorizada tanto em âmbito familiar quanto laboral, além do que o conjunto articulado de políticas públicas entre programas de prevenção, integração operacional, atendimento policial especializado, promoção e realização de campanhas e as medidas protetivas, fortaleceram a luta contra a violência de gênero, porém, ainda muito há que se efetivar. Nesse diapasão, percebe-se que a lei Maria da Penha, além de se preocupar com o aspecto preventivo e punitivo para os casos por ela tutelados, vez que incorre ainda a na questão do acompanhamento e assistência social, buscando assim, uma eficácia plena e cogente da norma aplicada.

Palavras- Chave: Aplicabilidade. Lei Maria da Penha. Mulher.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar a aplicabilidade da Lei Maria da Penha na proteção das mulheres vítimas de violência. A metodologia consistiu em estudo bibliográfico, baseado em leis, jurisprudências, doutrinas e estudos publicados a respeito da temática proposta. A violência contra a mulher tem chamado à atenção de toda a sociedade nos últimos anos, gerando uma série de problemas sociais, o requer a consolidação dos direitos garantidos por lei. Em razão disto, foi sancionada a Lei 11.304/2006 - Maria da Penha, em agosto de 2006, com o fulcro de coibir todas as formas de violência doméstica e

⁸⁵ .Acadêmica de Direito pela Faculdade Serra do Carmo - FASEC.

⁸⁶ Professor de Direito da Faculdade Serra do Carmo – FASEC. Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, especialista em Ciências Criminais e em Direito e Processo Administrativo, graduado em Direito e em Jornalismo, todos os cursos pela UFT. Delegado de Polícia Civil do Tocantins

familiar contra a mulher. Esta violência pode se manifestar de várias formas, dentre elas estão: Tapas, empurrões socos, entre outras formas.

O juiz, ao deferir tais medidas, deverá notificar o agressor acerca das restrições de direitos impostas e requisitará, se necessário, auxílio da força policial para garantir a efetividade das MPU como, por exemplo, se o indivíduo se recusar a deixar a residência da qual deve se afastar.

Caberá ainda, em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, a prisão preventiva do agressor, para garantir a efetividade das MPU, tal como será analisado em tópico específico. Ressalte-se que as medidas aplicáveis em face do agressor não são taxativas. Também as medidas cautelares previstas no CPP poderão ser utilizadas pelo magistrado, o qual também poderá criar novas formas de restrições, baseado no poder geral de cautela, caso verifique a insuficiência daquelas previstas na Lei Especial.

No artigo 23, as medidas ali previstas estão direcionadas à preservação da integridade física da vítima e de seus dependentes, sem prejuízo dos direitos inerentes ao período de convívio da ofendida com o agressor. As disposições dizem respeito, até mesmo, às atribuições que eram exclusivas da Vara de Família. Agora, o juiz da Vara Criminal poderá deferir cautelares cíveis, como por exemplo, determinar a separação de corpos, não mais precisando a vítima, que legalmente é casada com o agressor, separar-se de fato por sua conta e risco. Nos autos de MPU, a separação de corpos será formalizada para que depois ao réu não seja oportunizado, em ação específica, alegar, por exemplo, o descumprimento dos deveres do casamento (art. 1.566 do Código Civil).

O agressor, apesar das restrições, no entanto, não será privado da guarda dos filhos, tampouco ficará livre das responsabilidades materiais da família (pagar alimentos), desde que o convívio não importe em risco à saúde e à integridade física dos menores (DIAS, 2014, p. 322). No artigo 24, por sua vez, há previsão de proteção patrimonial à mulher. O que se pretende com esse dispositivo é preservar os bens pessoais da vítima para que esta, posteriormente, possa fruí-los. Se os bens exclusivos da ofendida, ou aqueles comuns da sociedade conjugal forem desviados ou destruídos pelo agressor, não se lhe aplica a imunidade penal do artigo 181 do CP.

Ante o exposto, a pesquisa possui o seguinte problema: Como ocorre a aplicabilidade das medidas protetivas às vítimas?

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FRENTE À TUTELA DA VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Dentre os diversos Princípios Constitucionais e Penais adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro, os quais norteiam as ações do nosso Estado Democrático e de Direito, pela sua essência são imprescindíveis ao presente trabalho, que se constituem como requisito para o Direito Penal e Processual Penal. Incluindo ainda neste, menção a alguns tratados internacionais, que o Brasil é signatário (ANDREUCCI, 2018).

Conforme definição conotativa, princípio significa começo ou origem de qualquer coisa. Dessa forma Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 33) assim preleciona quanto ao significado doutrinário do conceito de Princípio:

Princípio, etimologicamente, significa causa primária momento em que algo tem origem, elemento predominante na constituição de um corpo orgânico, preceito, regra, fonte de uma ação. Em Direito, princípio jurídico quer dizer uma ordenação que se irradia e imanta os sistemas de normas, conforme ensina José Afonso da Silva (Curso de direito constitucional positivo, p. 92), servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. Cada ramo do Direito possui princípios próprios, que informam todo o sistema, podendo estar expressamente previstos em Lei ou ser implícitos, isto é, resultar da conjugação de vários dispositivos legais, de acordo com a cultura jurídica formada com o passar dos anos de estudo de determinada matéria. O Processo Penal não foge à regra, sendo regido primordialmente, por princípios, que, por vezes, suplantam a própria literalidade da Lei (...).

Entre os princípios constitucionais, se destacam o princípio da proteção à vida e à dignidade da pessoa humana.

O direito à vida é cláusula pétrea previsto no artigo 5º da Constituição Federal, pode-se dizer que é a base das demais relações humanas, sejam elas sociais, financeiras, morais ou culturais. O significado de direito a vida é: "Grosso modo, o direito que é mais veementemente nuclear é o direito à vida. Sem ele, quaisquer outras prerrogativas juridicamente tuteladas perderiam o interesse. Sua marca registrada é a indisponibilidade (PAGANELLI, 2012, p. 9).

Segundo Maria Helena Diniz (2015.p.340), o direito à vida "condiciona os demais direitos da personalidade, está acima de qualquer lei e é incólume a atos dos Poderes Públicos, devendo ser protegida (a vida) até mesmo contra o seu próprio titular, por ser

irrenunciável”. Como cita Paganeli e Maria Helena Diniz, o direito à vida tanto pode ser considerado a base por ser nuclear, como também está no topo dos demais princípios fundamentais, e é por isso o direito humano mais sagrado.

Portanto, o constituinte estabeleceu no artigo 1º da Constituição Federal, em seu inciso III, a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos que norteiam o ordenamento jurídico pátrio, devendo ele ser observado como um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os demais direitos fundamentais do homem, bem como se constitui em um valor espiritual e moral inerente à pessoa. Por sua vez, todo instituto jurídico deve ser responsável por assegurar o exercício desse direito, o qual somente em situações excepcionais pode sofrer limitações (BELLOQUE, 2015)

Diante disso, observa-se que o princípio da dignidade humana no ordenamento jurídico brasileiro, ganhou contornos relevantes com Constituição Federal de 1988. Devendo então ser considerado mais que um princípio, pois a dignidade humana está relacionada juntamente com outros fundamentos constitucionais, como forma de assegurar o respeito e a plenitude dos direitos fundamentais do cidadão, tanto que é possível notar a presença desse super princípio, embutido em diversas previsões por toda a Constituição Federal, devendo assim ser considerados inconstitucionais quaisquer atos que atentem contra esse princípio e por sua vez imediatamente revogados (BITTENCOURT, 2019).

Em prol desses dois princípios, o da vida e da dignidade da pessoa humana, que a Lei Maria da Penha faz jus a sua existência. Evidentemente, a obediência a tais princípios não exclui outros princípios relacionados a estes. Para a aplicação das medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal (CPP) e nas Leis extravagantes, dentre elas, a Lei nº 11.340/06, deve-se seguir os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, levando-se em consideração que a prisão deve ser considerada medida excepcional, de tal forma que, se forem suficientes ao fim que se destinam, as medidas cautelares diversas da prisão devem ser homenageadas em detrimento da custódia provisória. Tendo em vista seu caráter residual, exige-se uma larga fundamentação decisória para a implementação da prisão, bem como um rigoroso controle de legalidade, como nos incisos do art. 5º da Constituição Federal dispostos a seguir:

[...]

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo

nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; [...]

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; [...] (BRASIL, 1988).

Os incisos acima constam no rol de direitos e garantias fundamentais do indivíduo e expressam direitos relativos à forma e à circunstância em que a pessoa será presa, sob pena de a prisão ser considerada ilegal e, portanto, inconstitucional. A fim de embasar a análise das medidas cautelares previstas no CPP e as Medidas Protetivas de Urgência (MPU) da Lei Maria da Penha, toma-se o didático conceito de medida cautelar de Nucci:

[...] medida cautelar trata-se de um instrumento restritivo da liberdade, de caráter provisório e urgente, diverso da prisão, como forma de controle e acompanhamento do acusado, durante a persecução penal, desde que necessária e adequada ao caso concreto. (NUCCI, 2015, p. 607).

A partir do referido conceito pode-se tecer algumas considerações. Em primeiro lugar, a medida cautelar é um “instrumento restritivo da liberdade, diverso da prisão”. Disto compreende-se que, se for necessário impor algumas limitações ao réu e, simultaneamente, não houver motivos suficientes para encarcerar o acusado, aplicar-se-á restrições de direitos, em homenagem ao princípio da utilidade do processo (CAPEZ, 2018).

Nessa esteira, o art. 319 do CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011, dispõe de várias opções de restrição de direitos, criadas justamente para assegurar a finalidade do processo e, ainda, evitar a prisão desnecessária, in verbis:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato,

deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial.

Assim, as cautelares diversas da prisão, dispostas no artigo 319 do CPP, afirma-se, ao mesmo tempo em que asseguram o bom andamento do processo, não cerceiam em demasia a liberdade do réu, que, comportando-se da maneira esperada pelo juízo, isto é, cumprindo as regras impostas durante o andamento do processo, não será preso provisoriamente, o que, sem dúvida, lhe é muito mais benéfico do que o encarceramento (CRAIDY, 2015).

No conceito acima, a medida cautelar é uma forma de “controle e acompanhamento do acusado”, como forma de assegurar que, ao final do processo, o réu

seja devidamente apenado e, para isso, deverá participar de todos os atos para os quais for chamado em juízo. Os adjetivos “provisório” e “urgente” denotam, talvez, as principais características inerentes a todas as modalidades de cautelares do CPP. O caráter provisório das medidas consiste na natureza precária do provimento judicial, devido à sua revogabilidade a qualquer tempo (art. 282, § 5º do CPP), bem como na possibilidade de substituição por outras medidas, entre elas a prisão cautelar (art. 282, §§ 4º a 6º do CPP), havendo motivação idônea, como se observa nos parágrafos do art. 282 do CPP a seguir:

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (BRASIL, 1941).

A urgência para a aplicação da medida visa evitar posterior dano irreparável ou de difícil reparação a pessoas ou a coisas relacionadas ao processo, autorizando a decretação até mesmo sem ouvir a parte contrária. É o que se lê no art. 282, § 3º do CPP:

Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. (BRASIL, 1941).

Ressalte-se que, pela regra, deverá o juiz determinar a oitiva do réu antes de decretar a medida cautelar. Somente havendo urgência ou perigo de ineficácia das medidas (comprovados nos autos) será impedida a oitiva do interessado. Nucci (2015, p. 610) esclarece que mesmo depois de decretada a medida cautelar, o juiz deverá ouvir o réu para que este apresente seus motivos para a revogação das restrições.

Como salienta o citado autor, a medida cautelar somente poderá ser concedida na fase inquisitorial mediante requerimento do Ministério Público (MP) ou por representação da autoridade policial, pela inteligência do § 2º do art. 282 do CPP, in verbis:

As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (BRASIL, 1941).

Durante a ação penal, entretanto, o juiz está autorizado a concedê-la de ofício, em nome do interesse público (LIMA, 2015, p. 119). Embora haja a referida autorização ao magistrado, Nucci (2015), em sua obra citada, sustenta que o juiz deve esforçar-se para ficar distante de medidas muito rígidas, devendo aguardar ser provocado pelos interessados, agindo de forma independente apenas nos casos de “imperiosa necessidade e urgência” de aplicação da medida.

Ressalte-se ainda que “necessária” e “adequada” deve ser qualquer medida cautelar e, por óbvio, a prisão, pois toda limitação deve ser justificada, isto é, deve ser pautada em razão convincente para sua aplicação. Vislumbra-se que tais requisitos são condições necessárias que devem ser apresentadas em conjunto. A medida cautelar deve ser necessária para: 1) aplicação da lei penal, 2) a investigação criminal ou 3) a instrução criminal, bem como, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais (art. 282, I do CPP). Segundo o próprio autor que nos forneceu o conceito, a necessidade “diz respeito à indispensabilidade da medida, sob pena de gerar prejuízo à sociedade, direta ou indiretamente”.

Nesse viés, pretendeu o legislador, além de assegurar a aplicação de eventual condenação, de forma a inviabilizar a fuga do acusado, também impedir que o acusado prejudique a investigação e a instrução criminal, destruindo provas ou ameaçando testemunhas.

Ainda deve-se adequar a medida à gravidade do delito, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado. Guarda relação com instituto da individualização da pena, a pessoalidade da medida cautelar. É cediço que, respeitar as condições pessoais do acusado para a imposição de medidas restritivas de liberdade obedece ao princípio tão homenageado pelo Estado Democrático de Direito, presente no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal: “a lei regulará a individualização da pena”.

Ressalte-se, é claro, que tais medidas devem ser aplicadas com muito cuidado, principalmente quando são concedidas *inaudita altera pars*. Nesse caso o juiz deverá realizar uma ponderação entre os valores liberdade e periculosidade.

3 A PROTEÇÃO À VIDA E AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

A Lei Maria da Penha popularmente conhecida por todos, tem como objetivo combater a violência contra a mulher no convívio familiar. Sabe-se que são inúmeras as mulheres vítimas de violência doméstica, e com a criação da lei 11.340/06 as mulheres obtiveram mais uma conquista garantindo o seu direito.

O pressuposto mais elementar da Lei consiste na proteção à vida da mulher. O Direito pondera a vida como o bem jurídica mais importante face aos demais, sendo o mais resguardado pela esfera penal, a qual deverá tutelar os bens jurídicos. Tal fundamentação encontra abrigo no própria Constituição Federal que, em seu artigo 5º situa que a vida na condição de direito inviolável (CUNHA, 2019).

O fundamento subjetivo do bem jurídico é o interesse do ser humano para com um determinado bem existencial. A vida, por exemplo, consiste em um bem existencial; o interesse das pessoas pela vida (seja pelo seu surgimento, preservação, sua dignidade) também consiste em substrato subjetivo para com bem jurídico; esse vínculo ou interesse significa relação social, que finda em proteção penal. (GOMES, 2009).

Por outro ângulo, bens jurídicos "são bens vitais da sociedade e do indivíduo, que merecem proteção legal exatamente em razão de sua significação social. A soma dos bens jurídicos constitui, afinal, a ordem social". (BITTENCOURT, 2013, p. 38)

Destaca-se que "não há crime quando a conduta não tiver oferecido ao menos um perigo concreto, real, efetivo e comprovado de lesão ao bem jurídico" (CAPEZ, 2018, p. 22). Assim, as lesões aos bens jurídicos determinarão se há ou não crime. Nem todos os bens jurídicos são penalmente protegidos. Mas, apenas, os mais proeminentes. Assim, outros ramos do direito, tais como civil, comercial, entre outros, poderão estabelecer bens juridicamente tutelados.

No entanto, proteger a vida não incide unicamente no direito à vida. Se fosse isso, apenas significaria a proteção das vidas a quem fosse arrolada essa titularidade, então sendo apenas as vidas nascidas. Denotaria, também, recolher o bem ou pressuposto inerente a própria dignidade da vida humana. (SILVA, 2010)

A vida, de acordo com os ensinamentos de Silva:

Integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). A 'vida é intimidade conosco mesmo, saber-se e dar-se conta de si mesma, um assistir a si mesma e um tomar posição de si mesma'. Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais – como igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar -, se não erigisse a vida humana num desses direitos. (SILVA, 2010, p.66)

O direito à vida se firma como condição à essência e guarida de todos as outras esferas de direitos, haja vista que é direito de maior relevância, sendo tutelado plenamente pelo direito. Por meio do direito à vida brotam todos os demais direitos. Dessa forma, a dignidade da pessoa humana, a título de ilustração, é derivada da própria vida humana (DIAS, 2014).

As Medidas Protetivas de Urgência (MPU) estão espalhadas por toda a Lei nº 11.340/06, porém, o legislador preferiu concentrar entre os artigos 18 e 24 exemplos de medidas de proteção à integridade física e psicológica da vítima e ao seu patrimônio. A Lei dispõe acerca de diversas medidas que deverão ser aplicadas com vistas à proteção imediata da mulher vítima de violência. Entretanto, nos referidos artigos, há apenas um rol exemplificativo, por isso medidas diversas daquelas poderão ser aplicadas, caso seja necessário (DIAS, 2009).

Assevera o artigo 19 da Lei nº 11.340/06 que “as medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida”. Basta, portanto, que seja constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, para serem concedidas as medidas de proteção à vítima, que serão requeridas pela ofendida, pelo MP, ou o juiz, que ao receber o expediente policial, poderá concedê-las de ofício (BRASIL, 2006).

Sendo necessário à proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio, qualquer desses legitimados, a qualquer tempo, poderá requerer a cumulação, a substituição ou deferimento de novas MPU, dando-se, para isso, ciência ao MP (§§ 2º e 3º do art. 19).

Para garantir a eficácia das MPU, poderá o juiz contar com o auxílio da força policial, por exemplo, para afastar o agressor do lar, ou para conduzir a ofendida a um lugar seguro ou ainda para que ela retire seus bens do local de convivência com o agressor.

A Lei Maria da Penha, apesar de não definir os critérios necessários para a concessão das MPU, em momento algum os dispensou. Para isso, no seu art. 13, deu margem à utilização das normas do processo cautelar em geral (Códigos de Processo Penal e Processo Civil), naquilo em que não são conflitantes com a Lei Maria da Penha. Segundo Cunha e Pinto (2017, p. 135), além daqueles requisitos erigidos no art. 282 do CPP, quais sejam necessidade e adequação, as MPU, já que possuem feição cautelar, devem preencher os pressupostos usados pela doutrina para sua concessão: o *periculum in mora* (perigo da demora) e o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito). Do contrário, caso não sejam estes requisitos mínimos demonstrados, o magistrado não pode deferir as medidas de imediato, sendo necessário assim designar audiência de justificação prévia (conforme previsão do art. 304 do CPC).

Atentando-se à análise dos pressupostos que autorizam a cautelar, entende Calamandrei (apud THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 61) que, para seu deferimento: “basta que, segundo um cálculo de probabilidades, se possa prever que a providência principal declarará o direito em sentido favorável àquele que solicita a medida cautelar”.

Quanto ao pressuposto chamado *periculum in mora*, o pedido da medida cautelar deve ser igualmente acompanhado de uma demonstração de “probabilidade sobre a possibilidade do dano ao provável direito pedido em via principal” (LIEBMAN apud THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 65). Isto diz respeito ao receio fundado, pelo exame de situação já posta, de que ocorrerá fato que importe em dano àquele que pleiteou o provimento de urgência. Aqui não se requer prova do perigo, mas apenas uma justificação para a medida pleiteada, de forma que o juiz decidirá com base numa cognição sumária.

Por fim, quando restar demonstrado, segundo Rodrigues (2016, p. 821), a plausibilidade da existência do direito, bem como a probabilidade da existência do perigo da demora, estarão satisfeitos os requisitos para concessão das medidas cautelares. Embora a existência das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha dispense a instauração de Inquérito Policial (IP) e ação penal, nos casos em que a vítima pode renunciar à representação pelo crime, as referidas cautelares serão deferidas apenas se houver demonstração mínima de materialidade e da autoria do delito, bem como do perigo que se corre com a espera (LAURIA, 2020).

Com o reconhecimento da urgência da proteção no caso de violência doméstica familiar contra a mulher, o juiz está autorizado, também, a conceder tais cautelares de imediato, independentemente de audiência das partes, tal como lhe autoriza § 1º do art. 19 da Lei Maria da Penha: “As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes [...]”.

Souza (2015, p. 43), dissertando acerca dos direitos e garantias das partes no processo, no que tange à possibilidade de serem as medidas cautelares deferidas com ou sem audiência das partes, aduz que, muitas vezes, “a audiência da parte contrária levaria a frustrar a finalidade da própria tutela preventiva, pois daria ensejo ao litigante de má-fé justamente acelerar a realização do ato temido em detrimento dos interesses em risco”.

Nesse sentido, alerta o autor espanhol, Júlio Muerza Esparza acerca da urgência que permeia o caso de violência doméstica, esclarecendo que:

[...] resulta indubitável que as características especiais que surgem nas infrações penais desta natureza obrigam a não demorar nem um pouco com a resposta judicial. Daí a importância que tem resolver em caráter imediato sobre a adoção, ou não, de uma série de medidas cautelares que permitem proteger as relações de quem decide apresentar denúncia por fatos constitutivos de maltrato. (ESPARZA apud SOUZA, 2015, p. 110).

Acerca da possibilidade de o juiz conceder, de ofício, as MPU, a doutrina apresenta divergências. Porto (2017) considera que as medidas podem ser deferidas de ofício pelo juiz e, para sustentar seu posicionamento, invoca o § 1º do art. 22, bem como o art. 13, ambos da Lei nº 11.340/06, bem como a aplicação subsidiária do CPC, para justificar essa possibilidade:

[...] no ponto, o art. 798 do CPC autoriza o deferimento de medidas cautelares de ofício e, portanto, outorga um amplo poder de cautela ao juiz, quando do deferimento de medidas protetivas de urgência, em situações de violência doméstica ou familiar, o que [se] justifica, aliás, sempre que tal violência se dirija contra qualquer parte hipossuficiente [...] (PORTO, 2017, p. 99).

No mesmo sentido, Souza (2015, p. 113) afirma que “a necessidade da atuação expedida decorre da própria natureza da medida cautelar protetiva, que é de ‘urgência’”. Para isso, o autor enuncia que, para assim agir, é necessário que haja prévia representação da vítima, tal como prevista no art. 12, inciso III, da Lei nº 11.340/06.

Assim, estando o magistrado baseado em prévio pedido da ofendida, poderá decidir pela aplicação das MPU, com base nos relatos da própria vítima. Havendo no expediente proveniente da delegacia, elementos suficientes para a concessão imediata das

medidas, o juiz está autorizado a concedê-las. Entretanto, se não ficar convencido da situação de urgência da medida, o juiz poderá intimar a ofendida para justificar o pedido feito perante a autoridade policial. Em sentido contrário, Craidy (2015, p. 34), fazendo referência ao renomado processualista Aury Lopes Junior (2016), aduz que o juiz, no caso das MPU, não pode agir de ofício, isto é, sem provocação da ofendida, pois tal atitude feriria a imparcialidade do magistrado, princípio este supremo do processo penal.

Lavigne e Perlingeiro (2017) afirmam que o poder geral de cautela, aliado à proteção da integridade pessoal da mulher, autorizariam o magistrado a proceder de ofício para conceder as MPU. Ainda que a vítima não se manifeste expressamente pela sua aplicação, o juiz, ao reconhecer a situação de violência, deve tomar providências que preservem a integridade da vítima e da sua família. E justificam a implementação da medida:

A partir desse pressuposto, justifica-se a concessão de salvaguarda de maior alcance para a requerente. A atuação pró-ativa do juiz nessas hipóteses pode auxiliar a vítima a encontrar uma solução por ela não identificada, seja por desconhecimento técnico específico ou qualquer outro motivo que lhe impeça vislumbrar aquela possibilidade jurídica de maior resguardo para ela ou pessoa a ela vinculada nos termos legais. (LAVIGNE; PERLINGEIRO, 2017, p. 299).

Tal como as autoras, entende-se que o juiz, ao tomar conhecimento das alegações da vítima, por estar investido de jurisdição, tem o poder-dever de tomar as providências previstas na Lei, diante da comunicação da situação de urgência. Obviamente, deverá ficar convencido da necessidade da aplicação de medidas protetivas, mesmo se não forem pleiteadas, ou conceder medidas além daquelas que foram requeridas, em homenagem ao "princípio da devida diligência do Estado".

Com efeito, a possibilidade de concessão das medidas protetivas da Lei Maria da Penha de forma independente pelo juiz, a nosso ver, obedece ao escopo da norma. Sempre que for verificada a situação de urgência, as MPU devem ser concedidas como uma resposta do Estado à vítima, que, é claro, decidiu comunicar a violência esperando alguma providência estatal. Embora algumas medidas sejam muito rígidas para o réu, a princípio, é salutar que o juiz decida pelo acautelamento, pois o caráter do bem jurídico protegido pela norma impõe a necessidade de instrumentos viáveis para coibir a violência.

4 DA PRISÃO PREVENTIVA

É cediço que para a aplicação da prisão preventiva, também nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, deverá o juiz decidir seguindo as regras do CPP, pois

a custódia deve ser entendida sempre como exceção, sob pena de violação das garantias processuais constitucionais do indivíduo. Ademais, a aplicação da prisão deve, ainda, ser pautada num balanceamento de valores, entre os princípios da liberdade e da presunção de inocência e o princípio da segurança social, todos insculpidos no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal (SOUZA, 2015, p. 115).

Adverte Nucci (2017, p. 117) que é necessária muita cautela para a aplicação da prisão, tendo em vista o seu caráter excepcional. Deve ser levado em conta ainda que, no Brasil, vigora a “política da pena mínima”, logo, o juiz deve atentar para o prazo da referida medida, pois se mostra desproporcional deixar o réu preso preventivamente durante muito tempo.

Muitas vezes o tempo cumprido em regime cautelar pode ser insuficiente para cobrir a pena proveniente de sentença condenatória, pois, considerando os delitos mais comuns que envolvem a violência doméstica, como lesão corporal leve e ameaça, a pena não excede 3 (três) anos, no primeiro, e 2 (dois) anos, no segundo crime (PORTO, 2017).

Salienta-se que, antes de decretar a prisão, deve-se esgotar as medidas menos severas previstas na Lei Maria da Penha, bem como aquelas previstas no CPP. Somente se tais medidas não forem suficientes à proteção da vítima, se impõe a custódia do agressor para evitar novas ameaças à integridade da ofendida (PORTO, 2017, p. 120).

Cabe registrar, por oportuno, que a prisão preventiva tem caráter eminentemente cautelar, e “revela sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo autor e/ou terceiro possam colocar em risco a efetividade do processo” (OLIVEIRA, 2014, p. 432).

Dessa maneira, a prisão tem por escopo assegurar a utilidade do processo, e de maneira nenhuma visa antecipar uma condenação ao agressor. Reza o caput do artigo 20 da Lei nº 11.340/06:

Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial. (BRASIL, 2006).

No caput do artigo 312 do CPP estão presentes os requisitos indispensáveis à fundamentação da prisão preventiva, in verbis:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (BRASIL, 1941).

Tal como nas MPU, a exigência da demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* são de suma importância na prisão cautelar. Esses pressupostos devem ser invariavelmente demonstrados para a propositura da custódia preventiva, tendo em vista seu caráter excepcionalíssimo.

O binômio acima é indispensável para autorizar a prisão. O *fumus boni iuris* consiste na apresentação da prova da existência do crime e indícios de sua autoria. O *periculum in mora*, por sua vez, importa na necessidade de acautelamento nas seguintes hipóteses: para a garantia da ordem pública ou da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Quanto ao primeiro requisito, o *fumus boni iuris* ou *fumus comissi delicti*, deve haver prova da existência do crime, isto é, se a infração penal deixou vestígios, certamente será necessário o exame de corpo de delito. Se a perícia não foi realizada a tempo, ou o laudo, por exemplo, não foi encaminhado para o juízo, outras provas que atestem a certeza da materialidade serão suficientes para prisão.

Neste caso, incidirá cognição exauriente do juiz. Já com relação à autoria do delito, bastam indícios, isto é, a mera probabilidade de que a pessoa em relação a quem se pede a prisão seja o autor do crime (LIMA, 2015, p. 101).

São quatro os motivos que abrangem o chamado *periculum in mora* ou *periculum libertatis*, a saber: a) garantia da ordem pública, b) garantia da ordem econômica, c) conveniência da instrução criminal e d) assegurar a aplicação da lei penal.

Por ordem pública, entende-se a necessidade preservação da boa convivência social de tal sorte a garantir a segurança de bens juridicamente protegidos, ainda que de um único indivíduo (GRECO FILHO, 2016, p. 105). Nucci (2017, p. 660) levanta, ainda, causas viáveis para autorizar a prisão preventiva com base na garantia da ordem pública e ressalta ser ideal a associação de pelo menos dois desse fatores: a) gravidade concreta do crime; b) envolvimento com o crime organizado; c) reincidência ou maus antecedentes do agente e periculosidade; d) particular e anormal modo de execução do delito; e) repercussão efetiva em sociedade, gerando real clamor público.

No caso da ordem econômica, este fator dificilmente guardará relação com os delitos que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher, já que prescinde de “repercussão danosa ao meio social” (TELES, 20210

Diferente, por sua vez, da justificativa da prisão em razão da conveniência da instrução criminal. Aqui, estão entre as causas mais recorrentes: ameaça a testemunhas, destruição de provas e objetos do crime, fuga do local do crime. Estas, sem dúvida, são causas que importam no prejuízo do andamento do processo.

Nessa esteira, a prisão preventiva, para assegurar a aplicação da Lei Penal, é necessária quando há fundada suspeita de iminente fuga do agente do distrito da culpa, o que tornará inviável a futura execução da pena. Igualmente, se o acusado ou indiciado não tiver, por exemplo, residência fixa ou ocupação lícita que o radique no distrito da culpa, “há um sério risco para a eficácia da futura decisão se ele permanecer solto até o final do processo, diante da sua provável evasão” (CAPEZ, 2018, p. 331).

A possibilidade de prender o acusado em razão do descumprimento de MPU previamente deferidas apresenta-se como política afirmativa para coibir a violência doméstica contra a mulher. Tal excepcionalidade “vem atender necessidade real de ampla proteção aos direitos humanos das mulheres, principal foco da Lei Maria da Penha” (SOUZA, 2019)

Nas palavras de Luiz Santos Cabette:

O dispositivo [inciso III do art. 313 do CPP] é providencial, constituindo-se de um utilíssimo instrumento para tornar efetivas as medidas de proteção preconizadas pela novel legislação. Não houvesse essa modificação, a maioria dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher ficaria privada do instrumento coercitivo da prisão preventiva, por ausência de sustentação nos motivos elencados no art. 312, CPP, tradicionalmente e nos casos de cabimento arrolados no art. 313, CPP. (CABETTE, 2016, p. 120).

Entretanto, Lima (2015, p. 115) representa a parte da doutrina que não comunga com tal exceção para determinados delitos e afirmar: “não se pode decretar prisão preventiva se a pena final não comportar a efetiva prisão”. Entende o autor que não há óbices nos crimes graves (com pena máxima de quatro anos) que envolvem violência doméstica e familiar, mas nos crimes de pena mais branda, cuja condenação levará ao

cumprimento de sentença condenatória em regime aberto, a preventiva não deveria ser admitida.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende que a violência contra a mulher tem sido um tema central e assumiu um debate público na sociedade, portanto diante disso os desafios para implantar políticas públicas de enfrentamento consistentes em suprimir esse problema levaram o legislador a editar normas que possam auxiliar na diminuição de morte de mulheres, expressão máxima da violência, bem como de outras violências não tão fatais, mas com alto poder destrutivo.

O que se pode concluir deste trabalho é que a violência é um fenômeno sociocultural que têm suas raízes nas desigualdades e no desequilíbrio de poderes entre homens e mulheres, uma vez que o Brasil ocupa o famigerado 5º lugar no ranking de homicídios contra a mulher.

É inadmissível continuar com a naturalização da violência. Para erradicar essa praxe, nem sempre confeccionar novas legislações é a solução, mas o fundamental são as políticas públicas empregadas na educação para transformar a cabeça dos futuros homens e mulheres de que são iguais, respeitando um ao outro em suas desigualdades.

Trabalhar a prevenção poderá mudar o quadro de violência contra as mulheres no país, já que o investimento na repressão não tem se mostrado ineficientes.

A despeito das novidades legislativas necessário será o decorrer do tempo para discutir os resultados, tema para trabalho futuro de pós-graduação ou até mesmo uma tese de mestrado, porém se espera que essas novas leis tragam efetividade e a violência possa ser apenas um fato lamentável que compôs a história.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação Penal Especial**. São Paulo: Juruá, 2018.

ATCHABAHIAN, Serge. **Ações afirmativas**. Disponível em < <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1333/1334>> Acesso em 23 de abril de 2022.

BARBOSA, Adilson José Paulo; FOSCARINI, Léia Tatiana. **Do atendimento da autoridade policial – artigos 10 a 12**. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 247-264.

BELLOQUE, Juliana Garcia. **Das medidas protetivas que obrigam o agressor – artigos 22**. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 307314.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 19ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2019. p. 286

BRASIL. **Lei Maria da Penha, nº 11.340/06**. Coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher. Brasília: Secretaria Especial de políticas para Mulheres Presidência da República. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Senado Federal, 2018. CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2018.

CRAIDY, Mariana de Mello. **Aspectos processuais controvertidos na lei Maria da Penha e sua eficácia**. 2015. 66 f. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso II) Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da PUCRS, Porto Alegre.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006): comentada artigo por artigo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

DIAS, Maria Berenice. **A efetividade da lei Maria da Penha**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.15, n.64, p. 297–312, jan./fev. 2009.

DIAS, Maria Berenice. **A homoafetividade como direito**. In: JÚNIOR, Nicolau Mauro. **Novos direitos: a essencialidade do conhecimento, da cidadania, da dignidade, da igualdade e da solidariedade como elementos para a construção de um Estado Democrático Constitucional de Direito na contemporaneidade brasileira**. Curitiba: Juruá, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha como instrumento garantidor dos direitos humanos das mulheres. Anais da Jornada catarinense da mulher advogada**. Camboriú, Santa Catarina: Comissão da Mulher Advogada da OAB – Subseção de Balneário Camboriú, março de 2009. Disponível em <http://www.oab-sc.org.br/mulheradv/2009.jsp>. Acesso em 8 de abril de 2022.

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei nº 11.340/2006 de combate à violência contra a mulher**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 5º volume: direito de família. 22. Ad. Ver. E atual de acordo com a reforma do CPC – São Paulo: Saraiva, 2015.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

KATO, Shelma **Manual de Capacitação Multidisciplinar (Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006 - Lei Maria da Penha)**. Cuiabá: Departamento Gráfico-TJMT, 2016.

LAURIA, Thiago. **É Possível Aplicar a Lei Maria da Penha a Lésbicas, Travestis e Transexuais?**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=59> Acesso em: 29 de abril de 2022.

LAVIGNE, Rosane M. Reis; PERLINGEIRO, Cecília. **Das medidas protetivas de urgência – artigos 18 a 21**. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LIMA, Fausto Rodrigues de. **Dos procedimentos – artigos 13 a 17**. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

LIMA, Marcellus Polastri. **Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do código de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

MISTRETTA, Daniele. **Lei Maria da Penha: por que ela ainda não é suficiente?**. *Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP, Marília*, v. 8, n. 8, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais penais comentadas**. São Paulo: RT, 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil: teoria geral: premissas e institutos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

SANTOS, Eduardo. **Lei Maria da Penha comentada**. São Paulo: Impetus, 2021.

SANTOS, Ricardo José. **Violência contra a mulher**. São Paulo: Juruá, 2021.

SILVA, Eduardo. **Lei Maria da Penha**. São Paulo: Impetus, 2018.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. **O que é Violência contra a Mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2021.

A ADPF 186/DF SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

ANTONIO VITOR VIANA DE OLIVEIRA:

Acadêmico do Curso de Direito do Centro
Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.⁸⁷

MARIA DO SOCORRO RODRIGUES COELHO⁸⁸

(orientador)

RESUMO: O dever de motivação das decisões judiciais constitui um instrumento essencial em estados republicanos. Dessa forma, estudar meios eficazes que possam garantir a verificação da observação desse princípio tem igual relevância. Assim, o estudo se ocupa em analisar a ADPF 186, originária do Distrito Federal, que trata sobre ações afirmativas, considerando para isso a Teoria da Argumentação Jurídica desenvolvida por Robert Alexy. Tem como objetivo essencial, levar a citada teoria a uma perspectiva prática, tendo como fundo de realização a análise do processo argumentativo do Supremo Tribunal Federal na justificação ou motivação da mencionada ADPF. Para o seu desenvolvimento, utilizou-se, a título de metodologia, a revisão bibliográfica, partindo de uma abordagem indutiva, haja vista o caso particular objeto do estudo, a ADPF 186/DF, de onde se coletou alguns dos argumentos sustentados pelo ministro relator Ricardo Lewandowski para fundamentar o seu voto. Por fim, tendo em vista a generalidade da teoria sistematizada por Robert Alexy, foi possível concluir pela sua ampla aplicação prática, contribuindo para grande avanço na busca da racionalidade das decisões judiciais.

Palavras-chave: Argumentação Jurídica, Decisão Judicial, Ações Afirmativas, Fundamentação, Justificação.

ABSTRACT: The duty to motivate judicial decisions is an essential instrument in republican states. In this way, studying effective means that can guarantee the verification of compliance with this principle is equally relevant. Thus, the study is concerned with analyzing ADPF 186, originating in the Distrito Federal, which deals with affirmative actions,

⁸⁷ *E-mail:* sirvitorviana@gmail.com.

⁸⁸ Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. Doutora em Direito e políticas públicas pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. *E-mail:* msrcoelho@yahoo.com.br.

considering the Theory of Legal Argumentation developed by Robert Alexy. Its essential objective is to take the aforementioned theory to a practical perspective, having as a background the analysis of the argumentative process of the Federal Supreme Court in the justification or motivation of the aforementioned ADPF. For its development, the bibliographic review was used as a methodology, starting from an inductive approach, considering the particular case object of the study, the ADPF 186/DF, from which some of the arguments supported by the rapporteur minister Ricardo Lewandowski were collected to substantiate his vote. Finally, given the generality of the theory systematized by Robert Alexy, it was possible to conclude for its wide practical application, contributing to a great advance in the search for the rationality of judicial decisions.

Keywords: Legal Argumentation, Court Decision, Affirmative Action, Reasoning, Justification.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa se volta ao estudo da Argumentação Jurídica e sua relação com o dever-poder do Estado de prolatar decisões judiciais que estejam fundamentadas racionalmente. Quando no exercício de sua função jurisdicional, cumpre ao Estado guardar o dever constitucional de fundamentar suas decisões, utilizando-se de uma argumentação juridicamente embasada, tendo por objetivo garantir uma eficaz distribuição da justiça e, conseqüentemente, contribuir para o estabelecimento do sentimento de segurança jurídica e paz na sociedade.

À vista disso, tem-se por delimitação do tema a argumentação jurídica da forma que entendida e sistematizada pelo jurista alemão Robert Alexy, descrita em sua obra *Teoria da Argumentação Jurídica* (1978), tomando-se por fundo fático a arguição de descumprimento de preceito fundamental 186, originária do Distrito Federal.

Isto posto, eis o problema de pesquisa: os argumentos utilizados pelo ministro relator em seu voto na arguição de descumprimento de preceito fundamental 186 do Distrito Federal estão em consonância com a Teoria da Argumentação Jurídica desenvolvida por Robert Alexy?

O desenvolvimento do estudo tem como base a revisão bibliográfica acerca do tema teoria da argumentação jurídica, conforme sistematizada por Robert Alexy, valendo-se de uma abordagem indutiva, considerando o caso particular objeto de estudo, diga-se, a ADPF 186/DF. A pesquisa se limitou a discorrer sobre o voto do relator, em decorrência da

extensão do acórdão. Alguns dos argumentos sustentados pelo ministro serão analisados sob o prisma de Alexy e sua teoria, conforme o autor a delimitou.

O artigo se desenvolve ao longo de três seções e, finalmente, as considerações finais. Na primeira seção, demonstra-se a necessidade de fundamentação dos atos praticados pelo Estado, especialmente daqueles chamados atos jurisdicionais, discorrendo sobre sua relevância jurídica e social, baseando-se na forma como o tema é regulamentado pelo ordenamento jurídico pátrio, tanto sob o ponto de vista constitucional, quanto do ponto de vista da legislação ordinária.

Na segunda seção, faz-se a exposição da teoria do discurso jurídico de Robert Alexy. Para uma melhor compreensão, é abordada brevemente, a teoria geral do discurso racional prático que apoia a concepção do autor sobre a argumentação jurídica (ALEXY, 2005). Na sequência, aprofunda-se mais especificamente a Teoria da Argumentação Jurídica, sendo apresentadas suas características e regras, e ainda, as justificações interna e externa e o modo como se relacionam. Cabe esclarecer que não se busca, aqui, esgotar o tema ou/e a discussão sobre a forma que é compreendida a totalidade da teoria, não sendo esse o objetivo e a finalidade do trabalho.

Na terceira seção do artigo, analisa-se a ADPF 186/DF, apresentando, preliminarmente seu contexto fático-material, as circunstâncias e os sujeitos envolvidos. Posteriormente, é empreendida uma análise do voto do ministro relator Ricardo Lewandowski na arguição, estabelecendo a relação de alguns de seus argumentos com a teoria do discurso jurídico de Alexy. Por fim, nas considerações finais, é feita uma exposição dos resultados encontrados ao longo da investigação, e de que forma esses resultados podem contribuir para a busca de decisões racionais mais próximas do ideal de justiça, distanciando-se, naquilo que for possível, do subjetivismo judicial.

Isto posto, a pesquisa objetiva levar a Teoria da Argumentação Jurídica desenvolvida por Robert Alexy a uma perspectiva prática, adotando como fundo de realidade o Poder Judiciário brasileiro e, mais especificamente, o Supremo Tribunal Federal. O artigo também pretende apresentar uma visão panorâmica da teoria alexyana e de sua aplicação prática, fornecendo uma introdução àqueles que pretendem se aprofundar no ramo científico da Argumentação Jurídica, e no pensamento do autor. Além disso, espera-se contribuir para a discussão em torno da fundamentação judicial, tema caro a estados como o brasileiro: republicano, democrático e constitucional. Por fim, busca-se fomentar o interesse por parte

da população de meios eficazes de averiguação e exame dos atos estatais, e do processo de argumentação utilizado para justificar tais atos, sejam eles administrativos, legislativos ou jurisdicionais.

2 DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Como esclarece Damasceno *et al*, (2020), para além de promover a pacificação entre povos e nações, o Direito também deve proporcionar segurança jurídica aos indivíduos, valor inerente e essencial à preservação do Estado Democrático de Direito e suas instituições. Entre os diversos instrumentos fornecidos pelo Direito à vista de garantir essa segurança, há o dever do Estado de, no exercício de suas funções jurisdicionais, motivar devidamente todas as suas decisões.

Essa preocupação não é exclusiva do direito brasileiro. Apesar de não ser possível identificar com exatidão o momento em que ele surgiu, o dever de fundamentar as determinações judiciais é fruto de construção histórica. Na Roma antiga, porém, é sabido que os Juizes motivavam suas decisões, por hábito. Com a queda do Império Romano, a fundamentação das decisões passou por um processo de intervenção divina. Apenas no início do séc. XIII as decisões voltaram a ter um caráter mais racional (SOARES; COUTO; COSTA, 2018).

Observa-se que o respeito ao dever de motivação ultrapassa a simples ideia de um formalismo sem sentido. Ao tornar conhecido aquilo que motivou seu convencimento, o juiz garante às partes e, em última análise, à sociedade em geral, meios de controle da sua imparcialidade, assegurando que não agiu com arbitrariedade (JACINTHO; CRUZ, 2020). Em linhas gerais, os ordenamentos jurídicos tendem a considerar uma decisão devidamente fundamentada quando nela se faz presente as razões de fato e de direito que motivaram o convencimento do julgador (PORTO; SCHENK, 2018).

Por um longo tempo prevaleceu na literatura jurídica a convicção de que as decisões judiciais deveriam ser fundamentadas unicamente de acordo com a lógica dedutiva do silogismo. Esse era, e em parte continua sendo, o caminho lógico-racional que o Juiz deveria percorrer para chegar a uma decisão consideravelmente justa, fundamentada e legítima. Contudo, como têm-se percebido ao longo da história, esse entendimento mais tradicional limita a atuação do Magistrado na sua tomada de decisão, reduzindo o seu ofício a uma simples adequação da norma geral abstrata (premissa maior) a um fato concreto (premissa menor), provocando o endurecimento do ato decisório (BRITO, 2021).

O silogismo lógico, quando aplicado ao discurso jurídico, tem sido comumente objeto de crítica no meio científico e doutrinário, tendo demonstrado insuficiência em suprir a complexidade das demandas que hoje se apresentam ao judiciário, porquanto não exigem meramente uma resposta automática resultante de uma dedução de caráter lógico, mas antes, uma valoração das situações que apontam. Na sua atuação, aquele que está investido de jurisdição pelo Estado, e, antes de tudo, pela sociedade, deve estar atento ao direito positivo, com destaque especial à Constituição, mas também aos elementos que não são contemplados pela norma jurídica e que possuem caráter valorativa, não se pondo indiferente a esses elementos.

Faz-se oportuno salientar que a obrigação da fundamentação judicial se apresenta também como um direito daquele que está sendo acusado, o direito de ter conhecimento dos motivos da decisão sob a qual está vinculado, para que possa exercer efetivamente o contraditório, não se esperando, é claro, sua anuência ao que restou determinado, mas unicamente a possibilidade do controle dos atos judiciais e possibilidade do sucumbente de exercer o seu direito de defesa (SABINO; MARKMAN, 2018).

2.1 Dever de fundamentação na Constituição Federal de 1988

A ideia de Constituição, conforme hoje é compreendida, é produto da modernidade, momento em que a sociedade, imbuída dos ideais burgueses, buscava a superação do Estado absolutista com a limitação do poder político estatal em favor daqueles que estão sujeitos aos seus comandos, ou seja, os governados (SARMENTO; NETO, 2012).

A Constituição da República Federativa do Brasil, a seu turno, estabeleceu, como direito, ou melhor, como dever fundamental estatal, que todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário devem ser devidamente fundamentadas, sob pena de nulidade (BRASIL, 1988). Foi a primeira, na história brasileira, a elevar o dever de motivação ao patamar constitucional. Até então, o tema havia sido regulamentado por legislação infraconstitucional. Essa determinação por parte do Constituinte demonstra a relevância dada a esse instrumento em um Estado Democrático, como o brasileiro.

Há de se observar que essa garantia não se trata de uma possibilidade, uma faculdade que é concedida ao Juiz, mas, antes, uma imposição que pretende possibilitar o controle das decisões judiciais, assegurando até mesmo uma eventual impugnação (MENDES; BRANCO, 2015).

2.2 Fundamentação e legislação processual infraconstitucional

Em observância às determinações constitucionais, como não poderia deixar de ser, instituiu o atual Código de Processo Civil, em seu art. 11, entre suas normas fundamentais, a publicidade de todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário, e, ainda, o dever de fundamentação de todas as suas decisões, sob pena de nulidade (BRASIL, 2015). Nota-se que o texto do art. 11, do CPC, não é uma inovação jurídica, trata-se na verdade de uma cópia exata da primeira parte do art. 93, IX, da Constituição Federal. Os princípios da publicidade e da motivação das decisões judiciais possuem uma estreita relação. O primeiro, funciona como um instrumento que busca garantir a eficácia do segundo, uma vez que garante a efetivação da participação no controle das decisões, seja pelas partes, pela sociedade ou pelo próprio Estado (JUNIOR, 2021).

Nessa mesma linha, Fredie Didier Junior (2021) esclarece que o dever de fundamentação possui duas funções primordiais. A primeira, endoprocessual, dedica-se a garantir às partes a possibilidade de conhecer as razões que levaram ao convencimento do julgador, além de fornecer subsídio aos juízes superiores, em eventual fase recursal. A segunda função, denominada extraprocessual, viabiliza o controle das decisões por uma via democrática participativa, exercida pelo povo. Aliás, como bem aponta o autor, o magistrado exerce uma parcela do poder que lhe é concedido pelo povo, conforme prevê a Constituição.

Há de se destacar, ainda do Código de Processo Civil, o art. 489, II, no qual o legislador definiu os fundamentos de fato e de direito como elementos essenciais da sentença. Os elementos essenciais são as partes que devem constar na estrutura da decisão judicial, que no nosso CPC, são: relatório, fundamentos e dispositivo (BRASIL, 2015).

No âmbito do processo penal, há de se citar a alteração realizada pela Lei n. 13.964 (Pacote Anticrime), de 2019, ao Código de Processo Penal, em que a carência de fundamentação das decisões jurisdicionais penais foi incluída como uma das hipóteses de reconhecimento de nulidade, adequando-se expressamente à determinação constitucional (BRASIL, 1941). Tendo em vista a severidade das restrições que podem advir de um processo com natureza penal, o dever de motivação alcança aqui máxima importância no combate à arbitrariedade judicial, uma vez que lida com direito à liberdade dos indivíduos (BRAGA, 2021).

3.A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA EM ROBERT ALEXY

No início de sua obra Robert Alexy expõe a seguinte ideia: a aplicação das leis não se limita à subsunção lógica dos fatos às normas abstratas. De acordo com ele, é possível verificar essa afirmação pelos motivos que se seguem: a) a linguagem imprecisa do Direito, b) o possível conflito de normas, c) a possibilidade de que pode haver casos que não se ajustem a nenhuma norma jurídica, e, por fim, d) a probabilidade de haver uma decisão que contrarie frontalmente alguma norma vigente (ALEXY, 2005).

Ante essas constatações, e da já apontada insuficiência do silogismo jurídico, Robert Alexy identificou a necessidade de uma justificação das decisões prolatadas pelos órgãos jurisdicionais nos casos em que a aplicação clássica do direito não se mostrar satisfatória ou suficiente, com o intuito de limitar a subjetividade do julgador e racionalizar sistematicamente os argumentos jurídicos que forem utilizados (ALEXY, 2005). Como acertadamente sintetiza Oliveira (2016), o problema central de toda sua teoria é a percepção por parte do autor da insuficiência do clássico método lógico-dedutivo quando se volta para a aplicação do direito.

3.1 Teoria geral do discurso racional prático

Alexy esboça, previamente, uma teoria do discurso racional prático, que servirá de escopo para sua teoria da argumentação aplicada ao Direito. Partindo dessa teoria geral do discurso racional prático, o autor transita para uma teoria do discurso jurídico por aquilo que ele chama de “regras de transição”. Surge, então, nesse contexto, a tese do caso especial, exposta mais adiante.

A razão prática pode ser definida como a capacidade humana de, por meio de um processo reflexivo, resolver sobre o que deve fazer. Considera-se prático esse processo sob dois aspectos, o primeiro diz respeito ao seu assunto, uma vez que se relaciona com a ação, e o segundo a sua consequência, posto que, como resultado da reflexão, as pessoas são impelidas a agir. Nesse tipo de raciocínio, o agente busca aquilo que seria melhor fazer de um ponto de vista pessoal, não levando em conta situações de fato ou a explicação, mas sim sua carga valorativa (WALLACE, 2020).

Toledo (2021) leciona que Alexy entende o discurso jurídico como um caso especial do discurso racional prático. Segundo ela, tanto o discurso jurídico quanto o prático geral atuam com questões práticas sobre o que deve ou não ser feito ou evitado, e, além disso, possuem uma pretensão de correção. Em outras palavras, a tese do autor sustenta que o

discurso jurídico faz parte do gênero (*genus proximum*) discurso prático geral, mas se comporta como espécie (*differentia specifica*), pelo fato de se relacionar com o direito válido, como as leis, os precedentes e a dogmática (OLIVEIRA, 2016).

O jurista distingue, ainda, a argumentação prática geral da argumentação jurídica pelo fato desta última acontecer com uma certa limitação. Ele observa que há diferentes tipos de discussões jurídicas, desde estudantes divergindo sobre determinada normal legal às deliberações judiciais, que possuem um aspecto institucional, cada situação comporta uma limitação diferente, tendo em vista que nem todas as questões estão abertas à discussão (ALEXY, 2005).

Como característica da argumentação prática racional, tem-se ainda a pretensão de correção. Alexy concebe a possibilidade de existência de mais de uma resposta correta no Direito, mas entende, contudo, que a resposta dada, seja ela qual for, deve ser correta. A verificação de que se está ou não correta acontece pela observação da fundamentação da decisão, se está fundamentada, está correta (TOLEDO, 2021).

3.1.1 As regras do discurso prático geral

A teoria do discurso prático geral apresentada pelo jurista alemão é, na verdade, fruto de uma investigação realizada pelo autor de algumas teorias do discurso prático. É formada por conjuntos de regras expostas a seguir. O primeiro conjunto de preceitos são as chamadas (1) regras básicas, elas são responsáveis por possibilitar a comunicação entre os oradores. Esse conjunto é composto por quatro regras: 1.a) nenhum orador pode se contradizer; 1.b) cada orador afirma apenas aquilo que acredita; 1.c) a aplicação de predicados por parte de um orador deve ser o mesmo para objetos semelhantes; e 1.d) deve haver um consenso entre os oradores quanto ao significado das expressões (ALEXY, 2005).

O segundo conjunto são as chamadas (2) regras de racionalidade. Essas destinam-se a justificação das afirmações feitas pelos oradores, tendo em vista que aquele que afirma algo, deve estar preparado para justificar o seu porquê, demonstrando sua veracidade (CONSTANTINOV, 2016). Nesse ponto, tem-se o que o autor denominou de regra geral de justificação, sendo seu conteúdo o seguinte: 2.a) o locutor tem que justificar suas afirmações quando lhe pedem, exceto quando apresente um motivo justificável pelo qual não possa fazê-lo (ALEXY, 2005).

Da regra geral de justificação, o autor ainda relaciona com ela três outras regras (baseadas no discurso ideal de Habermas), que são: 2.a.a) qualquer pessoa capaz de falar pode participar do discurso, 2.a.b) todos podem problematizar uma afirmação, introduzir uma nova afirmação e expressar-se (atitudes, desejos e necessidades), e 2.a.c) nenhum orador pode ser impedido de exercer esses direitos por conta de coerção (ALEXY, 2005).

O terceiro grupo é formado pelas (3) regras para partilhar as cargas de argumentação, caracterizada pela distribuição entre os oradores das regras dos conjuntos anteriores. Sob esse aspecto, é garantida a qualquer pessoa a possibilidade de problematizar algo que foi afirmado na discussão. Os preceitos listados por Alexy são: 3.a) tratamentos diferentes para oradores diferentes devem ser justificados, 3.b) o ataque à afirmação ou norma que não é objeto de discussão deve ser devidamente justificado, 3.c) a apresentação de novos argumentos é cabível apenas na hipótese de argumentos anteriores serem objeto de contestação, e 3.d) os oradores podem inserir argumentos que não fazem parte da discussão, desde que justifiquem o motivo pelo qual o fizeram (ALEXY, 2005).

O quarto conjunto de regras trata sobre as (4) regras de justificação. Alexy levou em consideração para a formulação desse conjunto os princípios de generalizabilidade de Hare, Habermas e Baier. Essas regras são as seguintes: 4.a) os oradores devem aceitar as consequências que advirem das regras que afirmam para os outros oradores, 4.b) todos os locutores devem anuir às consequências oriundas das regras, 4.c) as regras devem ser claras e ensinadas para todos e, por fim, 4.d) os limites dados de realização devem ser considerados (ALEXY, 2005).

3.1.2 As regras de transição

Diante dos preceitos anteriormente apresentados, é necessário a possibilidade de transição dessas regras de um discurso prático para um discurso mais especializado, vencendo a generalidade do primeiro. Essa possibilidade é garantida pelas chamadas regras de transição (CONSTATINOV, 2016).

As regras nessa fase são as seguintes: 5.a) a possibilidade de que qualquer orador transite para um discurso teórico, e a qualquer tempo, 5.b) a possibilidade de que qualquer orador transite para um discurso linguístico analítico, e a qualquer tempo, e 5.c) a possibilidade de que qualquer orador transite para um discurso-teórico-discurso, e a qualquer tempo (ALEXY, 2005).

Todas essas normas argumentativas apontadas por Robert Alexy, como já salientado, resultam de uma análise feita pelo jusfilósofo de várias outras teorias do discurso prático. A observância desses preceitos, ainda que dentro daquilo que seja possível, sinaliza um avanço em direção à um discurso racional, fundamentado e justificado.

3.2 Teoria da Argumentação Jurídica

Identificadas as carências do processo de fundamentação das decisões judiciais e delimitada a teoria geral do discurso prático racional, Robert Alexy parte então para a sistematização da sua Teoria da Argumentação Jurídica. Nesse ponto, o autor trata da justificação dos discursos jurídicos. Ele identifica duas faces da justificação: a interna e a externa. A primeira diz respeito à verificação lógica das premissas usadas pelo julgador na fundamentação, e a segunda relaciona-se com a correção das premissas utilizadas na justificação primeira (ALEXY, 2005).

É conveniente esclarecer que, apesar de suas diferenças metodológicas, as justificações interna e externa possuem uma íntima ligação, conservando muitas vezes campo comum de atuação, esse entrelaçamento pode ser verificado mais claramente na exposição da teoria (CARNEIRO, 2018).

3.2.1 A justificação interna

A justificação interna é o ponto de partida na teoria de Alexy para a construção racional das fundamentações judiciais. Aqui, serão identificadas quais premissas serão utilizadas no ato decisório. Nesse estágio, o Juiz exerce majoritariamente o silogismo lógico e jurídico, anteriormente comentado, na busca de estabelecer uma correspondência entre a norma e o fato, onde deve assentar a subsunção que ele utilizará como fundamento da sua decisão.

Robert Alexy, ainda nessa fase, elencou cinco regras que regulamentam a justificação interna, que são: a) em um julgamento jurídico, a fundamentação tem que possuir ao menos uma norma universal, o que determina a igualdade formal de todos em face da justiça, b) o julgamento jurídico deve se fundamentar partindo logicamente de pelo ou menos uma norma universal em conciliação com outras proposições afirmativas, c) em casos em que as duas primeiras regras não forem satisfatórias, será necessário uma nova linha argumentativa, com uma nova regra que solucione o impasse, d) a quantidade de passos lógicos dedutivos necessários é aquele que cumpra suficientemente a aplicabilidade de determinadas expressões sem haver mais disputas, e e) na argumentação

jurídica, a fundamentação deve articular tantos passos silogísticos forem possíveis, com o fim de não se deixar lacuna na argumentação desenvolvida (ALEXY, 2005).

Não é objeto de preocupação, nessa fase, se as premissas utilizadas são ou não válidas, isso é tratado na justificação externa. As premissas aqui utilizadas podem ser de diferentes tipos, como a) regras da lei positiva, b) afirmações empíricas e c) aqueles que não são nem uma coisa, nem outra (ALEXY, 2005).

3.2.2 A justificação externa

A justificação externa tem como objeto a justificação das premissas utilizadas na fase da justificação interna, a depender do tipo conforme foram discriminadas. As premissas podem ser do tipo: a) regras de lei positiva, que podem ser justificadas demonstrando a sua validade no ordenamento jurídico; b) afirmações empíricas, podendo ser aferidas de diferentes meios, desde métodos empíricos às regras que possuem o encargo probatório; já as premissas que c) não são nem empíricas nem lei positiva, são justificadas pela argumentação jurídica (ou argumentação legal), e, como esclarece Alexy, são o principal objeto da justificação externa (ALEXY, 2005).

Em síntese, pode-se classificar as formas de argumento em seis grupos e suas regras de justificação em seis grupos: a) interpretação (lei), b) argumentação dogmática, c) uso de precedentes, d) argumentação geral prática (razão), e) argumentação empírica (fatos), e, por último, f) as formas especiais de argumentos jurídicos (ALEXY, 2005).

4 A FUNDAMENTAÇÃO DO MINISTRO RELATOR

4.1 Contexto Fático e Jurídico

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, originária do Distrito Federal - DF, trata-se de arguição em que o Partido Democratas - DEM buscava a declaração de inconstitucionalidade de atos administrativos da Universidade de Brasília - UnB, do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília - CEPE e do Centro de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília - CESPE, que estabeleceram um sistema de reserva de cotas sob o critério étnico-racial, equivalente a 20% (vinte por cento) do total das vagas ofertadas.

Segundo a parte requerente, os atos impugnados infringem os seguintes preceitos fundamentais: a) artigo 1º, *caput*, que estabelece o princípio republicano, e seu inciso III, que definiu a dignidade da pessoa humana como fundamento da república brasileira; b) o artigo 3º, inciso IV, que veda o preconceito por cor e a discriminação dela decorrente; c) artigo 4º, inciso VIII, onde há o repúdio ao racismo; d) artigo 5º, incisos I, II, XXXIII, XLII e LIV, que preveem a igualdade, a legalidade, o direito à informação dos órgãos públicos, o combate ao racismo e o princípio do devido processo legal, que tem como um de seus corolários o princípio da proporcionalidade; e) o artigo 37, *caput*, que estabelece os chamados princípios da Administração Pública, que são a legalidade, a impessoalidade, a razoabilidade, a publicidade e a moralidade; f) artigo 205, *caput*, que universaliza a educação; g) artigo 206, *caput* e inciso I, igualdade de nas condições de acesso ao ensino; h) artigo 207, *caput*, onde fica instituída a autonomia universitária; e, por fim, c) o artigo 208, inciso V, que determina a meritocracia como critério de acesso aos níveis mais elevados de ensino, onde deve ser considerado a capacidade de cada um.

Considerando a natureza e abrangência do tema, é possível constatar que o debate não se limita apenas às partes processuais, dado que a questão fundamental a ser discutida pelo Supremo Tribunal Federal - STF é se programas de ação afirmativa, que estabelecem reserva de cotas sob o critério étnico-racial, estão de acordo ou não com a Constituição Federal de 1988.

4.2 Processo de argumentação

4.2.1 Questões preliminares e a limitação do discurso jurídico

Partindo da sua tese do caso especial, Robert Alexy aponta a variedade nas formas de manifestação do discurso jurídico, não se apresentando de maneira uniforme. O discurso jurídico pode se externar em diferentes contextos e com oradores de, até mesmo, distintas áreas do conhecimento. Todos os tipos de discussões jurídicas possuem marcantes diferenças entre elas, algumas ocorrem em um tempo previamente determinado, outras, portam um caráter institucional, e pode-se falar ainda naquelas que ocasionam uma alteração na realidade, enquanto outras se restringem ao plano da teoria, especulativo.

Apesar de todas essas diferenças, essas discussões conservam, como nota mais comum, o fato de que a argumentação que as compõem é necessariamente, e ao menos em parte, jurídica, ou seja, possui uma relação com a lei válida, *lato sensu*. Dessa constatação, Robert Alexy evidencia-se uma limitação da argumentação jurídica, limitação

essa que pode variar, a depender das circunstâncias que permeiam a discussão (ALEXY, 2005).

É possível identificar essa limitação durante todo o voto do relator. Como exemplo, podemos citar as questões preliminares que o ministro necessariamente teve de se ater, os pontos que foram apreciados antes de entrar no mérito.

O primeiro ponto enfrentado pelo decano no seu voto é relacionado ao cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental ao caso que se apresenta. Apesar de ser constitucionalmente prevista, a ADPF tem sua regulamentação na lei n. 9.882, de 1999, ou seja, uma legislação ordinária, como quis o constituinte. O ordenamento brasileiro apenas admite o uso da ADPF nos casos em que não houver outro meio que se mostre eficaz para sanar a lesividade que é objeto de impugnação, tudo isso em respeito ao chamado princípio da subsidiariedade.

A demonstração do cabimento da ADPF deve ser demonstrada na peça inicial, a fim de que seja apreciada preliminarmente pelo relator. Como bem esclarece o ministro, seguindo o entendimento da corte, é necessário para que fique satisfeito o princípio da subsidiariedade a inexistência de instrumento processual alternativo a ADPF que seja capaz de suprir, eficazmente, o provimento judicial. No presente caso, entendeu o relator pelo cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental 186 do Distrito Federal, porquanto atende satisfatoriamente aos requisitos legais e jurisprudenciais essenciais.

Como questão preliminar, foi analisada ainda a possível conexão entre a ADPF 186/DF e a ADI 3.197/RJ, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, tendo como fundamento o fato de ambas as ações terem a mesma causa de pedir, ou seja, a inconstitucionalidade de cotas para negros em sede das universidades públicas. Todavia, entendeu o relator pela impossibilidade da referida conexão, seguindo entendimento jurisprudencial da corte constitucional de que não é possível conexão nas ações que possuem caráter abstrato, ou seja, que não tratem diretamente de um caso concreto, objetivo.

4.2.2 Isonomia formal e material

O relator ao tratar do mérito considera, inicialmente, o princípio da igualdade previsto no *caput* do art. 5º, da Constituição. Esse princípio encontra lugar como um dos elementos essenciais que cercam a discussão a respeito da adoção do sistema de cotas como critério

para ingresso no ensino superior. Preocupou-se o ministro em demonstrar que o constituinte originário não se limitou a estabelecer apenas a igualdade formal entre as pessoas que se encontram sob o poderio do Estado, mas, também, a igualdade material, com o propósito de influenciar efetivamente nos enlances sociais.

O ministro defende que esse entendimento constitucional concede ao Estado a permissão para se utilizar dos instrumentos que se demonstrarem eficazes na busca de efetivar a igualdade na sociedade, tanto no seu aspecto formal, quanto substancial, desde que observado as devidas proporções em cada caso. Dentre os instrumentos que podem ser utilizados, temos as denominadas ações afirmativas.

Em decorrência de seu conteúdo principiológico, não é possível realizar a subsunção “perfeita” da norma (princípio da isonomia) ao caso concreto, ainda que se trate de uma norma abstrata de caráter universal, como nomeia Robert Alexy. Aqui, respeitando a natureza da norma, convém atestar a incidência do princípio constitucional sobre a situação apreciada, devendo aquele que possui o poder de julgar observar, na sua tomada de decisão, guardar, naquilo que for possível, a Constituição e os direitos fundamentais que nela estão expressos.

Fala-se, atualmente, no meio jurídico, sobre o processo de constitucionalização dos diversos ramos do direito, tanto público quanto privado. Esse processo tem como fundamento a supremacia da Constituição em face de todo o ordenamento jurídico. Dessa forma, tendo em vista seu caráter normativo, a Constituição Federal se encontra hoje no ápice da pirâmide jurídica, assim, todos os atos do poder público devem, antes de qualquer coisa, estar alinhados aos ideais constitucionais.

Argumentos que se fundamentem no texto constitucional (lei válida) são não apenas justificados, mas, antes, necessários. Como anota Robert Alexy (2005), na exposição da justificação interna, os argumentos jurídicos devem partir de, ao menos, uma norma universal. A necessidade de sua universalidade se mistura com a ideia de justiça formal, que designa a obrigação de tratar da mesma maneira todas as pessoas que sejam iguais.

4.2.3 Uso de precedentes

Durante todo o seu voto, o relator se utiliza de uma variedade de precedentes com a finalidade de fundamentar e justificar sua decisão. No momento em que argumenta sobre o cabimento da ADPF 186/DF, trouxe como forma de fundamentação a ementa de uma outra ADPF, a de n. 33, originária do estado do Pará, de relatoria do ministro Gilmar

Mendes. Nesta, como esclarece o ministro Ricardo Lewandowski, o STF entendeu que “para aferir-se a subsidiariedade, é preciso ter em conta a inexistência ou não de instrumentos processuais alternativos capazes de oferecer provimento judicial com eficácia ampla, irrestrita e imediata para solucionar o caso concreto sob exame” (STF. Supremo Tribunal Federal. ADPF: 186 DF, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Data de Julgamento: 26/04/2012. Data de Publicação: DJe Public 20/10/2014).

Ao tratar especificamente das políticas de ação afirmativa, o ministro elenca um conjunto de julgados em que o Supremo Tribunal Federal admitiu a constitucionalidade dessas políticas, como MC-ADI 1.276-SP, Rel. Min. Octávio Gallotti, a ADI 1.276/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, o RMS 26.071, Rel. Min. Ayres Britto e a ADI 1.946/DF, Rel. Min. Sydney Sanches e a MC-ADI 1.946/DF, Rel. Min. Sydney Sanches.

O relator teve de considerar, ainda, sobre a inexistência, cientificamente comprovada, do conceito biológico de raça na espécie humana, e se isso impediria de alguma forma a adoção de critério étnico-racial com a finalidade de seleção entre as pessoas. Nessa discussão, o ministro apontou que esse tema já havia sido, anteriormente, enfrentado pela Suprema Corte, a saber, no HC 82.424-QO/RS, de relatoria do ministro Maurício Corrêa. Neste HC, foi discutido pelos STF o significado jurídico do termo racismo, que foi adotado pela Constituição Federal de 1988.

Considerando a influência dos Estados Unidos da América no desenvolvimento e compreensão das políticas de ação afirmativa, o relator expôs um conjunto de julgamentos da suprema corte americana que versavam sobre o tema, como o caso *Regents of the University of California v. Bakke*, de 1978, em que se permitiu a adoção de raça como elemento de admissão por instituições de ensino superior. E, ainda, o caso *Grutter v. Bollinger*, de 2003, em que se voltou a discutir *Regents of the University of California v. Bakke*.

Todos esses exemplos demonstram a inegável relevância dada ao instituto do precedente jurídico pelo ordenamento brasileiro e, igualmente, sua importância para o Poder Judiciário quando no exercício de sua função jurisdicional. Robert Alexy (2005, p. 258), não ignorando a expressividade dos precedentes, aponta que “uma teoria da argumentação jurídica que deixe de levar em conta a regra dos precedentes perderia um dos mais característicos aspectos da argumentação jurídica”.

Tendo isso em vista, Alexy aponta que os precedentes devem ser seguidos em observância ao princípio da universalidade, ao imposto de que casos iguais devem ser, necessariamente, tratados de modo igual, e à ideia da justiça formal. Contudo, o autor faz a ressalva de que dois casos não são totalmente idênticos, ainda que em suas circunstâncias relevantes possam ser semelhantes. Há, ainda, a possibilidade de que um fato atual seja exatamente igual ao anterior em suas circunstâncias relevantes, mas a forma que essas circunstâncias são abordadas tenha mudado com o passar do tempo. O jusfilósofo chama atenção para essa última hipótese; ele entende que, nos casos que se apresentarem nessas circunstâncias, exige-se respeito ao precedente, ao menos em princípio, admitindo-se exceções e estando sujeitos ao encargo do argumento (ALEXY, 2005).

Ainda sobre a importância do precedente no discurso jurídico, Robert Alexy (2005, p. 260) assinala que “ao assegurar a estabilidade, a prática do seguinte precedente contribui ao mesmo tempo para a certeza jurídica e a proteção da confiança na tomada de decisão judicial”. O autor elenca duas regras gerais que devem ser observadas na utilização de precedentes, a fim de garantir sua racionalidade. A primeira é que a) se um precedente pode ser citado, seja ele a favor ou contra aquilo que se decide, ele deve ser, e a segunda é que b) aquele que partir de um precedente fica com o encargo do argumento (ALEXY, 2005). Destaca-se que o ministro, ao invocar os precedentes em sua fundamentação, preocupa-se em esclarecer qual ponto do caso anterior aplica-se ao atual caso discutido.

4.2.4 Argumento genético e igualdade

Em alguns momentos, o relator faz uso em sua fundamentação daquilo que Robert Alexy chama de argumento genético. Esse argumento se baseia na ideia de que uma interpretação resta justificada por ser ela a intenção do legislador. O filósofo aponta, ainda, que esse argumento pode se apresentar de duas formas. A primeira, é a de que aquela interpretação se justifica por corresponder diretamente à intenção do legislador, e a segunda, se apresenta como a ideia de que o legislador adotou determinada medida com o objetivo de atingir alguma finalidade específica, sendo essa finalidade a conclusão interpretativa (ALEXY, 2005).

Ao tratar do princípio da igualdade, por exemplo, o ministro tenta demonstrar que o constituinte não se ateve:

simplesmente, a proclamar o princípio da isonomia no plano formal, mas buscou emprestar a máxima concreção a esse importante

postulado, de maneira a assegurar a igualdade material ou substancial a todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no País, levando em consideração – é claro - a diferença que os distingue por razões naturais, culturais, sociais, econômicas ou até mesmo acidentais, além de atentar, de modo especial, para a desequiparação ocorrente no mundo dos fatos entre os distintos grupos sociais. (STF. Supremo Tribunal Federal. ADPF: 186 DF, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Data de Julgamento: 26/04/2012. Data de Publicação: DJe Public 20/10/2014)

O relator demonstra que, então, ao elaborar a Constituição Federal, o constituinte originário propiciou um conjunto de instrumentos que possuem a finalidade de efetivar materialmente a igualdade, tendo a intenção de transpor a simples ideia de igualdade formal. Aqui, é possível relacionar a interpretação do ministro com a segunda forma de manifestação do argumento genético, ao passo que ele entende a configuração constitucional e os instrumentos nela dispostos como meio de se alcançar uma finalidade específica, que, em última análise, é a igualdade substancial.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como demonstrado, a fundamentação das decisões judiciais se apresenta como elemento essencial e eficaz em um estado republicano. Sua adoção e aplicação, contudo, deve obedecer ao atual estado de conhecimento e entendimento da sociedade, da evolução da ciência do direito e seus métodos. Tudo isso, claro, em respeito à complexa, e ainda não totalmente compreensível, racionalidade humana.

A Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy demonstra-se como um grande avanço na pesquisa e na prática racional do Direito. Contudo, não se pode esperar que da teoria alexyana se resolva todos os problemas do complexo fenômeno jurídico, ainda que dela se possa extrair elementos consideráveis. Da análise da ADPF 186/DF, sob a perspectiva da teoria do discurso jurídico de Robert Alexy, depreende-se a abrangência da mesma e sua aplicação prática, alcançando as diferentes formas e recursos argumentativos que foram utilizados pelo ministro relator em sua fundamentação, disponibilizando valiosos artifícios que, se bem empregados, amparam o operador do Direito em sua função elementar, que é interpretar a lei.

O ministro Ricardo Lewandowski, na sua argumentação, se utilizou de uma quantidade considerável de elementos jurídicos, como precedentes, dogmática jurídica, silogismo lógico, argumentação empírica, entre outros. Obviamente, não é possível se esperar do decano que ele trate em sua fundamentação de todos os aspectos da discussão, especialmente quando se considera os aspectos sociais, históricos, políticos e antropológicos. Entretanto, verifica-se uma preocupação do ministro em não formular uma motivação puramente jurídica, mas considerou a discussão sob os prismas que entendeu relevante.

Tratando especificamente das ações afirmativas, convém apontar que o então Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, ratificou a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, por meio do decreto n. 10.932/2022. A referida convenção, em seu art. 5º, compromete seus “Estados Parte” a adotarem as políticas especiais e ações afirmativas que entenderem necessárias para garantir o livre exercício dos direitos fundamentais dos grupos que sejam sujeitos ao racismo, à discriminação racial ou formas equivalentes de intolerância, com a finalidade de promover a igualdade (BRASIL, 2022).

Ademais, importa anotar que a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância possui, então, *status* constitucional, considerando tratar-se de convenção internacional sobre direitos humanos, e sua aprovação pelo Congresso Nacional se adequar ao trâmite desenhado pelo § 3º, art. 5º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005.

BRAGA, Matheus Andrade. **A tutela cautelar penal e o dever de fundamentação: uma proposta de modelo lógico-racional de decisão**. 2021. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/60376>. Acessado em: 23 mar. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 28 out. 2021.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 set. 2021.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 01 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Aguição de descumprimento de preceito fundamental nº 186/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 29 set. 2021.

_____. Decreto 10.932, de 10 de janeiro de 2022. **Promulga a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmado pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2013**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm. Acesso em: 22 mar. 2022.

BRITO, Letícia Sales. **O dever de fundamentação das decisões judiciais**: uma análise das decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins a partir do Código de Processo Civil de 2015. 2020. 87 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2894>. Acesso em: 24 out. 2021.

CARNEIRO, Rodrigo Alvares. A justificação interna e externa da máxima da proporcionalidade como argumento jurídico nas obras de Robert Alexy. **Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica**, v. 4, n. 1, 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistateoriasjustica/article/view/4016>. Acesso em: 23 mar. 2022.

CONSTANTINOV, Givanildo Nogueira. A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY: análise das bases teórico-filosóficas e estudo de suas regras formadoras. **e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho**, v. 6, n. 1, 2016. Disponível em: <https://direito.fasa.edu.br/?/fasajus/#7>. Acesso em: 23 mar. 2022.

DAMASCENO, Luiz Otávio Sales *et al.* Aspectos da Segurança Jurídica. **Brazilian Journal of Development**, v. 7, n. 5, p. 52243-52258, 2021. Disponível em: <https://brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/30350>. Acesso em: 19 out. 2021.

JACINTHO, Jussara Maria Morena; CRUZ, Jorge Flavio Santana. O PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NA REALIDADE DOS TRIBUNAIS. **Percurso**, [S.l.], v. 6, n. 37, p. 129 - 149, jun. 2021. ISSN 2316-7521. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/5311>. Acesso em: 13 mar. 2022.

JUNIOR, Fredie Souza Didier. **Curso de Direito Processual Civil**. 23. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

OLIVEIRA, Lucas Costa de. A tese do caso especial na forma da teoria do discurso: um estudo em Robert Alexy. **Teorias do Direito e Realismo Jurídico**, v. 2, n. 1, p. 254-269, 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/teoriasdireito/article/view/442>. Acesso em: 23 mar. 2022.

PORTO, Roberto Sotero de Mello; SCHENK, Leonardo Faria. MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES: NOTAS SOBRE SEU CONTEÚDO, HISTÓRICO E ALGUMAS CONTRADIÇÕES DO CPC/15. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 19, n. 1, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/33465>. Acesso em: 23 mar. 2022.

SABINO, Hugo Schayer; MARKMAN, Debora. Notas sobre a fundamentação das decisões do Supremo Tribunal Federal e a Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy. **Revistas de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**, v. 21, n. 1, 2018. Disponível em: <https://revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/view/7449>. Acesso em: 15 out. 2021.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, C. P. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOARES, M. N.; COUTO, M. B.; COSTA, J. C. DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO E PRECEDENTES NO NOVO CPC: UMA ANÁLISE À LUZ DO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, [S. l.], v. 13, n. 2, p. 554–576, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/29302>. Acesso em: 22 mar. 2022.

TOLEDO, Cláudia. Casos Trágicos: Nenhuma resposta correta? Uma abordagem segundo a Filosofia do Direito de Robert Alexy. **Revista Ética e Filosofia Política**, n. XXIV, v. I, p. 163-179, 2021. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3889061>. Acesso em: 23 mar. 2022.

WALLACE, R. Jay. Practical Reason. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/practical-reason/>. Acesso em: 23 mar. 2022.

A RETROATIVIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL FRENTE AO DIREITO INTERTEMPORAL

STEFANIA MARIA DA SILVA:
Acadêmica de Direito na Cidade
Universitária UNA Aimorés ⁸⁹

JENIFFER LORRANE COSTA SOUSA SILVA⁹⁰

(coautora)

FERNANDA PRATA MOREIRA RIBEIRO⁹¹

(orientadora)

RESUMO: O acordo de não persecução penal (ANPP) foi criado para ser um mecanismo voltado para a solução rápida de processos penais, onde o réu, com advogado, celebra o termo em audiência, perante o titular da ação penal, que é o Ministério Público, devendo ainda ter homologação judicial, cumprindo os requisitos para, posteriormente, não ter o oferecimento da denúncia e nem o prosseguimento da ação penal contra si. Entretanto, o ANPP era previsto dentro de Resoluções criados pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), sem lastro no ordenamento jurídico, o que dificultava a sua aplicação como medida despenalizadora e integrante da justiça penal negociada. Preocupado com essa situação, editou-se a Lei 13.964/2019, conhecida como pacote anticrime, acrescentando-se, ao Código de Processo Penal (CPP), o artigo 28-A, regulamentando o rito do ANPP. Essa lei trouxe uma nova discussão sobre a possibilidade ou não de retroatividade do acordo para os processos judiciais criminais que estão em andamento, tema do presente artigo.

Palavras-chave: Direito penal e processual penal. Acordo de não persecução penal. Direito intertemporal. Divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

⁸⁹ E-mail: stefaniasilva@gmail.com.

⁹⁰ Acadêmica de Direito na Cidade Universitária UNA Aimorés - E-mail: jeny.almenara_@hotmail.com.

⁹¹ Advogada e Consultora Jurídica em Direito Público, com ênfase em Direito Tributário. Especialista e Mestre em Direito Público. Integrante da Banca Examinadora de Direito Tributário e Legislação Tributária de Concursos organizados pela Fundação CEFET. Professora de Direito Tributário e de Direito Processual Tributário em cursos de Pós-Graduação e preparatórios para carreiras jurídicas. Professora de Direito Constitucional Tributário, Tributos em Espécie e Execução Fiscal e Sistema Tributário Nacional e a Atividade Empresarial do Centro Universitário UNA – Belo Horizonte/Contagem, em Minas Gerais.

ABSTRACT: The non-prosecution agreement (ANPP) was created to be a mechanism aimed at the quick solution of criminal proceedings, where the defendant, with a lawyer, celebrates the term in a hearing, before the holder of the criminal action, which is the Public Ministry, and must also have judicial approval, fulfilling the requirements for, later, not having the offer of the complaint or the continuation of the criminal action against him. However, the ANPP was foreseen within the Resolutions created by the National Council of the Public Ministry (CNMP), without ballast in the legal system, which made it difficult to apply as a decriminalizing measure and part of the negotiated criminal justice. Concerned with this situation, Law 13,964/2019, known as the anti-crime package, was enacted, adding article 28-A to the Criminal Procedure Code (CPP), regulating the ANPP rite. This law brought a new discussion about the possibility or not of retroactivity of the agreement for the criminal lawsuits that are in progress, the subject of this article.

Keywords: Criminal law and criminal procedure. Non-prosecution agreement. Intertemporal law. Doctrinal and jurisprudential differences.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A retroatividade do acordo de não persecução penal. 2.1. Os meios alternativos de resolução de conflitos. 2.2. A evolução histórica e legislativa do ANPP. 2.3. A lei penal no tempo e o ANPP: natureza jurídica desse novo instituto. 2.4. A retroatividade do ANPP: correntes doutrinárias. 2.5. A retroatividade do ANPP: posição dos Tribunais Superiores. 3. Considerações finais. 4. Referências

1. INTRODUÇÃO

A história do mundo é, antes de tudo, pautada do cometimento de condutas criminosas. Sempre houve uma preocupação maior, de qualquer nação, em proteger determinados valores jurídicos, eleitos no meio social, para que pudessem ser apostos dentro do ordenamento penal.

Diante disso, a punição estatal se torna necessária, até mesmo para coibir que novas condutas possam ser praticadas e não coloquem em risco a vivência de todos na sociedade. Para se ter uma ideia, todas as legislações, desde o Código de Hamurabi, trouxeram disposições penais, com as suas respectivas penalidades.

Entretanto, de nada adiantaria ter o Direito Penal se não existissem mecanismos para processamento das infrações cometidas. Assim, coube aos mais diversos países preverem a legislação processual como meio de angariar elementos para a condenação final.

A sociedade, que evolui em progressão geométrica, com novas necessidades, tornou-se complexa, ao passo que a legislação do Estado evolui em escala aritmética, demorando a dar a resposta para os crimes praticados por qualquer cidadão.

É a partir dessa necessidade de modernização da legislação que nascem os mecanismos consensuais na Justiça Penal. Seguindo as inúmeras ondas criadas, em solo nacional, uma mais recente merece consideração, que é a disposição do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP).

O ANPP tinha previsão normativa anteriormente fixada por meio das Resoluções de nº 181, datada de 7 de agosto de 2017 e posteriormente modificada pela Resolução de nº 183, datada de 24 de janeiro de 2018, ambas editadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

Para se ter maior segurança jurídica nesse novo instituto jurídico, coube ao legislador, a partir da edição da Lei 13.964/2019, conhecida como pacote anticrime, criar o ANPP dentro do Código de Processo Penal (CPP), para que este não ficasse restrito somente a normas infralegais, ou seja, regramentos abaixo da lei.

O tema do presente artigo é discutir a possibilidade de retroatividade, ou não, do ANPP e, se possível, a partir de qual momento ele deve ser fixado. Antes, serão debatidos pontos necessários, tais como meios alternativos para resolução de conflitos, a evolução histórica do ANPP, a lei penal no tempo e a natureza jurídica do ANPP e, a posição dos Tribunais Superiores quanto à retroatividade.

2.A RETROATIVIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

2.1 Os meios alternativos de resolução de conflitos

Antes de adentrar em quais são os meios alternativos para solução de conflitos em matéria penal, é preciso discorrer brevemente sobre um tema anexo e de muita importância para a área criminal, que é a justiça penal negociada.

Conforme ensina Andrade (2018), a justiça negociada pode ser caracterizada como meio onde as partes, em comum acordo, ditado por termos previstos na lei, chegam a um consenso para solucionar determinado conflito, envolvendo bens jurídicos para ambos.

É evidente que a justiça negociada pode ser vista como evolução, pois facilita que, em determinados momentos, partindo de critérios legais, tenha-se um processo mais reduzido, mais célere, satisfazendo, assim, dois interesses ao mesmo tempo, que é o do Estado em resolver o conflito e o das partes em evitar a demora da marcha processual.

Essa forma de justiça, segundo ensina Barros (2020), tem nascimento a partir do sistema norte americano, através de dois modelos distintos, que são a *plea bargaining*⁹² e a *guilty plea*.⁹³

Em que pese a justiça negociada não ter sido adotada no Brasil de forma plena, parte dela pode ser vista espalhada ao longo da legislação penal. Para fins de consideração neste artigo, serão apresentados aspectos dos institutos da Lei 9.099/1995 (transação penal, suspensão condicional do processo e composição de danos), a delação premiada e, por fim, adentrar em tópico específico sobre o ANPP.

Nas ideias trazidas por Nucci (2017), a entrada em vigência da Lei 9099/1995 teve por objetivo criar, em solo nacional, alguns mecanismos tidos como despenalizadores, com a particularidade de facilitar o processamento de crimes previstos como de menor potencial ofensivo e, ao mesmo tempo, dar celeridade para o Poder Judiciário.

Segundo cita Barros (2020) a transação penal está prevista a partir do artigo 76 da Lei 9099/1995⁹⁴, somente se aplicando a crimes com potencial ofensivo reduzido, onde a pena máxima não seja superior a 2 anos. Nessas situações, ao receber o procedimento em mãos, caberá ao Promotor de Justiça não oferecer a denúncia, mas, sim, propor a aplicação imediata de multa ou penas restritivas de direitos, devendo especificar quais são os termos da proposta.

Cumprido esclarecer, em relação à transação penal, segundo ensinado por Andrade (2018), que somente será aplicável transação para crimes cujas penas sejam não superior a 2 anos, podendo ser cumuladas ou não com a pena de multa, o que encontra definição dentro do artigo 61 da Lei 9.099/1995.

92 O *plea bargaining* é instituto de origem na *common law* e consiste numa negociação feita entre o representante do Ministério Público e o acusado: o acusado apresenta importantes informações e o Ministério Público pode até deixar de acusá-lo formalmente.

93 Guilty Plea ou plea guilty: aqui, nesse instituto, o acusado expressamente declara sua culpa e, em contrapartida, recebe uma compensação como, por exemplo, redução na pena imposta

94 Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

Nas lições de Nucci (2017), feita a proposta por parte do Ministério Público, o papel do juiz será homologar o acordo, analisar a legalidade do ato e se a medida aplicada é adequada.

Ainda dentro da Lei 9.099/1995, em seu artigo 7495, o legislador criou a possibilidade de composição civil de danos. Trata-se de instituto que também é estudado dentro da ideia de uma justiça penal negociada, abrindo-se a possibilidade de um processo mais célere por parte do Poder Judiciário.

Para Andrade (2018), a composição civil de danos é uma possibilidade de acordo antes de iniciar o processo penal, estabelecido entre autor do fato criminoso e ofendido, visando que se tenha reparação do que foi praticado.

Como ensina Nucci (2017), o propósito da composição civil de danos é instituir o diálogo entre as partes, para que a vítima possa, de fato e efetivamente, participar do processo e criar condições para que a reparação ocorra de forma justa, visando, assim, uma reconciliação social.

Prosseguindo pelos institutos despenalizadores, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais ainda trouxe previsão sobre a suspensão condicional do processo, que encontra respaldo dentro do artigo 89 da mencionada lei 96.

Nas palavras de Nucci (2017), a suspensão do processo, feita de forma condicional, é nítido instituto jurídico de política criminal, voltado para beneficiar o acusado. Ela ocorrerá após o recebimento da denúncia oferecida pelo Ministério Público, onde o acusado irá cumprir condições legais, visando extinguir a punição para crimes cuja pena mínima seja igual ou inferior a 1 (um) ano.

Ainda em relação à suspensão condicional do processo, ensina Barros (2020) que, uma vez cumpridos os requisitos trazidos pelo artigo 89 da Lei 9.099/1995, será direito

95 Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

96 Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

subjetivo do réu ter a seu favor o *sursis* processual, de maneira que o Ministério Público tem o dever e o poder de oferecer tal benesse ao acusado.

Por fim, dos institutos despenalizadores, a colaboração premiada é, sem dúvida, uma das mais efetivas a ser usada dentro do sistema de persecução penal, pelos benefícios que produz e pela capacidade que possui de resolução de infrações penais.

Historicamente, a colaboração premiada é matéria atinente ao direito anglo saxão, onde se tem colaboradores, informantes e pessoas que, ao lado da coroa, ajudam a solucionar questões criminais que o Estado, sozinho, não conseguiria (BARROS, 2020, p. 271).

Contudo, os casos mais famosos de colaboração premiada, nas palavras de Cabette e Sannini (2020), foram na Itália, na década de 70, através da luta empreendida contra crimes mais graves, tais como terrorismo e extorsões mediante sequestro.

Como conceito, ensina Barros (2020) que se trata de técnica investigativa onde um agente ativo, que comete infrações penais, confessa de forma voluntária toda a trama criminosa, indicando elementos para a investigação, de maneira a colaborar com a persecução penal.

O funcionamento da colaboração, conforme citado por Nucci (2017), passou a ter respaldo com a nova Lei 12.850/2013, responsável por prever os crimes de organização criminosa. É a partir da leitura do artigo 4º da citada lei 97 que a colaboração encontra fundamentação jurídica.

97 Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

- I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

Com essas considerações, mostra-se que a justiça negocial é uma realidade que veio para ser estabelecida e aprimorada dentro do sistema jurídico brasileiro. Contudo, a criação de institutos para essa forma de tratar o Direito Penal não parou nos que foram apresentados anteriormente, evoluindo até se chegar no tema central do presente artigo, que é o ANPP.

2.2 A evolução histórica e legislativa do ANPP

É preciso deixar claro que a sensação diária de quem labuta, trabalha e atua dentro do sistema penal é de que os mecanismos tradicionais de resolução de conflitos, com a existência do processo penal, carregado de etapas e atos a serem cumpridos, não traz a efetividade necessária e aumenta, assim, cada vez mais, a possibilidade de crimes e contravenções penais não serem investigados e punidos (CABRAL, 2018, p. 19).

Foi a partir dessa sensação que o legislador, nos termos propostos por Barros (2020), trouxe previsões e disposições sobre um acordo de não persecução penal, inserido no Código de Processo Penal a partir da Lei 13.964/2019.

Entretanto, antes de ser previsto dentro da legislação penal e processual penal, o instituto já existia em normas secundárias, mais especificamente nas Resoluções editadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Ensina Cabral (2020) que essas Resoluções do CNMP eram vistas com muita reserva e polêmica dentro do mundo jurídico.

A nível internacional, o histórico de possíveis acordos entre réu e órgãos acusadores encontra amparo em recomendações da Organização das Nações Unidas (ONU). Tem-se, nas palavras de Barros (2020), a Resolução de nº 45/110, conhecida como Regras de Tóquio, com dispositivos para que os países pudessem adotar medidas alternativas de resolução de conflitos em âmbito penal.

Pautado por este caminho criado pela Resolução de nº 45/110, diversos países adotaram posturas no sentido de atender esse documento jurídico da ONU. Cabral (2020) cita como exemplos as experiências criadas na França e na Alemanha, onde a atuação em ampla escala de Promotores de Justiça levou à adesão de acordos oferecidos a acusados de crimes, para que estes não tivessem contra si a denúncia e o início do processo, desde que cumprissem condições estabelecidas em lei.

Foi nesse influxo que o CNMP, tentando vencer as barreiras legislativas, editou, primeiramente, a Resolução 181, datada de 7 de agosto de 2017, intitulada como a primeira previsão de ANPP entre MP e réu.

A partir da entrada em vigência da mencionada Resolução, diversas vezes se voltaram contra as disposições trazidas pelo CNMP, já que, nas palavras de Lima (2020), havia dúvida sobre os limites da Resolução, visto que somente o Congresso Nacional poderia, por lei em sentido estrito, inovar no ordenamento jurídico.

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Contudo, Cabral (2019) lembra que, a partir de análise de decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) de nº 12, as Resoluções do CNMP possuem força normativa primária, da mesma forma que as Resoluções expedidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Por isso, poder-se-ia dizer que o ANPP reforça política criminal deferida constitucionalmente ao titular da ação penal, que é o MP.

Para sanar eventuais dúvidas e tentar dirimir as controvérsias, coube ao próprio CNMP editar outra Resolução, que foi a de nº 183, datada de 24 de janeiro de 2018, onde o ANPP seria submetido à homologação judicial, para se ter validade jurídica e ser efetivamente cumprido pelo réu.

Atento a toda essa discussão, coube ao legislador, através da Lei 13.964/2019, levar a mencionada técnica de solução de conflitos para dentro do CPP. Lima (2020) cita que a decisão do Congresso Nacional de colocar fim a esse embate sobre a constitucionalidade ou não do acordo já era tema ardente dentro do Legislativo Federal.

2.3 A lei penal no tempo e o ANPP: natureza jurídica desse novo instituto

Para entender melhor os efeitos do ANPP dentro do ordenamento jurídico, é preciso discorrer e apresentar alguns pontos relevantes da teoria geral do direito, principalmente do que seja a lei e seu papel dentro do sistema como um todo.

Nas lições de Nader (2014), a lei é a manifestação moderna do direito positivo, na medida em que é um ato vindo do legislativo e responsável por criar normas de acordo com o interesse social, atendendo, assim, às aspirações coletivas. É a partir da literalidade da lei que se modificam e se pautam os mais diversos ramos jurídicos, tais como o direito penal e o direito processual penal.

Para Nucci (2017a), uma vez aprovada determinada lei, em matéria penal, terá ela aplicação para os fatos praticados durante a sua vigência, atendendo, assim, ao princípio conhecido como *tempus regit actum*, ou seja, ao delito cometido em determinada época, será aplicada a lei vigente naquele momento.

Entretanto, pode ocorrer de determinada lei penal ter efeitos a serem considerados no tempo. Essas questões são nítidas mudanças sociais, tendo por objetivo, a partir das considerações do legislador, abrandar ou oferecer tratamento mais severo para alguma conduta criminosa.

Mirabete (2013) aponta que são quatro os efeitos da lei penal no tempo, que podem ser vistos a partir da *novatio legis incriminadora*, *abolitio criminis*, *novatio legis in pejus* e *novatio legis in mellius*. Cada conceituação será apresentada antes de definir em qual destes está o ANPP.

Masson (2020) destaca que a *novatio legis incriminadora* (nova lei incriminadora) é a existência de legislação que incrimina comportamentos humanos que antes eram tidos como atípicos, mas que, após a devida valoração legislativa, ingressam dentro do ordenamento jurídico repressivo como infração penal.

A *abolitio criminis*, expressão que significa abolição do crime, nas palavras de Nucci (2017a), pode ser conceituada como nova legislação que exclui, no sistema penal, um fato que, até então, era tido como criminoso. A previsão legal está dentro do artigo 2º do Código Penal Brasileiro (CPB).

A terceira hipótese de comportamento da lei penal a ser citada é a *novatio legis in pejus*. Como conceituação, propõe Mirabete (2013) que se trata de uma nova lei que agrava situação penal anteriormente existente. Em sendo assim, determinado tipo penal já existe, mas tem nova lei que aumenta a reprimenda, que cria qualificadora e, até mesmo, acresce circunstância agravante para a pena.

Por fim, existe a *novatio legis in melius*. Nos escritos de Greco (2012), a lei nova que favorecer o agente, como é conhecida essa expressão latina, traz situação mais benéfica ao réu, reduzindo pena, retirando qualificadora ou até mesmo agravante. Destarte, a figura penal não será revogada, mas somente atenuada por nova legislação penal.

Antes de mais nada, é preciso contextualizar a lei penal no tempo com os ditames constitucionais, visto que o comportamento da lei penal é uma garantia fundamental ao acusado. Na doutrina apregoada por Novelino (2021), a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) deixou claro, em seu artigo 5º, XL, que a lei penal não retroagirá, exceto para beneficiar o acusado.

Logo, analisando as disposições das quatro figuras aqui apresentadas, seguindo lição valiosa de Masson (2020), somente a *abolitio criminis* e a *novatio legis in melius* poderão atingir fatos anteriores à sua vigência.

Todas essas disposições apresentadas se referem à lei penal no tempo. Contudo, o comportamento das leis processuais penais se apresenta de forma diferente, por conta de ser o processo penal regido pelo princípio do *tempus regit actum*.

Capez (2017), discorrendo sobre o processo penal intertemporal, tece considerações sobre o princípio do *tempus regit actum*, ensinando que a lei do tempo rege o ato, de maneira que o processo penal não se importa com o momento que o fato foi praticado, aplicando-se a nova lei para os processos em andamento, depois que esta entra em vigência, mas preservando os atos processuais praticados pela lei anterior.

A partir disso, é imperioso entender que existem leis penais que possuem carga penal e carga processual penal, por impactarem diretamente nas duas esferas de atuação. Em sendo assim, essas normas são conceituadas como leis penais mistas ou leis penais heterotópicas.

Mirabete (2013), pautado no princípio da retroatividade benéfica, entende que devem as leis penais mistas ou heterotópicas seguirem as mesmas disposições da lei penal mais benéfica e da lei penal mais severa, ou seja, sendo benéfica ao acusado, deverá ela

retroagir e, não trazendo benefícios, só deverá ser aplicada para os atos praticados da sua vigência em diante.

Feita a introdução referente à lei penal e processual penal no tempo, é preciso agora discorrer sobre o ANPP, definindo a sua natureza e como ele será tratado a partir da sua entrada em vigência.

Nas pegadas de Lima (2020), o ANPP, instituído a partir do pacote anticrime, possui natureza jurídica de negócio extrajudicial, ou seja, celebrado antes do oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, em audiência designada para apresentação da proposta, devendo, posteriormente, ser homologado pelo magistrado competente.

Barros (2020) informa que o ANPP, mesmo que tido como negócio jurídico extraprocessual, possui regras que impactam tanto no processo penal quanto no direito penal, pois cria causa de extinção da punibilidade, na forma do artigo 28-A, § 13, do CPP.

Logo, o ANPP está dentro das normas tidas como mistas ou heterotópicas, devendo receber o mesmo tratamento que a lei penal mais benéfica, ou seja, se mais favorável ao acusado, deverá ela retroagir.

Contudo, a indagação que fica é a partir de qual marco temporal poderá o ANPP retroagir. Em outros termos, para os processos que estiverem em andamento, até que ponto se admite a possibilidade de o acusado ser chamado para celebrar o ANPP.

2.4 A retroatividade do ANPP: correntes doutrinárias

Lima (2020) anota que a Lei 13.964/2019 em nada trouxe apontamentos sobre a possibilidade de retroatividade do ANPP para ações penais que estavam em curso quando o pacote anticrime entrou em vigência.

Sendo assim, coube à doutrina discutir, a partir da interpretação sistemática deste pacote com as demais regras e princípios do ordenamento jurídico, se é possível retroagir e qual marco temporal seguir. Chega-se, assim, a esse debate com a análise da natureza jurídica do termo de acordo do artigo 28-A do CPP.

Tendo sido fixado o reconhecimento da natureza jurídica do ANPP como lei penal mista ou heterotópica, há quatro posicionamentos doutrinários sob até que ponto, para processos em curso, o ANPP poderá ser celebrado. Essas quatro correntes são: (1) até o recebimento da denúncia, (2) até o momento da sentença em primeiro grau, (3) retroatividade em grau recursal, (4) após o trânsito em julgado.

A primeira corrente trabalha com uma interpretação mais legalista do que está descrito no artigo 28-A do CPP, visto que o objetivo do ANPP é justamente evitar a proliferação de processos.

Lima (2020) ensina que o ANPP excepciona e mitiga a obrigatoriedade da ação penal, no sentido de não se impor mais ao titular da ação penal, no caso o Ministério

Público, o oferecimento da denúncia e o início da persecução penal. Assim, poderá o Promotor, dentro dos limites legais do artigo 28-A do CPP, oferecer ou não o acordo ao acusado.

Há uma outra motivação usada para essa corrente. Entende-se que a Lei 13.964/2019 deixa claro que o ANPP é um mecanismo extraprocessual, antes de oferecer a denúncia, visando oportunizar o consenso entre acusação e defesa. Por isso, não deve ele ser ofertado se a denúncia já foi oferecida e recebida pelo magistrado.

Neste sentido, tem sido o entendimento do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais por meio do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), que publicou o Enunciado nº 20, in verbis:

“ENUNCIADO 20 (ART. 28-A) Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei no 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.” (COMISSÃO ESPECIAL, 2020).

A segunda corrente de pensamento entende que o marco temporal para a aplicação retroativa do ANPP é antes da prolação da sentença penal condenatória. Trata-se de entendimento que é buscado a partir da interpretação entre a Lei 13.964/2019 e a CRFB/88.

Conforme trazido por Lopes Júnior e Josita (2020), o ANPP tem natureza jurídica mista, ou seja, tem dentro de si regras processuais penais e, principalmente, regras penais, visto que cria nova causa de extinção da punibilidade.

Nessa esteira de pensamento, ensina Rodrigo Leite Ferreira Cabral que:

O marco final para que possa celebrar o acordo de não persecução penal, a nosso sentir, é a sentença penal condenatória, não, portanto, sendo cabível o ANPP para os casos penais que se encontram na fase recursal. Isso porque, uma vez já tendo sido proferida sentença (condenatória), o acusado não poderia mais colaborar com o Ministério Público com sua confissão, que é, como visto, um importante trunfo político-criminal para a celebração do acordo. Ademais, já proferida sentença, esgotada está a jurisdição ordinária, não podendo os autos retornar ao 1º Grau, mesmo porque a sentença jamais poderia ser anulada, uma vez que hígida. (CABRAL, 2021, p. 238).

Assim, vislumbra-se que o principal argumento utilizado na defesa dessa vertente é a própria natureza mista do ANPP, remetendo à ideia de que deverá ser aplicada a retroatividade para beneficiar o agente, conforme o art. 5º, XL, da CRFB/88, tendo em vista o seu caráter benéfico, extintivo de punibilidade.

A terceira corrente entende que o ANPP poderá retroagir para beneficiar os acusados que estão sendo processados e tenha havido recurso, de maneira que a ação penal possa ser reavaliada pelo órgão superior.

Para parte da doutrina, como se nota em José Jairo Gomes e Danielle Torres Teixeira:

No que tange à atribuição para propor e à competência para homologar o acordo, ainda que o processo esteja em grau superior de jurisdição, parece indubitável a competência dos órgãos de primeiro grau (MP e juiz) para ultimar as medidas pertinentes, uma vez que dá não homologação do acordo pelo juiz é previsto o cabimento de recurso em sentido estrito (CPP, art. 581, inciso XXV), via adequada para impugnar apenas decisões prolatadas na primeira instância. Com efeito, no caso concreto, não é impossível que surja conflito a respeito das cláusulas do negócio e mesmo acerca de sua homologação. Nesse caso, há mister que a parte tenha instrumento processual apto a viabilizar o debate acerca da controvérsia e, pois, a efetiva revisão do ato. Por óbvio, caso a homologação ocorresse diretamente no segundo grau de jurisdição, não seria possível a interposição de recurso excepcional (recurso especial e extraordinário), pois neste é vedado o revolvimento de matéria fática. Afrontados, nesse caso, estariam os princípios do duplo grau de jurisdição, do contraditório e da ampla defesa (GOMES; TEIXEIRA, 2020, não paginado).

A quarta e última corrente de pensamento defende que o ANPP poderá retroagir para beneficiar os acusados mesmo que a relação processual já esteja protegida pelo manto da coisa julgada, ou seja, houve o trânsito em julgado e não cabem mais recursos pelas partes do processo.

Conforme ensina De Bem e Martinelli (2020), a retroatividade não pode ser impedida mesmo que já exista a pena, visto que os textos legais e o texto constitucional permitem que ocorra retroatividade de normas mais benéficas, ao dizerem que a lei não retroagirá, exceto se beneficiar o réu. Assim, a coisa julgada não pode impedir que uma norma mista possa alcançar processos já finalizados.

Pois bem, para concluir a presente pesquisa far-se-á o seguinte raciocínio: o acordo de não persecução penal possui inspirações internacionais, em mecanismos de consenso como, por exemplo, o alemão (§257c, StPO), o italiano (patteggiamento) e outros ordenamentos europeus de matrizes mais consolidadas que a

brasileira. E no âmbito do direito comparado, demonstrou-se que, nesses países, assim como na Espanha e em Portugal, a retroatividade da lei penal benéfica é extremamente pacificada. Tem-se, portanto, que em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro, bem como com os ordenamentos jurídicos europeus, o princípio da retroatividade da lei penal benéfica deve ser aplicado ao acordo de não persecução penal, que, como se demonstrou, muito embora se encontre esculpido em legislação processual, trata expressamente de preceitos materiais, configurando assim, norma processual mista/penal, devendo incidir nos processos em andamento iniciados anteriormente à vigência do art. 28-A do Código de Processo Penal. (FARACO NETO; LOPES, 2020).

2.5 A retroatividade do ANPP: posição dos Tribunais Superiores

Apresentadas as posições da doutrina, é preciso compreender agora qual o posicionamento da jurisprudência, ainda dos Tribunais Superiores, principalmente Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF).

Preliminarmente, Nader (2014) ensina que a jurisprudência pode ser conceituada como conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, proferidas para a solução judicial de conflitos, envolvendo casos semelhantes, não vinculando os julgadores, mas servindo como orientação para os demais casos sob análise do Poder Judiciário.

O STJ começou a discutir a possibilidade de retroatividade do ANPP a partir do ano de 2020, mediante divergência apresentada na 5ª e na 6ª Turma do referido Tribunal, responsável por analisar casos em matéria penal e matéria processual penal.

A 5ª Turma, no julgamento proferido nos **Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial de nº 1.668.298/SP, o STJ deixou consignado que o ANPP deve retroagir até o recebimento da denúncia.**

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO TENTADO. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. I – Os embargos declaratórios não constituem recurso de revisão, sendo inadmissíveis se a decisão embargada não padecer dos vícios que

autorizariam a sua oposição (obscuridade, contradição e omissão). Na espécie, à conta de omissão no v. acórdão, pretende o embargante a rediscussão, sob nova roupagem, da matéria já apreciada. II – Ademais, da simples leitura do art. 28-A do CPP, se verifica a ausência dos requisitos para a sua aplicação, porquanto o embargante, em momento algum, confessou formal e circunstancialmente a prática de infração penal, pressuposto básico para a possibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal, instituto criado para ser proposto, caso o Ministério Público assim o entender, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, na fase de investigação criminal ou até o recebimento da denúncia e não, como no presente, em que há condenação confirmado por Tribunal de segundo grau. III- Embargos de declaração rejeitados. (Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.1.668.298/SP, STJ, 5ª Turma, unânime, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 26.5.2020, publicado no DJ em 3.6.2020).

O fundamento dessa decisão, proferida pelo STJ, em sua 5ª Turma, ao que tudo indica, está na própria natureza do acordo, visto que este é um mecanismo extraprocessual para resolução de determinados crimes cometidos, devendo ser oferecido ao acusado antes de iniciar o processo penal, que ocorre no recebimento da denúncia pelo magistrado.

Por outro lado, dentro do mesmo Tribunal, há divergência aberta pela 6ª Turma, no julgamento proferido no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial de nº **1683890/SC**, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 25 de agosto de 2020, com publicação feita em 4 de setembro de 2020.

(...) o cumprimento integral do acordo de não persecução penal gera a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP), de modo que como norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao réu, deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado (art. 5º, XL, da CF)". (AgRg no HC 575.395/RN, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 8.9.2020, DJe 14.9.2020).

Pela lógica da decisão proferida pelo STJ, aplica-se, por analogia, o artigo 5º, XL, da CRFB/8898. Essa disposição traz o princípio da retroatividade penal mais benéfica, visto que a lei mais benéfica ao agente criminoso poderá retroagir. Como o pacote anticrime, na parte que cria o ANPP, é classificada com natureza mista ou híbrida, por ter disposições penais e processuais penais, deve tal legislação seguir o critério de retroatividade da lei penal mais benéfica.

Salienta-se que, em março de 2021, a divergência no STJ foi superada, tendo em vista que a 6ª Turma mudou sua posição e passou a aceitar a aplicação retroativa do acordo de não persecução penal, desde que a denúncia ainda não tenha sido recebida. A mudança do entendimento ocorreu através do julgamento do **HC 628.647, de relatoria da Ministra Laurita Vaz. Essa mudança de posicionamento veio justamente dos argumentos referentes à natureza mista do pacote anticrime.**

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A DO CPP, INTRODUCIDO PELA LEI N. 13.964/2019. NORMA HÍBRIDA: CONTEÚDO DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RETROATIVIDADE. POSSIBILIDADE ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relator Ministro Nefi Cordeiro. Relatora para acórdão Ministra Laurita Vaz. 6ª Turma).

Para o STF, Tribunal responsável pela interpretação constitucional, que possui o poder da última palavra, dividida em duas Turmas com 5 Ministros cada, ainda impera a divergência sobre a retroatividade do ANPP e o marco temporal de consideração.

Na 1ª Turma, nota-se um julgado datado de 2020, feito no HC 191464 AgR, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, referente à retroatividade.

EMENTA: Direito penal e processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP). Retroatividade até o recebimento da denúncia. 1. A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução

98 Art. 5º (...)

(...)

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o tempus regit actum. 2. O ANPP se esgota na etapa pré-processual, sobretudo porque a consequência da sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento é inaugurar a fase de oferecimento e de recebimento da denúncia. 3. O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. 4. Na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal, o que inviabiliza restaurar fase da persecução penal já encerrada para admitir-se o ANPP. 5. Agravo regimental a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: “o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia”. (HC 191464 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 11/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-280 DIVULG 25-11-2020 PUBLIC 26-11-2020).

Em seu voto condutor, o Ministro Barroso tece considerações sobre a natureza do ANPP, denotando que ele é um mecanismo extraprocessual para solução de lides penais, pré-processual, já que a sua celebração impede o prosseguimento da persecução penal. Tendo em vista esses argumentos, não poderia o acordo ser estipulado entre Ministério Público e réu se a denúncia já tivesse sido recebida.

Na 2ª Turma, ainda no ano de 2020, foi impetrado o HC de nº 185.913, onde se abre a divergência a respeito de qual deve ser o momento para se considerar possível a retroatividade do ANPP. O presente HC ainda não teve o seu julgamento de mérito proferido. Invocando argumentos políticos e jurídicos, o Ministro Gilmar Mendes, pela relevância da questão, afetou o referido remédio constitucional para julgamento em Plenário.

A partir da decisão do Plenário do STF, a divergência sobre o marco temporal da retroatividade do ANPP será pacificada, podendo ser adotada qualquer posição doutrinária

já apresentada, o que superaria o precedente trazido pela Primeira Turma, de retroagir antes da inicial acusatória, visto que, recebida a denúncia, já houve início do processo penal e não haverá mais possibilidade de oferecimento de acordo ao acusado.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema da retroatividade do ANPP se mostra ainda envolvido em diversas polêmicas, não tendo a doutrina e nem a jurisprudência chegado a um consenso de qual seria o marco temporal ideal para os processos em andamento.

O ANPP, sem dúvida, é instrumento que vem para facilitar e melhorar a persecução penal de determinadas infrações penais, na medida em que prioriza o ressarcimento e o pagamento de determinadas condições negociadas entre réu e acusação, com a devida homologação judicial.

Desde a sua edição com as Resoluções do CNMP, já era clara a intenção do legislador em colocar o ANPP dentro da legislação penal e processual penal, o que daria mais segurança a todos os operadores do direito.

Entretanto, falhou o Congresso Nacional ao editar a Lei 13.964/2019 e não trazer disposições sobre o direito intertemporal, para que a discussão fosse amenizada e, ao mesmo tempo, não rendesse tanta divergência.

Em sendo assim, algumas correntes foram formadas, na doutrina, o que ajuda a contribuir com a disseminação de ideias e debates sobre a aplicação correta do direito intertemporal.

Pelas quatro correntes propostas, a mais legalista e a que mais se amolda à natureza jurídica do ANPP é a primeira corrente, onde prevalece que o acordo somente pode ser oferecido e celebrado se a denúncia ainda não foi oferecida pelo MP e nem recebida pelo magistrado.

Partindo das premissas do artigo, a corrente que defende a aplicação do ANPP até se proferir a sentença penal condenatória parece mais justa, visto que oferece melhores condições para que o réu, ainda na fase processual, possa ter a sua situação melhorada.

Portanto, infere-se que o legislador, ao não prever, criou divergência desnecessária, mas que será sanada pela doutrina e jurisprudência, que indicará o caminho mais preciso a se seguir. Aparentemente, seria mais razoável a segunda corrente, por ser ela mais

benéfica ao acusado, visto que a lei que cria o ANPP, mista como é, deve retroagir para permitir que até a decisão condenatória possa o réu colaborar com o processo e melhorar sua situação perante as autoridades e agentes da persecução penal.

4.REFERÊNCIAS

ALVES, Jamil Chaim. **Justiça consensual e plea bargaining**. In: CUNHA, Rogério Sanches et al (coords.). Acordo de não persecução penal. Edição: 1ª. Salvador: Editora JusPodivm, 2019;

ARAS, Vladimir. **Os acordos de não-persecução penal em debate**. Disponível em <https://vladimiraras.blog/2018/08/27/os-acordos-de-nao-persecucao-penal-em-debate/>. Acesso em 5 maio 2022;

BARROS, Francisco Dirceu.; ROMANIVC, J. **Constitucionalidade do acordo de não persecução penal**. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. Acordo de Não Persecução Penal. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 5 maio 2022;

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 5 maio 2022;

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, PROMULGADA EM 5 DE OUTUBRO DE 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 5 maio 2022;

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Brasília, 26 set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em 5 maio 2022;

BRASIL. Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e**

o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.

Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em 7 maio 2022;

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Supremo Tribunal Federal STF - AG.REG. NO HABEAS CORPUS : HC 0103089-52.2020.1.00.0000 SC 0103089-52.2020.1.00.0000.**

Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1132144395/agreg-no-habeas-corporus-hc-191464-sc-0103089-5220201000000>. Acesso em 5 maio 2022;

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp 1.681.153/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 8.9.2020, DJe 14.9.2020. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/930634554/embargos-de-declaracao-no-agravo-regimental-nos-embargos-de-declaracao-no-agravo-em-recurso-especial-edcl-no-agrg-nos-edcl-no-aresp-1681153-sp-2020-0067246-8>. Acesso em 6 maio 2022;

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no HC 575.395/RN, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 8.9.2020, DJe 14.9.2020. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/930636258/agravo-regimental-no-habeas-corporus-agrg-no-hc-575395-rn-2020-0093131-0/inteiro-teor-930636278>. Acesso em 5 maio 2022;**

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relator Ministro Nefi Cordeiro. Relatora para acórdão Ministra Laurita Vaz. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=HC%20628647>. Acesso em 31 maio 2022;

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 185.913/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5917032>. Acesso em 31 maio 2022;

CABETTE, Eduardo.; SANNINI, Francisco. **Colaboração premiada como técnica especial de investigação criminal.** Leme, SP: JH Mizuno, 2020;

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal à luz da Lei 13.964/2019 (pacote anticrime).** Salvador: Editora Juspodivm, 2020;

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal à luz da Lei 13.964/2019 (pacote anticrime)**. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021;

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Um panorama sobre o acordo de não persecução penal** (art. 18 da Resolução n. 181/2017 - CNMP, com as alterações da Resolução n. 183/18 - CNMP) - versão ampliada e revisada. In: CUNHA, Rogério Sanches et al (coords.). Acordo de não persecução penal. Edição: 3ª. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018;

BARROS, Francisco Dirceu. **Acordo Criminais**. Leme, SP: JH Mizuno, 2020;

BARROS, Francisco Dirceu.; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira.; CUNHA, Rogério Sanches.; SOUZA, René do Ó. **Acordo de Não Persecução Penal**. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018;

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2017;

CONSULTOR JURÍDICO. **6ª Turma do STJ não admite retroação do ANPP após recebimento da denúncia**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-19/turma-stj-negaretroacao-anpp-recebimento-denuncia>. Acesso em 5 maio 2022;

CUNHA, Rogerio Sanches. **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CPP, CPP e LEP**. Salvador: ed. Juspodivm, 2020;

DANESI, Daniel Godoy.; SIMIONATO JÚNIOR, Luís Carlos. Aplicabilidade temporal do acordo de não persecução penal. Disponível em <https://www.atenaeditora.com.br/post-artigo/43557>. Acesso em 5 maio 2022;

DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. **O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal**. Disponível em: <https://www.prerro.com.br/o-limite-temporal-da-retroatividade-do-acordo-de-nao-perseucaopenal/>. Acesso em 5 maio 2022;

DORIGON, Alessandro.; SILVA, Rafaela Martins. **Âmbito Jurídico. Acordo De Não Persecução Penal: Uma Análise Acerca Do Novel Instituto Da Justiça Consensuada e Suas Controvérsias**. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual->

penal/acordo-de-nao-persecucao-penal-uma-analise-acerca-do-novel-instituto-da-justica-consensuada-e-suas-controversias/. Acesso em 5 maio 2022;

FISCHER, Douglas. **Não cabe ANPP a ações penais instauradas antes da Lei nº 13.964/2019**. Publicado em: 28 set. 2020. Disponível em: <https://temasjuridicospdf.com/nao-cabe-anpp-a-acoes-penais-instauradas-antes-dalei-n-13-964-2019/>. Acesso em 5 maio 2022;

GOMES, José Jairo; TEIXEIRA, Danielle Torres. **Acordo de não persecução penal e sua aplicação a processos em curso**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/04/29/acordo-de-nao-persecucao-penal-processos/>. Acesso em: Acesso em 5 maio 2022;

LOPES JÚNIOR, Aury; JOSITA, Higyna. **Questões polêmicas do acordo de não persecução penal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoespolemicas-acordo-nao-persecucao-penal#ftn1>. Acesso em 5 maio 2022;

MANSKE, Júlio Max. **O STF e a retroatividade do acordo de não persecução penal**. Disponível em <https://phmp.com.br/o-stf-e-a-retroatividade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal/>. Acesso em 5 maio 2022;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**: volume 2. 10 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017;

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal, volume 1**: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 29 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2013;

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 36 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 13ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017;

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 16 ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2021;

MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte geral (arts. 1ª a 120). 14 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020;

NASCIMENTO, Laíze Rodrigues do.; ALMEIDA, Marco Antônio Delfino de. **Justiça Penal Consensual e o Processo Penal Brasileiro**. Disponível em

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/justica-penal-consensual-e-o-processo-penal-brasileiro/#:~:text=No%20Brasil%20o%20marco%20inicial,infra%C3%A7%C3%B5es%20de%20menor%20potencial%20ofensivo.> . Acesso em 5 maio 2022;

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. Edição: 8ª. Salvador: Editora JusPodivm, 2020;

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2016;

LOPES JÚNIOR, Aury; JOSITA, Higyna. **Questões polêmicas do acordo de não persecução penal**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoespolemicas-acordo-nao-persecucao-penal#_ftn1. Acesso em 5 maio 2022;

MANSKE, Júlio Max. **O STF e a retroatividade do acordo de não persecução penal**. Disponível em <https://phmp.com.br/o-stf-e-a-retroatividade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal/>. Acesso em 5 maio 2022;

MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte geral (arts. 1ª a 120). 14 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020;

REZENDE, Afonso Celso F. **Dicionário Jurídico Especial**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora J.H. Mizuno, 2013;

PENSÃO ALIMENTÍCIA AVOENGA E A PRISÃO CIVIL DO IDOSO

VINICIUS DE ARAUJO: Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário de Belo Horizonte - UNIBH.⁹⁹

Resumo: Pensão avoenga é aquela prestada pelos avós quando os pais não são capazes de suprir tal obrigação em favor das crianças e adolescentes. Para que os avós sejam compelidos ao pagamento da pensão, os pais devem comprovar que não possuem meios de prover o sustento de seus filhos. A abordagem do tema justifica-se por sua relevância jurídica. O objetivo principal desse artigo é compreender se a prisão civil dos avós deve ser aplicada nos casos em que eles deixem de prestar alimentos aos netos. Sendo assim, será abordado o conceito de alimentos avoengos, as hipóteses legais previstas, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003 – Estatuto do Idoso e, por fim, se os avós podem ser compelidos ao cumprimento da prisão civil na hipótese do não pagamento da pensão avoenga, visto que também são indivíduos vulneráveis que necessitam de proteção e atenção do Estado. Para a elaboração desse artigo foi utilizada a metodologia de pesquisa qualitativa descritiva, realizando a investigação dos dados obtidos, por meio de revisão bibliográfica, descrevendo o objeto de estudo.

Palavras-chave: Alimentos avoengos. Solidariedade familiar. Direitos da criança e do adolescente. Direitos dos idosos.

Resumen: La pensión proporcionada por los abuelos es la que prestan ellos cuando los padres no pueden cumplir con esta obligación a favor de los niños y adolescentes. Para que los abuelos sean obligados a pagar la manutención de los nietos, los padres deben probar que no tienen los medios para mantener a sus hijos. El abordaje del tema se justifica por su relevancia jurídica. El objetivo principal de este artículo es comprender si la prisión civil de los abuelos debe aplicarse en los casos en que no proporcionen alimentos a sus nietos. Por ello, se abordará el concepto de alimentos avoengos, las hipótesis jurídicas previstas, la Ley nº 8.069, de 13 de julio de 1990 - Estatuto del Niño y del Adolescente, la Ley nº 10.741 Estatuto del Anciano y, finalmente, si los abuelos pueden ser obligados cumplir prisión civil en caso de falta de pago de la pensión proporcionada por los abuelos, ya que también son personas vulnerables que necesitan protección y atención del Estado. Para la elaboración de este artículo se utilizó la metodología de investigación cualitativa

⁹⁹ Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário de Belo Horizonte - UNIBH, 2022. E-mail: vinicius.araujo90@gmail.com. Artigo apresentado como requisito parcial para a conclusão do curso de graduação em Direito do UNIBH, Grupo Ânima Educação. 2022. Orientador: Prof. Aghisan Xavier Ferreira Pinto. Mestre e Doutorando em Direito.

descriptiva, realizando la investigación de los datos obtenidos, a través de una revisión bibliográfica, describiendo el objeto de estudio.

Palabras-clave: Alimentos proporcionados por los abuelos. Solidaridad familiar. Derechos del niño y del adolescente. Derechos de los mayores.

1.Introdução

A pensão alimentícia avoenga é um direito das crianças e adolescentes que consiste na obrigação dos avós em suprir os alimentos quando os pais não possuem condições de arcar com tal responsabilidade. Trata-se de uma obrigação de natureza complementar e subsidiária, na qual os avós, como ascendentes mais próximos, são compelidos a fornecer alimentos aos netos.

De acordo com Gagliano (2018, p. 691), os alimentos “[...] significam o conjunto das prestações necessárias para a vida digna do indivíduo, encontrando estabilidade nos princípios da dignidade da pessoa humana, e, principalmente, no da solidariedade familiar [...].”

O conceito citado acima, deixa explícito que o objetivo primordial dos alimentos é fornecer aos alimentandos mecanismos efetivos mínimos para a sua subsistência, por meio do princípio da solidariedade familiar, que impõe aos entes familiares mais próximos o dever de cooperação em relação àqueles que necessitam de amparo.

Segundo Maria Berenice Dias (2015):

“[...] A reciprocidade de obrigação alimentar entre pais e filhos (CF 229 e CC 1.696) é ônus que se estende a todos os ascendentes, recaindo sempre nos mais próximos. Se quem deve alimentos em primeiro lugar não puder suportar totalmente o encargo, são chamados a concorrer os parentes de grau imediato (CC 1.698). Assim, a obrigação alimentar, primeiramente, é dos pais, e, na ausência de condições de um ou ambos os genitores, transmite-se o encargo aos ascendentes, isto é, aos avós, parentes em grau imediato mais próximo. Os avós são chamados a atender a obrigação própria decorrente do vínculo de parentesco, tratando-se de obrigação sucessiva, subsidiária e complementar. Em face da irrepetibilidade dos alimentos, é necessária a prova da incapacidade, ou da reduzida capacidade do genitor de cumprir com a obrigação em relação à prole.” (DIAS, 2015. Manual de Direito das Famílias, ed. 10º, p. 588).

Diante do exposto, o ônus da prestação alimentar somente será transmitido aos avós caso tenham se esgotado as tentativas de sua prestação em face dos genitores. Para se fixar os alimentos, o juiz analisa o binômio possibilidade do alimentante e a necessidade do alimentado. Para menores de dezoito anos, as necessidades são presumidas, conforme determina a jurisprudência. Após a fixação da verba alimentar, esta perdurará e passará a ser devida de acordo com a necessidade/possibilidade do alimentado/alimentante (BORTOLINI, 2012, p.9).

Portanto, a abordagem do tema justifica-se por sua relevância jurídica, sendo amplamente discutida pela doutrina e jurisprudência. Este artigo abordará a possibilidade de os avós, amparados pelo Estatuto do Idoso, serem compelidos à prisão civil, tendo em vista sua vulnerabilidade perante a sociedade. Sendo assim, constitui-se como objetivo geral deste artigo, compreender se a prisão civil dos avós deve ser aplicada nos casos em que eles deixem de prestar alimentos aos netos. Para alcançar esse objetivo, foram traçados os seguintes objetivos específicos: buscar jurisprudências relacionadas ao tema; entender a necessidade da proteção da criança e do adolescente; estudar os fundamentos do Estatuto da criança e adolescente – ECA; entender os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes; compreender o conceito do direito alimentar; estudar os fundamentos do Estatuto do Idoso e entender a necessidade da proteção do idoso.

A metodologia utilizada no desenvolvimento desse artigo foi a pesquisa qualitativa descritiva por meio de revisão bibliográfica, que inclui a legislação aplicável ao tema, jurisprudência, doutrina, além de artigos científicos. A finalidade da pesquisa qualitativa é de realizar a coleta e análise dos dados obtidos. De acordo com Lessa de Oliveira (2010, p. 7), “o pesquisador qualitativo pauta seus estudos na interpretação do mundo real, preocupando-se com o caráter hermenêutico na tarefa de pesquisar sobre a experiência vivida dos seres humanos [...]”.

A pesquisa descritiva, segundo Servilha e Mezarob (2019), é utilizada em conjunto com a pesquisa qualitativa de forma a dimensionar o objeto de estudo, que, ao ser descrito, possibilita a identificação do problema.

Após abordar o conceito de alimentos avoengos, o presente artigo passará a abordar sua previsão legal em face do ECA e do Estatuto do Idoso e a possibilidade de a prisão civil ser estendida aos avós, uma vez que os pais que deixam de arcar com tal obrigação estão sujeitos à prisão civil, de acordo com o artigo 5º, inciso LXVII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88.

2. Alimentos avoengos e a legislação

Previamente, é necessário esclarecer que o conceito de alimentos vai muito além de sua literalidade, ele não se restringe apenas à comida, mas sim, à todos os recursos

essenciais para a sobrevivência do ser humano. Nesse sentido, compreende-se como alimentos: educação, saúde, lazer entre outros elementos capazes de fornecer dignidade e meios de sobrevivência ao indivíduo (DONIZETTI; QUINTELA, 2017).

A doutrina categorizou os alimentos em naturais ou civis, Donizetti e Quintela (2017) conceituam os alimentos naturais como sendo os recursos básicos para a sobrevivência do indivíduo. Já os civis, são aqueles necessários para que a pessoa mantenha sua condição social, tem o intuito de fornecer a mesma condição social cuja pessoa está habituada.

Quando do fruto de uma relação entre dois indivíduos nasce uma criança, junto com ela surge a obrigação dos pais de fornecerem alimentos e garantirem todos os outros direitos previstos no ECA aos filhos. Entretanto, quando os pais não possuem capacidade financeira para arcar com tal obrigação, os avós podem ser compelidos a efetuar o pagamento da pensão alimentícia. Tal medida é justificada pela vulnerabilidade das crianças e dos adolescentes, eles são as partes mais frágeis do núcleo familiar e necessitam do cuidado de todos os demais integrantes da família, da sociedade e até mesmo do Estado. Assim, o seu melhor interesse deve ser observado a fim de lhes proporcionar um desenvolvimento saudável.

A obrigação alimentar avoenga encontra respaldo jurídico nos artigos 1.696 e 1.698 do Código Civil que assim estabelecem:

“Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.” (BRASIL, Código Civil, art. 1696, Lei n. 10.406, 2002)

“Art.1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.” (BRASIL, Código Civil, art. 1698, Lei n. 10.406, 2002)

Desse modo, é pacífico na doutrina pátria a possibilidade de requerer alimentos em face dos avós, pois leva-se em consideração o melhor interesse do alimentando, com sustento no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio da solidariedade familiar.

Diversos são os princípios que norteiam o Direito de Família, e vários deles estão diretamente ligados à obrigação dos avós que devem arcar com o pagamento da pensão alimentícia. Entre esses princípios destacamos o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da solidariedade familiar.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente assegura a eles, dentre outros, o direito à alimentação e exige que a família, o Estado e até mesmo a sociedade cuidem para que seus direitos sejam garantidos. O melhor interesse da criança e do adolescente deve ser observado para que qualquer decisão que envolva os tutelados seja tomada visando garantir seu bem-estar e um futuro melhor.

Por sua vez, o princípio da dignidade da pessoa humana, mostra que não basta garantir o direito à vida, mas sim o direito a viver com dignidade. Deve-se garantir uma vida digna para todos, principalmente para as crianças e adolescentes, tendo em vista que são o grupo mais frágil dentro do núcleo familiar e da sociedade.

Finalmente, o princípio da solidariedade familiar garante a reciprocidade dos cônjuges e companheiros na contribuição para o sustento dos filhos, suprindo suas necessidades alimentares, educacionais e qualquer outra que se faça necessária para a manutenção e sobrevivência da prole. Podendo, entretanto, a obrigação ser estendida a outros integrantes da família, pois entende-se que o núcleo familiar é um local de colaboração entre as pessoas, ou seja, um ambiente de solidariedade entre os conviventes. O doutrinador Flávio Tartuce (2017, p.1225), manifestou-se sobre o princípio:

“Ser solidário significa responder pelo outro, o que remonta à ideia de solidariedade do direito das obrigações. Quer dizer, ainda, preocupar-se com a outra pessoa. Desse modo, a solidariedade familiar deve ser tida em sentido amplo, tendo caráter afetivo, social, moral, patrimonial, espiritual e sexual (TARTUCE, 2017. Manual de Direito Civil, ed. 7ª, p.1225).”

Com isso, é certo afirmar que os princípios destacados acima são ferramentas importantes para garantir a sobrevivência e a dignidade daqueles que pleiteiam alimentos.

Entretanto, embora a lei preze pelo bem-estar das crianças e dos adolescentes, outros indivíduos vulneráveis também necessitam de proteção e atenção do Estado, que são os idosos compelidos à obrigação alimentar.

Apesar da legislação estabelecer alguns parâmetros de proteção ao idoso que fornecerá alimentos, como por exemplo, estipular que os alimentos sejam prestados na proporção de seus recursos, um ponto ainda não é pacífico em relação ao tema, que diz

respeito à prisão civil dos avós idosos que sejam convocados a fornecer alimentos e não consigam cumprir com essa obrigação, o que será amplamente analisado no tópico correspondente ao Estatuto do Idoso.

3.Os alimentos em face do Estatuto da Criança e do Adolescente

Em virtude da vulnerabilidade que representam, as crianças e adolescentes são extensivamente protegidas pelos diplomas legais. A CRFB/88 assim garante, em seu art. 227, *caput* que:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, art. 227, 1988)”

Com o intuito de constituir um regramento próprio e de ampliar os direitos e garantias das crianças e adolescentes, foi elaborada, em 1990, a Lei nº 8.069, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, visando regulamentar a sua integral proteção.

Conforme estabelece o art. 2º da referida lei, são consideradas crianças, quem tem até doze anos de idade incompletos, e adolescentes, aqueles com idade entre doze e dezoito anos.

Prevê o art. 3º, que às crianças e aos adolescentes são garantidos todos os direitos fundamentais intrínsecos à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata o ECA, lhes proporcionando “todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.”

Os arts. 4º e 5º surgem como uma reprodução quase literal do art. 227 da CRFB/88:

“Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.” (BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 4º e 5º da lei nº 8.069, 1990)

Conforme estabelece Ishida (2015), a prioridade absoluta garantida às crianças e adolescentes na CRFB/88 e replicada a Lei nº 8.069/90, os prioriza dentre os demais sujeitos tutelados pelo Estado, vejamos:

“O princípio da prioridade absoluta possui o status constitucional, com a previsão no art. 227 da Carta Magna. A prioridade absoluta significa primazia, destaque em todas as esferas de interesse, incluindo a esfera judicial, extrajudicial ou administrativa. Assim, a título de exemplo, entre o interesse da criança ou adolescente ou do idoso, deve prevalecer o primeiro, porque é de ordem constitucional e há menção da “absoluta prioridade” no art. 227 (Amin, Curso de direito da criança e do adolescente, p. 22), ao passo que o idoso, apesar de dispor da tutela constitucional (art. 230), não possui essa ênfase da Carta Magna fornecida ao menor de dezoito anos. Desta forma, o artigo do ECA, em consonância com a regra da prioridade absoluta atualizada pelo texto constitucional, em tela relata os direitos básicos da criança e do adolescente no que concerne à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência, mencionando, em suas alíneas, os direitos e as preferências dos mesmos.” (ISHIDA, 2015, Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência, ed. 16, p. 13 e 14)

Estabelecendo relações entre o direito à vida e o direito à saúde, o artigo 7º da Lei nº 8.069/90, exerce um papel importantíssimo na vida da criança e do adolescente. Não coincidentemente, tais direitos ocupam o topo da relação de direitos fundamentais previstos na CRFB/88 e no ECA. O direito à vida tem relação direta com a personalidade jurídica do indivíduo, pois a existência dos demais direitos só é possível devido a vida. Já o direito à saúde garante a existência digna do ser humano, assegurando que ele possa fruir dos demais direitos com bem-estar físico e mental. Tudo isso, conforme podemos observar abaixo, na letra da lei:

“Art. 7º ECA: A criança e ao adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso,

em condições dignas de existência.” (BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 7º da lei nº 8.069, 1990)

Por todo exposto, concluímos que a legislação é repleta de direitos e garantias, com vistas a proporcionar um mundo mais justo, saudável e seguro para as crianças e os adolescentes. Não poderia ser diferente, pois nesta fase da vida, o ser humano passa por um profundo desenvolvimento psicológico, físico e moral. O renomado economista James Heckman, criador da equação Hackman e Prêmio Nobel em economia no ano 2000, conceituou como a “primeira infância” o período em que o ser humano deve receber maior atenção e investimentos (BBC NEWS, 2021). Segundo suas pesquisas, essa fase da vida do ser humano está diretamente ligada a quem ele será no futuro, portanto, merece ser acompanhada de perto. Ele afirma que a primeira infância está diretamente ligada à desigualdade social de um país. Afirma também que o investimento realizado nessa fase da vida das crianças é capaz de trazer um alto retorno financeiro para toda a economia de um país. Isso destaca a necessidade de proteção dos menores, pois, além de garantir-lhes uma vida digna, tem um poder de melhoria social capaz de beneficiar toda a sociedade.

4.A Lei nº10.741/03 e a prisão civil do idoso devedor de alimentos

Conforme demonstrado no tópico anterior, as crianças e os adolescentes gozam de ampla proteção do Estado, tal como, os idosos que possuem sua proteção prevista no Estatuto do Idoso, cumulado com outras normas, como veremos a seguir.

O Estatuto do Idoso assegura, em seu art. 2º, que ao idoso é garantido à proteção de sua saúde física e mental. Vejamos:

“O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.” (BRASIL, Estatuto do Idoso, art. 2º da lei 10.741, 2003)

O referido artigo ratifica/evidencia que os idosos são detentores dos direitos fundamentais previstos na CRFB/88, e estabelece de forma clara que tanto a saúde física, quanto a mental são objetos de tutela. Desse modo, ao se analisar a possibilidade de prisão civil do idoso devedor de alimentos, é necessário verificar se haverá a preservação do seu bem-estar físico e mental, bem como, se ele estará em condições de dignidade.

Ademais, o art. 3º da Lei 10.741/03 amplia o rol de proteções do idoso e impõe que é dever da família, da sociedade e do Poder Público:

“...assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.

§ 1º É dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos do idoso.

§ 2º As obrigações previstas nesta Lei não excluem da prevenção outras decorrentes dos princípios por ela adotados.” (BRASIL, Estatuto do Idoso, art. 3º da lei 10.741, 2003)

Ao inserir um indivíduo de idade avançada no ambiente prisional, o Estado estaria negligenciando suas necessidades básicas e expondo-o a risco de morte. Pois ele poderá ter uma alimentação precária, podendo sofrer agressões físicas e psicológicas, estar vulnerável a contrair doenças, além de privá-lo de sua convivência familiar e comunitária. Com isso, ao tentar solucionar o problema do menor, o Estado colocará outro indivíduo, que também necessita de proteção, em situação prejudicial à sua dignidade. A prisão do idoso contribuirá com o aumento da população carcerária e irá gerar gastos para o Poder Público, pois os gastos não serão apenas com a prisão civil, mas com possíveis traumas advindos dessa prisão, caso o idoso necessite de apoio do Sistema Único de Saúde – SUS.

Ademais, a CRFB/88 garante aos idosos ampla defesa e proteção, conforme art. 230, *caput*, que assim estabelece:

“A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.” (BRASIL, Constituição Federativa do Brasil, art. 230, 1988)

Assim, a prisão civil do idoso devedor de alimentos, pode se caracterizar como uma afronta aos seus direitos e garantias.

A possibilidade da prisão civil ocorre em detrimento da CRFB/88, que estabelece em seu art. 5º, inciso LXVII que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia [...]”.

A prisão civil no sistema jurídico brasileiro, é considerada como um meio processual que utiliza da força do Estado, para que aquele indivíduo devedor de alimentos cumpra com sua obrigação. Ou seja, a prisão civil decorre do inadimplemento de uma obrigação surgida do direito alimentar que é amparado e fundamentado em diversos preceitos legais, e garantido com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, pois os alimentos possuem como objetivo primordial satisfazer as necessidades daqueles que não possuem meios próprios de provê-los.

Outrossim, a possibilidade de os avós suportarem o ônus dos alimentos de seus netos advém dos artigos 1.696 e 1.698 do Código Civil que estabelecem que “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros” e “se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato [...]”. Tal obrigação decorre dos princípios basilares do Direito de Família, como por exemplo o princípio da solidariedade familiar.

Entretanto, vale salientar que tal obrigação ocorrerá na proporção de seus recursos, e é sucessiva, subsidiária e complementar, ou seja, a obrigação é inicialmente dos pais, e somente na impossibilidade dos responsáveis é que essa responsabilidade será transferida aos avós. Além disso, se faz necessário comprovar a incapacidade, ou a capacidade escassa dos pais.

Diante de todo o exposto, fica nítido a importância de se garantir os alimentos para aqueles que deles necessitam, mas impor a prisão civil ao idoso que não consiga cumprir com essa obrigação, seria o mesmo que sacrificar a vulnerabilidade de um em virtude do outro, o que colocaria os idosos em situação de risco.

5.A prisão civil do idoso: análise jurisprudencial

Com o objetivo de melhor compreender os resultados obtidos por meio das pesquisas realizadas no presente artigo, e com o propósito de demonstrar o entendimento dos Tribunais a respeito do tema, analisaremos, a seguir, excertos jurisprudenciais que espelham as interpretações dos Magistrados, no que diz respeito a prisão civil do idoso devedor de alimentos.

O julgado a seguir, refere-se a um habeas corpus impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça – STJ:

“CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL POR ALIMENTOS. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR AVOENGA. CARÁTER COMPLEMENTAR E SUBSIDIÁRIO DA PRESTAÇÃO. EXISTÊNCIA DE MEIOS EXECUTIVOS E TÉCNICAS COERCITIVAS MAIS ADEQUADAS. INDICAÇÃO DE BEM IMÓVEL À PENHORA. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA MENOR ONEROSIDADE E DA MÁXIMA UTILIDADE DA EXECUÇÃO. DESNECESSIDADE DA MEDIDA COATIVA EXTREMA NA HIPÓTESE.

1- O propósito do habeas corpus é definir se deve ser mantida a ordem de prisão civil dos avós, em virtude de dívida de natureza alimentar por eles contraída e que diz respeito às obrigações de custeio de mensalidades escolares e cursos extracurriculares dos netos.

2- A prestação de alimentos pelos avós possui natureza complementar e subsidiária, devendo ser fixada, em regra, apenas quando os genitores estiverem impossibilitados de prestá-los de forma suficiente. Precedentes.

3- O fato de os avós assumirem espontaneamente o custeio da educação dos menores não significa que a execução na hipótese de inadimplemento deverá, obrigatoriamente, seguir o mesmo rito e as mesmas técnicas coercitivas que seriam observadas para a cobrança de dívida alimentar devida pelos pais, que são os responsáveis originários pelos alimentos necessários aos menores.

4- Havendo meios executivos mais adequados e igualmente eficazes para a satisfação da dívida alimentar dos avós, é admissível a conversão da execução para o rito da penhora e da expropriação, que, a um só tempo, respeita os princípios da menor onerosidade e da máxima utilidade da execução, sobretudo diante dos riscos causados pelo encarceramento de pessoas idosas que, além disso, previamente indicaram bem imóvel à penhora para a satisfação da dívida.

5- Ordem concedida, confirmando-se a liminar anteriormente deferida.”

(STJ. Consulta Processual. HC 416.886/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJE 18/12/2017)

É possível depreender do caso em tela, que diante da possibilidade de conversão da ordem de prisão civil, em virtude da dívida alimentar, para o rito da penhora e expropriação, foram utilizados os princípios da menor onerosidade da execução e da máxima utilidade da execução, para afastar o decreto prisional contra os avós e satisfazer a obrigação. Ressalta-se, que o encargo foi assumido pelos avós de forma espontânea, e embora a obrigação alimentar se estenda aos ascendentes, conforme preconiza o art. 1.696 do Código Civil, ela é complementar e subsidiária à obrigação dos pais. Desse modo, direcionar a execução aos avós pelo descumprimento de alimentos voluntários, não determina que recebam a mesma punição aplicada aos genitores devedores originários da responsabilidade alimentícia.

Apesar de o julgado acima demonstrar uma situação alimentar de natureza voluntária, de nada impede, que se utilize os mesmos procedimentos coercitivos para satisfazer obrigações futuras em outros litígios. Evitando, assim, que uma medida extrema recaia sobre os avós, garantindo o seu direito constitucional à liberdade e trazendo menos onerosidade ao Estado e à execução.

A decisão a seguir, utilizou os princípios basilares da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, para autorizar o cumprimento da prisão civil em regime domiciliar. O argumento se pautou pelo fato de que os avós se encontram em situação de vulnerabilidade, em decorrência do debilitado grau de saúde de ambos os ascendentes, conforme demonstrado abaixo:

“HABEAS CORPUS. 1. PRISÃO CIVIL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS PELO RITO DO ART. 733 DO CPC/73. ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. ORDEM DE CUSTÓDIA MANTIDA. 2. TODAVIA, PACIENTES COM IDADE AVANÇADA E COM PROBLEMAS DE SAÚDE GRAVES. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. HIPÓTESE EXCEPCIONAL QUE AUTORIZA O CUMPRIMENTO DA PRISÃO CIVIL EM REGIME DOMICILIAR. 3. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

DECISÃO

Trata-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em favor de E. C. P. de M. e D. M. P. de M., apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

[...]

Brevemente relatado, decido.

Pois bem. Não vejo nenhuma ilegalidade apta a afastar a prisão civil decretada pelo Juízo de primeiro grau, ante o inadimplemento de pensão alimentícia e consequente execução pelo rito do art. 733 do Código de Processo Civil de 1973.

Todavia, reputo absolutamente desproporcional, ainda que considerado o caráter coercitivo – e não punitivo – da medida, a negativa do pedido de prisão domiciliar, uma vez que, se estivéssemos diante de ilícito penal, a legislação possibilitaria o deferimento da medida menos gravosa aqui buscada, notadamente em razão das nuances que cercam o caso em apreço, sobretudo se considerados não somente os problemas de saúde comprovados nos autos, como também a idade avançada dos pacientes – avós dos alimentandos –, os quais não são apenas "idosos", mas sim pessoas com nada mais nada menos que 75 (setenta e cinco) e 80 (oitenta) anos de idade.

De se ver que a razoabilidade, como princípio constitucional norteador, deve pautar toda e qualquer decisão judicial, independentemente da esfera de atuação, e, na espécie, não se tem por razoável o indeferimento do regime mais brando postulado se outra seria a solução adotada na hipótese de incidência de institutos de natureza penal, como tem ocorrido, inclusive, com réus acusados do cometimento de crimes graves e ensejadores de incontáveis prejuízos para o país.

Assim, a despeito de a prisão civil em regime domiciliar não ser, em regra, adotada por esta Corte em virtude do seu caráter coercitivo, entendo que as particularidades do caso não só autorizam, como também exigem, solução diferenciada, em atendimento tanto ao princípio da proporcionalidade quanto ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, especialmente porque a paciente D. M. P. de M., de 75 (setenta e cinco) anos, é portadora de Neutropenia crônica grave idiopática (e-STJ, fls. 705-707), e o paciente E. C. P. de M., de 80 (oitenta) anos, possui "doença pulmonar crônica", com "restrição respiratória grave, sendo necessária a restrição de esforço físico, uso de medicamentos contínuos e monitoramento contínuo

dado o risco de piora súbita com risco iminente de insuficiência respiratória" (e-STJ, fl. 704). Logo, na situação peculiar e excepcional dos autos, parece-me suficientemente justificado o deferimento do cumprimento da prisão civil, ordenada pelo Juízo de primeiro grau, em regime domiciliar, sob pena de a sanção estritamente coercitiva de cunho civil se traduzir em penalidade cruel e desumana.

[...]

À vista do exposto, concedo parcialmente a ordem a fim de possibilitar o cumprimento da prisão civil em regime domiciliar."

(STJ. Consulta Processual. HC 358.668 - SP (2016/0149959-8) Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 25/10/2016)

Também se verifica o afastamento da prisão avoenga na recente decisão, que justifica o seu não acolhimento em vista da medida alcançar apenas um dos ascendentes:

"CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ALIMENTOS AVOENGOS. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE PRISÃO. RECURSO DESPROVIDO. Cumprimento de sentença. Alimentos avoengos. Insurgência contra decisão que rejeitou o pedido de prisão civil da devedora. Efeito ativo indeferido. Caráter complementar e subsidiário dos alimentos avoengos. Afastamento da prisão civil da avó devedora que se impõe, tendo cabimento apenas se exigida de todos os avós solidariamente. Jurisprudência desta E. Corte e do C. STJ. Decisão mantida. Recurso desprovido."

(JUSBRASIL. Agravo Instrumento / Alimentos 2071083-76.2022.8.26.0000 (Segredo de Justiça) Relator(a): J.B. Paula Lima, Barretos/SP, 10ª Câmara de Direito Privado, 27/04/2022)

Diante da jurisprudência exposta, percebe-se que, em decorrência do seu caráter complementar e subsidiário, a prisão avoenga vem sendo afastada. A prioridade tem sido adotar medidas de cunho patrimonial para a satisfação do crédito, bem como, a conversão da prisão civil em domiciliar a depender do caso concreto, e por fim, a negativa de prisão com base na solidariedade extensiva a todos os ascendentes, prevista no art. 1696 do Código Civil.

Desse modo, conclui-se que é possível a adoção de outras medidas coercitivas para garantir a subsistência dos alimentandos, sem desprezar a vulnerabilidade e as peculiaridades que permeiam a vida dos idosos.

6. Dos avós não amparados pelo Estatuto do Idoso

A Lei nº 10.741, de 2003, aduz, em seu artigo 1º, o público tutelado pela legislação, que são os indivíduos com idade igual ou superior a 60 anos de idade.

“Art. 1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.” (BRASIL, Estatuto do Idoso, at. 1º, Lei 10.741, 2003)

Embora não seja o intuito principal do presente artigo, é importante examinar a hipótese de a prisão civil ser aplicada nos casos em que os avós ainda não atingiram os sessenta anos de idade. Este grupo não se encontra resguardado pelo Estatuto do Idoso, portanto, se faz necessário analisar se a eles tal medida coercitiva seria aplicável.

Como já demonstrado anteriormente, a pensão alimentícia tem caráter complementar e subsidiário e a responsabilidade por sua prestação só poderá ser estendida aos avós se todas as tentativas de recebimento em face dos pais já houverem se esgotado. Nesse sentido, a Súmula 596 do STJ estabelece que: “A obrigação alimentar dos avós tem natureza complementar e subsidiária, somente se configurando no caso de impossibilidade total ou parcial de seu cumprimento pelos pais.”

Conforme visto no tópico anterior, existem formas mais eficazes para garantir a obrigação alimentar. O Código de Processo Civil – CPC, estabelece em seu art. 530 que, não cumprida a obrigação, observar-se-á o disposto nos artigos 831 e seguintes, correspondentes à penhora.

A respeito da penhora, uma recente decisão veiculada no site Consultor Jurídico – CONJUR, em agosto de 2021, divulgou que a 3ª Turma do STJ estabeleceu a possibilidade de determinar a penhora dos bens, como medida alternativa, para a impossibilidade de prisão civil em virtude da pandemia causada pelo vírus da Covid-19, sem que houvesse a conversão do rito processual da prisão civil para o da penhora. É o que demonstra o trecho da reportagem a seguir:

“O relator do recurso, ministro Marco Aurélio Bellizze, explicou que o artigo 528, parágrafos 1º a 9º, do Código de Processo Civil possibilita

100 Em 11 de março de 2020 a Organização Mundial da Saúde (OMS) caracterizou o COVID-19 como uma pandemia (OPAS, 2020). O Brasil declarou no dia 3 de fevereiro de 2020, Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), de acordo com a Portaria GM/MS nº 188 (MINAS CONSCIENTE, 2020).

ao credor duas formas de efetivar o cumprimento da decisão que fixa alimentos.

A primeira dispõe que, caso o executado não pague ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz decretará a prisão por um a três meses. A segunda segue o rito do cumprimento de sentença que reconhece a obrigação de pagar quantia certa (artigos 523 a 527 do CPC).

Segundo o relator, caso o credor opte pelo rito da penhora, não será admissível a prisão civil do devedor. Todavia, se optar pelo rito da prisão, a penhora somente será possível se o devedor, mesmo preso, não pagar o débito. Em outras palavras, o rito da penhora exclui a possibilidade de prisão civil. Porém, o rito da prisão apenas adia a realização de atos constritivos no patrimônio do executado, por se tratar, obviamente, de medida coercitiva, e não satisfativa" (CONJUR, 2021, Rev. Virtual - Consultor Jurídico)

A importante decisão apresentada, serve para agregar maior conhecimento a respeito das recentes decisões, demonstra a preocupação dos magistrados em trazer maior eficácia e celeridade aos alimentandos, em virtude dos efeitos evidenciados pela pandemia.

Como observado, ao credor é reservado o direito de escolha sobre qual medida será utilizada para o cumprimento da obrigação. Embora o rito da prisão civil seja mais abrangente, possibilitando a constrição patrimonial após a medida coercitiva se tornar ineficaz, a penhora pode garantir maior celeridade e eficácia na garantia dos alimentos, que é o objetivo do credor.

Ocorre que, quando essa obrigação é transmitida aos avós é necessário que se busque o seu cumprimento da forma menos onerosa possível, considerando que os alimentos avoengos têm natureza complementar e subsidiária. Aplicar a prisão civil aos avós pelo inadimplemento alimentar, seria o mesmo que impor a um terceiro, dívida alheia. Vale salientar, que o intuito da prisão civil é meramente coercitivo, ou seja, não possui a prerrogativa de sanção penal.

Em vista disso, Dias (2015) salienta que:

"Os avós são chamados a atender a obrigação própria decorrente do vínculo de parentesco, tratando-se de obrigação sucessiva, subsidiária e complementar. Em face da irrepetibilidade dos

alimentos, é necessária a prova da incapacidade, ou da reduzida capacidade do genitor de cumprir com a obrigação em relação à prole. O reiterado inadimplemento autoriza à propositura de ação de alimentos contra os avós, mas não é possível cobrar deles o débito dos alimentos. Não cabe intentar contra os avós execução dos alimentos não pagos pelo genitor, o que seria impor a terceiro o pagamento de dívida alheia.” (DIAS, 2015. Manual de Direito das Famílias, ed. 10º, p. 588).

Ademais, impor a prisão civil como forma de coerção a quem não é o detentor principal da obrigação acarretaria uma ofensa aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da liberdade, previstos no artigo 1º, inciso III e artigo 5º, *caput*, respectivamente.

A dignidade da pessoa humana é uma garantia inviolável da condição humana e a prisão pode acarretar danos psicológicos, físicos e mentais causando malefícios à saúde dos indivíduos. Já o princípio da liberdade encontra-se violado em decorrência do cárcere a que os avós são submetidos, os excluindo de sua vida em sociedade, seus familiares, amigos, trabalho e lazer. Mesmo que a prisão seja convertida em domiciliar os ascendentes se encontrariam privados de sua rotina e seriam prejudicados por essa medida coercitiva.

Portanto, percebe-se que há outras medidas mais eficazes e suficientes para garantir ao credor o crédito alimentar, ao invés, da prisão civil. Medidas estas, que garantem os direitos constitucionais dos avós não amparados pelo Estatuto do Idoso e asseguram os direitos das crianças e adolescentes. Por isso, havendo a possibilidade de se aplicar medida menos onerosa, sua apreciação se faz necessária.

7.Considerações finais

O presente artigo, buscou estudar e compreender a obrigação alimentar dos avós idosos em relação aos netos, orientando-se pela legislação vigente, doutrina, princípios jurídicos e, utilizou-se de jurisprudências para melhor ilustrar as decisões dos magistrados.

Foi demonstrado que o conceito de alimentos é abrangente, não se resumindo apenas ao fornecimento de comida e que garantir alimentos às crianças e adolescentes é imprescindível para seu desenvolvimento saudável. Após, realizou-se uma análise sobre a obrigação avoenga perante a legislação; um exame sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso. Por fim, foi realizado um estudo jurisprudencial sobre casos concretos e, embora não fosse o objeto central deste artigo, discutiu-se a prisão civil dos avós não assistidos pelo Estatuto do Idoso.

Embora os direitos das crianças e adolescentes devam ser resguardados, não se pode deixar de tutelar os direitos dos idosos que, devido a sua fragilidade, possuem garantias estabelecidas pela legislação. Ademais, aplicar a prisão civil como medida coercitiva para garantir o crédito alimentar, viola os direitos garantidos na Constituição Federal e no Estatuto do Idoso.

Diante desse contexto, o presente estudo teve como objetivo, responder se a prisão civil dos avós deve ser aplicada nos casos em que eles deixarem de prestar alimentos avoengos aos netos. Conforme elucidado, o desenvolvimento do trabalho foi realizado mediante diversos institutos e, após sua análise, deduz-se que a prisão civil do idoso além de ser prejudicial é desproporcional ao encargo. Pois, a prisão traduz-se como uma medida meramente coercitiva, que viola a dignidade da pessoa humana e os preceitos legais que visam proteger os idosos.

Em face do exposto, considerando que o idoso não é o detentor primário da obrigação, lhe sujeitar uma medida que não tem caráter satisfativo, o privando de sua vida em comunidade e seus costumes, quando há outras medidas mais úteis para assegurar o cumprimento da obrigação, o deixa em uma situação vulnerável a sua saúde física, mental e a sua dignidade. Portando, em consequência dos resultados obtidos na presente pesquisa infere-se que se faz necessário analisar o conjunto de princípios, normas e decisões jurisprudenciais para garantir os alimentos avoengos sem que se aplique a coerção da prisão civil.

8.Referências

BBC NEWS. **Investir em educação para a primeira infância é a melhor 'estratégia anticrime', diz Nobel de Economia.** Entrevista com James Heckman. Jornalista Luiza Franco, BBC News Brasil, São Paulo, 21 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-48302274>. Consultado em 20 de maio de 2022.

BRASIL. **Código Civil.** Lei n. 10.406. Brasília: DF, 10 de janeiro de 2002. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Consultado em 2 de fevereiro de 2022

BRASIL. **Código de Processo civil.** Lei nº 13.105. Brasília: DF, 16 de março de 2015. República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#:~:text=L13105&text=LEI%20N%C2%BA%2013.105%2C%20DE%2016%20DE%20MAR%C3%87O%20DE%202015.&text=C%C3%B3digo%20de%20Proce

[sso%20Civil.&text=Art.%201%C2%BA%20O%20processo%20civil,se%20as%20disposi%C3%A7%C3%B5es%20deste%20C%C3%B3digo](#). Consultado em 5 de fevereiro de 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Consultado em 2 de fevereiro de 2022.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Consultado em 5 de fevereiro de 2022.

BRASIL. **Estatuto do idoso**. Lei nº 10741/2003. Brasília: DF, 1 de outubro 2003. República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Consultado em 5 de fevereiro de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Consulta Processual. Processo: **Habeas Corpus**, HC 416.886/SP, Rel. Ministra Nancy Andrigli, terceira turma. Número único: 0240131-83.2017.3.00.0000. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Julgado em 12/12/2017, [DJE 18/12/2017]. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=HC+416.886&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO> . Acessado em 15 de maio de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Consulta Processual. Processo: **Habeas Corpus**, HC 358.668 - SP (2016/0149959-8) Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze. Número único: 0149959-32.2016.3.00.0000. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Julgado em 25/10/2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=HC+358.668&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Consultado em 16 de maio de 2022.

BORTOLINI, Ana Paula. **A Relativização da Responsabilidade Avocanga**. UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Monografia de Graduação em Direito. Orientadora: MSc. Lisiane Beatriz Wickert. Publicada em 2012. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/handle/123456789/1119> . Consultado em 02 de maio de 2022.

CONJUR. **Em Razão da COVID-19**: Vedação à prisão do devedor de alimentos autoriza penhora de bens sem mudança de rito. Revista **Consultor Jurídico**. Jurisprudências. ISSN

1809-2829. Publicado em 3 de agosto de 2021, 15h52. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-03/vedacao-prisao-devedor-alimentos-autoriza-penhora-bens>. Acesso em: 20 de maio de 2022, as 16:29.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10º ed. rev. atualizada e ampliada - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. ISBN 978-85-203-6001-9. Consultado em 10 de março de 2022.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, publicado em 6 de fev. de 2017. ISBN -13: 978-8597009620. Consultado em 3 de março de 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: direito de família**. V. 6, 8º ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Consultado em 10 de março de 2022.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 16. ed. – São Paulo : Atlas, 2015. ISBN 978-85-224-9346-3. Consultado em 12 de março de 2022.

JUSBRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Cumprimento de Sentença. **Alimentos Avoengos**. Agravo Instrumento / Alimentos 2071083-76.2022.8.26.0000 (Segredo de Justiça). Relator(a): J.B. Paula Lima, Barretos/SP, 10ª Câmara de Direito Privado, julgado em 27/04/2022. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1480061532/agravo-de-instrumento-ai-20710837620228260000-sp-2071083-7620228260000/inteiro-teor-1480061682>. Acessado em 17 de maio de 2022.

LESSA DE OLIVEIRA, C. Um apanhado teórico-conceitual sobre a pesquisa qualitativa: tipos, técnicas e características. *Travessias*, Cascavel, v. 2, n. 3, 2010. Disponível em: <https://e-revista.unioeste.br/index.php/travessias/article/view/3122>. Acesso em: 2 jun. 2022.

MINAS CONSCIENTE. Retomando a Economia do Jeito Certo. Versão 2.0 – 14/05/2020. Páginas 1 – 156. Minas Gerais – Governo Diferente, Estado Eficiente. Governo do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <https://www.mg.gov.br/minasconsciente>. Consultado em 1 Jun. 2022.

OPAS. Organização Pan- Americana da Saúde. Entenda a infodemia e a desinformação na luta contra a COVID-19. Departamento de evidência e inteligência para ação em saúde. Publicado em 30 de abril de 2020 e atualizado em 28 de maio de 2020. Disponível em:



www.conteudojuridico.com.br

https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52054/Factsheet-Infodemic_por.pdf?sequence=3. Consultado em 01 de junho de 2022.

SERVILHA, Claudia; MEZAROB, Orides. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. Atualizado de acordo com as normas da ABNT. Incluída a NBR 6.023/2018. ISBN 978-85-536-1156-0. Ed. 8ª. São Paulo Saraiva Educação, 2019. Disponível me: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553611560/pageid/4> Consultado em 02 de junho de 2022.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 7º ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. Consultado em 4 de abril de 2022.

POSSE E O PORTE DE ARMA FOGO À LUZ DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO E DA ATUAL POLÍTICA ARMAMENTISTA

MATEUS BERNABÉ MARQUES:

Bacharelado em Direito pela
Universidade Brasil.

RESUMO: Trata-se de monografia cujo tema abordado consiste na análise dos crimes de posse e porte ilegal de arma de fogo, de acordo com as previsões do estatuto do desarmamento, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 e com o que estabelece as recentes atualizações legislativas sobre o assunto. De igual modo, analisa-se como a política armamentista defendida e inovada pela atual presidência da República tem realizado mudanças que objetivam facilitar a posse e o porte de armas, rompendo com o viés restritivo estabelecido pelo estatuto do desarmamento. Serão analisadas as alterações até então impostas pelos recentes decretos presidenciais, a exemplo do decreto nº 9.847, de 25 de junho de 2019, assinado pelo presidente da república, Jair Messias Bolsonaro, que regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 e dispõe sobre a aquisição, o cadastro, o registro, o porte e a comercialização de armas de fogo e de munição e sobre o Sistema Nacional de Armas e o Sistema de Gerenciamento Militar de Armas. Serão discutidas quais são as controvérsias trazidas pelos referidos atos administrativos que são amplamente debatidos nos dias atuais. Afinal, quais têm sido as consequências da nova política armamentista que tenta se implantar? No que diz respeito à posse e ao porte de armas, quais foram as alterações que regularizaram o estatuto do desarmamento recentemente? Para um melhor desenvolvimento do trabalho, estudar-se-á o Estatuto do Desarmamento, especialmente, a diferença legal entre a posse e o porte de arma de fogo, as alterações postas pelos decretos presidenciais, as possíveis consequências dessas mudanças e seus reflexos penais, abordar-se-á os aspectos históricos da política de armas no Brasil e do Estatuto do Desarmamento e, por fim, analisar-se-á a polêmica e discutida possível relação existente entre armas, crime e violência. De modo que, no decorrer do trabalho, pesquisas sobre o tema demonstrarão que armar o cidadão não é a melhor opção no combate à violência em nosso país, que as alterações normativas nesse sentido embora tenham tentado flexibilizar a posse e o porte de arma, tais medidas permanecem vedadas pelo estatuto. O trabalho dissertativo no campo metodológico fez uso da análise do ordenamento jurídico nacional, de estudos, pesquisas e artigos existentes sobre a problemática, o que caracteriza um trabalho de pesquisa bibliográfica doutrinária e de

revisão da literatura, cujo processo busca a análise e descrição de um corpo do conhecimento.

Palavras-Chave: Estatuto do Desarmamento. Nova Política armamentista. Armas. Crime. Violência.

ABSTRACT: This is a monograph whose theme is the analysis of crimes of possession and illegal possession of firearms, in accordance with the provisions of the disarmament statute, Law No. 10,826, of December 22, 2003 and with what establishes the recent legislative updates on the subject. Likewise, it analyzes how the arms policy defended and innovated by the current presidency of the Republic has made changes that aim to facilitate the possession and possession of weapons, breaking with the restrictive bias established by the disarmament statute. The amendments hitherto imposed by the recent presidential decrees will be analyzed, such as Decree No. 9,847, of June 25, 2019, signed by the President of the Republic, Jair Messias Bolsonaro, which regulates Law No. 10,826, of December 22, 2003 and provides for the acquisition, registration, registration, possession and sale of firearms and ammunition and the National Weapons System and the Military Weapons Management System. The current administrative act in force is widely discussed today and has caused a lot of controversy, mainly because it revoked a series of decrees that regulated the disarmament statute. For a better development of the study and to observe the changes brought about by the presidential decrees in relation to the possession and possession of weapons, the possible consequences of these changes and their penal consequences, we will address the historical aspects of arms policy in Brazil, we will study the Statute Disarmament and the legal difference between possession and possession of a firearm, we will discuss the rules that preceded the decree and, finally, we will analyze the controversy and discussed possible relationship between weapons, crime and violence, presenting, in the course of the work, some research already carried out on the topic and which try to reach the conclusion that arming the citizen is the best option in the fight against violence in our country. The dissertation work in the methodological field made use of the analysis of the national legal system, of studies, research and existing articles on the problem, which characterizes a work of doctrinal bibliographic research and literature review, whose process seeks the analysis and description of a body of knowledge.

Keywords: Disarmament Statute. Arms policy. Decree No. 9,847, of June 25, 2019. Changes. Penal reflexes. Weapons. Crime. Violence.

1. INTRODUÇÃO

O tema sobre a aquisição, cadastro, registro, posse, porte e comercialização de armas de fogo e munições voltou à tona como um dos assuntos mais discutidos e que gera mais polêmicas entre os cidadãos e os políticos, que basicamente se dividem entre apoiadores e não apoiadores do livre comércio, do porte e posse de armas e munições.

Desde a campanha eleitoral para presidência da República, em 2020, uma das promessas eleitorais do plano de governo do atual chefe do poder executivo federal era a flexibilização da liberação da posse e porte de arma, tema que iremos focar no presente trabalho. Ao chegar ao Palácio do Planalto, desde o dia primeiro de janeiro de 2019, o presidente tem dedicado esforços para implementar o que sempre defendeu, desse modo, desde o início do governo, pelo menos 14 medidas sobre o tema – entre decretos e portarias – já foram editadas pelo governo federal.

Além disso, o governo elaborou um projeto de lei (PL 3723/19) sobre o assunto, que altera o Estatuto do Desarmamento, o Código Penal, a Lei de Segurança Bancária e a Lei de Segurança Nacional, para disciplinar o Sistema Nacional de Armas (Sinarm), estabelecer definições, modificar regras do registro, cadastro e porte de armas de fogo. O referido projeto apresentado em 26 de junho de 2019, que ainda será analisado pela Câmara e Senado, aumenta penas e modifica a descrição dos crimes, além de mudar penas de crimes com armas e outros temas.

A comercialização desenfreada de armas preocupa também nos acidentes ocorridos com pessoas, principalmente crianças, que disparam a arma de forma acidental contra si ou contra terceiros. Sem falar nos crimes com erro de tipo - quando o agente não quer praticar o crime, mas, por erro, vem a cometê-lo -, nos casos de legítima defesa putativa, onde o suspeito imagina estar reagindo contra uma agressão que não existe, exemplo dos casos em que frequentemente alguém abre fogo contra uma vítima pensando ser essa um ladrão, casos esses recorrentes entre pessoas do mesmo âmbito familiar.

Segundo levantamento feito pelo Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa do Senado¹, dada a pouca quantidade de pesquisas rigorosas sobre o tema, não é possível tirar conclusões seguras de um lado (mais armas, mais crimes) ou de outro (mais armas, menos crimes). Para o Núcleo, as poucas pesquisas feitas para o Brasil que buscam estabelecer uma relação de causalidade entre o número de armas em circulação e a violência tendem a apoiar a hipótese “mais armas, mais crimes”, mas apenas para crimes contra a pessoa, e não para crimes contra o patrimônio, que são mais numerosos.

Diante de todo o exposto, percebe-se que, juntamente à ascensão das armas, nasceram também várias questões polêmicas, como, por exemplo, as armas trazem, ou

não, segurança para quem as possui? As armas têm relação com o crescimento da violência e dos números de mortes? Qual a melhor alternativa, deve-se ou não liberar o livre comércio, a posse e o porte de armas por cidadãos comuns? Para responder tais questões surge a necessidade de atualizar a população, de estudar e discutir sobre o tema e a legislação que regula a posse, porte e comercialização de armas e munições, por isso a escolha dos respectivos assuntos para debate neste trabalho.

O estudo do Estatuto do Desarmamento que diferencia a posse e o porte de arma de fogo é indispensável para diferenciar tais condutas. Além desses objetivos específicos do presente trabalho, importante discutir as controvérsias trazidas pelos atos administrativos editados pelo atual Presidente da República que emprega uma nova política armamentista cujo objetivo é ampliar o rol de pessoas que podem ter direito a posse e ao porte de armas, para tal serão analisadas as alterações que regularizaram o estatuto do desarmamento recentemente, as possíveis consequências dessas mudanças e seus reflexos penais.

Frise-se que, o presente trabalho foi idealizado e executado com muita dedicação, afincado, estudo jurídico e de pesquisas em diferentes áreas, como econômicas e sociais. Foi elaborado levando em consideração os principais pontos do Estatuto do Desarmamento e dos mais recentes atos normativos confeccionados sobre o tema, bem como se valeu de vasta pesquisa teórica e estudos empíricos existentes sobre o assunto. Foram utilizados livros, artigos, sites e demais meios de consulta, inclusive em nosso amplo ordenamento jurídico, no entanto, por tratar-se vastas e inesgotáveis fontes de informações, a seleção dos estudos e a interpretação dessas informações não utilizam critérios explícitos e sistemáticos para a busca e análise crítica da literatura.

2. ANÁLISE HISTÓRICA DA ARMA DE FOGO

Desde os primeiros momentos da história da humanidade, as armas se fazem presentes. Inicialmente, os homens das cavernas produziam suas próprias armas, se valendo dos diversos elementos da natureza, como pedras amoladas amarradas a galhos de árvores. Após a descoberta do metal, as armas passaram a ser feitas com aço, a exemplo das espadas, lanças e machados, que hoje ainda subsistem e são conhecidas como armas brancas.

Ato contínuo, após muita evolução, entre os séculos XV e XVI, a pólvora foi descoberta pelos chineses e desde então a guerra armada passou por vários avanços, a exemplo do surgimento das primeiras artilharias de canhões e os primeiros mosquetes, que são as primeiras armas de fogo usadas pela infantaria.

Em 1884, a evolução das armas de fogo continuou e surgiu, nos Estados Unidos, a primeira arma automática do mundo, a metralhadora. Desde então, as armas ganham

tamanhos, modelos e especificações variadas, de modo que são utilizadas não só para fins militares como esportivos, para caça, defesa pessoal e demais usos no dia a dia.

A partir do ano 1980, quando a população já se consolidava como maioria urbana, os pesquisadores apontam que ocorreu uma “verdadeira corrida armamentista” no país, em razão da falta de segurança já existente desde a estagnação econômica da época e a consequente intenção de autodefesa dos cidadãos.

Desse modo, até a década de 90, qualquer pessoa maior de idade poderia adquirir e portar uma arma no Brasil, apenas formalizando o registro no local da venda. Porém, a partir da Lei 9.437/97, endureceu a posição oficial em relação à posse de armas e a liberação de armamento passou a ter mais rigor, pois, a referida lei foi a primeira que tornou o porte ilegal um crime inafiançável e passível de encarceramento com pena de um a quatro anos, além de ser a responsável por criar o Sistema Nacional de Armas (Sinarm), em vigor até hoje.

Em 2003, a Lei 10.826 aprovada pelo Congresso revogou a Lei 9.437/97 e instituiu o Estatuto do Desarmamento, que até hoje está em vigor e controla rigidamente a posse e o porte de armas. Mais uma medida importante foi tomada em outubro de 2006, quando o Brasil, em acordo multilateral, ratificou o Protocolo contra a fabricação e o tráfico ilícito de armas de fogo, suas peças, componentes e munições, complementando a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, por meio do Decreto 5.941.

No entanto, em contramão a todas essas evoluções e medidas adotadas, há diversos projetos de lei que têm por finalidade a revogação por completo do Estatuto do Desarmamento. Os decretos presidenciais já promulgados pelo novo presidente deixam evidentes os seus intuitos para facilitação da posse das armas e do seu comércio, o que desperta o interesse das fábricas de armas e munição no Brasil e daqueles que são favoráveis à posse e ao porte de arma irrestrito.

A indústria bélica brasileira possui grande destaque, suas produções são exportadas para vários países e, principalmente, o novo cenário político tem influenciado os mercados de todos os fabricantes, pois, fomenta vasta valorização das suas ações no mercado financeiro, o que justifica tamanho interesse das empresas na facilitação da posse e o do porte de armas.

Atualmente, as principais fábricas de armas e munição no Brasil são a Forjas Taurus, com sede no Rio Grande do Sul, fabricante de pistolas e revólveres. A Amadeo Rossi, também localizada no Rio Grande do Sul, produtora de revólveres, espingardas e carabinas

e a Companhia Brasileira de Cartuchos (CBC), com fábrica em Ribeirão Preto, maior produtora de munições do país e produtora de rifles e espingardas.

Inicialmente, é importante frisar que, antes da criação da Lei 9.437/97 acima citada, o porte de arma de fogo no Brasil era considerado apenas contravenção penal, previsto no artigo 19 da Lei das Contravenções Penais, decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941, cuja redação é:

Art. 19. Trazer consigo arma fora de casa ou de dependência desta,

sem licença da autoridade: Pena – prisão simples, de quinze dias a seis meses, ou multa, de duzentos mil réis a três contos de réis, ou ambas cumulativamente.
(BRASIL, 1941)

O referido decreto-lei fora o primeiro diploma legislativo a tratar sobre armas de fogo e, atualmente, encontra-se parcialmente revogado nas previsões quanto às armas de fogo e válido no que se refere às armas brancas, aquelas dotadas de ponta ou gume, a exemplo das facas, navalhas, canivetes, espadas. Anteriormente, em 1934, em que pese não tratar do uso civil de armas e munição, o Decreto Presidencial nº 24.602, assinado por Getúlio Vargas (1882-1954), apenas regulamentou a fabricação e venda de armas de guerra pelo Estado e proibiu que a atividade fosse desenvolvida por empresas privadas, que apenas tinham autorização para produzir exclusivamente armas destinadas à caça.

No ano de 1965, o Decreto nº 55.649 revogou a legislação de Vargas e regulamentou a produção, o comércio e a circulação de armas e munições, que passaram a integrar o rol de produtos exportáveis do país e as polícias civis dos estados ficam encarregadas do registro do porte e posse de armas. Já em 1980, a Portaria nº 1.261 do Ministério do Exército regulamentou a comercialização e o registro de armas de fogo, desse modo, maiores de 21 anos, sem antecedentes criminais e com profissão definida, adquiram o direito de comprar até três armas por ano, observado o limite total de seis unidades.

Somente em 1997, com a edição da Lei 9.437, em seu 10º artigo, o legislador tipificou como crime as condutas de possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo.

Sendo assim, o porte e a posse ilegal de arma de fogo, antes meras contravenções, a partir de 1997, passaram a ser considerados como crime. No entanto, todas as

condutas estavam sujeitas a uma mesma pena. Vejamos a redação do art. 10 da Lei 9.437/97, revogado pela Lei 10.826/03:

Art. 10. Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Pena - detenção de um a dois anos e multa. (BRASIL, 2003)

A citada Lei 9.437 de 1997 também criou o Sistema Nacional de Armas e a fiscalização da compra e do uso de armas e munições se tornaram responsabilidade exclusiva da Polícia Federal, que passou a exigir comprovação de “efetiva necessidade” para autorizar sua posse. Exceto a responsabilidade pela fiscalização do armamento particular de policiais, juízes e colecionadores que continuou sendo das Forças Armadas.

No entanto, a Lei 9.437 não foi suficiente e significativa na diminuição da criminalidade e no combate a violência. A lei recebeu críticas em relação a sua redação que precisaria ser aperfeiçoada, principalmente porque, como demonstrado, as condutas de gravidades totalmente diferentes eram submetidas a uma mesma pena, o que viola o princípio da proporcionalidade e da individualização da pena.

Por fim, foi editada a Lei 10.826 em 2003, o conhecido Estatuto do Desarmamento, que revogou integralmente a Lei 9.437/97 e que será estudado e discutido no presente trabalho. Por meio dessa lei, o governo federal também criou a Campanha do Desarmamento, que indenizou as pessoas que entregaram suas armas de fogo sem registro à Polícia Federal, o que retirou um grande número de armas de circulação.

Embora mais nenhuma lei tenha sido promulgada pelo Poder Legislativo, no ano de 2019, sucessivos decretos presidenciais tentam flexibilizar as regras de aquisição, cadastro, registro, porte e vendas de armas de fogo e munição do Estatuto do Desarmamento. Desde a sua investidura no poder executivo, o presidente Jair Bolsonaro, que sempre fez campanha a favor da liberação da posse e do porte de arma, editou alguns decretos sobre o tema, alguns revogados e outros ainda em vigência.

Conforme será explanado em item específico sobre o tema, a edição dos decretos trata-se de uma tentativa do Poder Executivo de subverter o sentido da Lei 10.826/2003 mediante subsequentes atos infralegais, que iniciou com a edição do Decreto 9.685, em 15 de janeiro de 2019, e logo em seguida, no mês de maio, com os Decretos 9.785 e 9.797. Já em junho, também em 2019, o Decreto 9.844 foi editado e revogado no mesmo dia, pelo subsequente Decreto 9.847, gerando inclusive insegurança jurídica.

3. ESTATUTO DO DESARMAMENTO

Em 22 de dezembro de 2003, foi sancionado pelo - à época presidente da República - Luís Inácio Lula da Silva, o Estatuto do Desarmamento, Lei nº 10.826, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas - SINARM, define crimes e dá outras providências. A lei surgiu no intuito de restringir o porte de armas por civis, para tanto, dentre outras medidas, estabeleceu alguns requisitos para aqueles que querem adquirir arma de fogo, especificou na legislação penal os crimes de comércio ilegal e tráfico internacional de armas de fogo, ampliou as penas para o porte de arma em situação irregular, dentre outras medidas que serão estudadas e aqui discutidas.

O Estatuto do Desarmamento possui 37 artigos e é organizado em cinco capítulos. No capítulo I, regulamenta o Sistema Nacional de Armas (SINARM), órgão instituído no Ministério da Justiça, no âmbito da Polícia Federal, com circunscrição em todo território nacional e com sua competência preconizada no artigo 2º e outras previsões legais. Antes do estatuto, o controle de armas era exercido por cada Estado através da Polícia Civil.

Em seu Capítulo II e III, o Estatuto aborda questões que concerne ao registro e ao porte de arma de fogo, no capítulo IV prevê os crimes e penas e, por fim, o capítulo V apresenta as disposições gerais. Como o presente trabalho pretende discutir as mudanças trazidas pelos decretos promulgados pela atual presidência da república, tendo em vista que esses tentam facilitar a posse de arma, elucidaremos as dúvidas sobre a diferença entre o porte e a posse de arma de fogo no Brasil e abordaremos com mais ênfase as previsões legais atinentes ao tema e às alterações decorrentes dos referidos decretos.

O estatuto, atendendo à proporcionalidade e à individualização da pena, pune de forma diferenciada a posse de arma em seu art. 12, o porte de arma, em seu art. 14, bem como a posse e o porte de arma de uso proibido ou restrito, no art. 16, o disparo, no art. 15, o comércio, no art. 17 e, por fim, o tráfico internacional em seu art. 18.

Desse modo, é importante saber diferenciar o conceito de posse e porte de arma, pois, frequentemente causa confusão àqueles que não detêm o conhecimento jurídico adequado. A posse de arma de fogo consiste no direito de manter a arma de fogo no interior da residência ou do local de trabalho do titular ou o responsável legal pelo

estabelecimento ou empresa, desde que preenchidos os requisitos legais. Já o porte de arma de fogo é o direito de carregar a arma devidamente muniada em local que não seja o autorizado no registro, ou seja, fora de casa ou do trabalho.

Atualmente, o porte de armas, em regra, é proibido em todo território nacional para o cidadão em geral, conforme estabelece o art. 6º do estatuto do desarmamento. Entretanto, existem exceções e policiais, guardas municipais das cidades com mais de 500 mil habitantes, integrantes das Forças Armadas e todos os demais constantes no art. 6º do Estatuto do Desarmamento e previstos em legislação própria possuem o direito de portar arma.

A depender da necessidade comprovada pelo requerente, é possível que o porte seja deferido a nível estadual, regional ou nacional. Por esse motivo, caso o requerente precise portar a arma fora do estado onde reside, também é necessário comprovar essa necessidade.

Embora o porte de arma autorize andar com a arma devidamente muniada fora de casa ou do trabalho, se exige do cidadão que, sempre que estiver fora desses ambientes, se mantenha em posse dos documentos de registro, de porte e da sua identificação.

O estatuto do desarmamento impõe regras para o registro e para o porte de armas, de modo que estabelece que, inicialmente, deve o cidadão comprar a arma de fogo, em seguida registrá-la e, por fim, requerer a autorização do porte.

Inicialmente, para adquirir a arma de fogo, a pessoa interessada deve, conforme disposto no art. 28 do Estatuto, ter mais de 25 anos, exceto os integrantes das entidades constantes dos incisos I, II, III, V, VI, VII e X do caput do art. 6º desta Lei, que serão estudados a seguir.

Ademais, os maiores de 25 anos necessitam atender outros requisitos, como comprovação de idoneidade, ocupação lícita, residência fixa e capacidade para manuseio da arma. Presentes tais requisitos legais, o SINARM - órgão competente - emite autorização para a compra da arma de fogo.

A autorização dada pelo SINARM é específica, uma para a pessoa e uma para a arma, bem como para a compra de munição, que é específica para a arma de fogo autorizada. Assim estabelece os parágrafos 2º e 3º do art. 4º do Estatuto:

Art. 4º (...) § 1º O Sinarm expedirá autorização de compra de arma de fogo após atendidos os requisitos

anteriormente estabelecidos, em nome do requerente e para a arma indicada, sendo intransferível esta autorização. § 2º A aquisição de munição somente poderá ser feita no calibre correspondente à arma registrada e na quantidade estabelecida no regulamento desta Lei.

A segunda etapa, que consiste no registro da arma, deve ser realizada após adquiri-la, o interessado deverá registrá-la perante o órgão competente, que dependerá da classificação da arma de fogo. A arma de fogo de uso permitido é de competência da Polícia Federal, após a anuência do SINARM, e tem validade em todo o território nacional. Já a arma de fogo de uso restrito compete ao Comando do Exército.

O registro possui como finalidade, além de controle das armas, a de autorizar o proprietário a manter a arma de fogo no interior de sua residência ou em seu local de trabalho, desde que, como já explanado, ele seja o titular ou responsável legal do estabelecimento ou empresa.

Já a terceira e última etapa necessária para a concessão do porte da arma é a autorização. Assim, para que a arma de fogo seja levada consigo em via pública ou em qualquer outro local distinto dos que a posse permite, será necessária a autorização para o porte, nos termos do art. 6º e seguintes do Estatuto do Desarmamento.

No entanto, também poderá ser concedida a autorização para o porte de armas em algumas hipóteses, seja em caso de função do requerente, seja em decorrência da obtenção de autorização junto à Polícia Federal, após a anuência do SINARM, desde que preenchidos os requisitos legais impostos no artigo 10 do estatuto, in verbis:

Art. 10. A autorização para o porte de arma de fogo de uso permitido, em todo o território nacional, é de competência da Polícia Federal e somente será concedida após autorização do Sinarm. § 1º A autorização prevista neste artigo poderá ser concedida com eficácia temporária e territorial limitada, nos termos de atos regulamentares, e dependerá de o requerente: I – demonstrar a sua efetiva necessidade por exercício de atividade profissional de risco ou de ameaça à sua integridade física; II – atender às exigências previstas no art. 4º desta Lei; III – apresentar documentação de

propriedade de arma de fogo, bem como o seu devido registro no órgão competente. § 2º A autorização de porte de arma de fogo, prevista neste artigo, perderá automaticamente sua eficácia caso o portador dela seja detido ou abordado em estado de embriaguez ou sob efeito de substâncias químicas ou alucinógenas.

Ademais, existe o porte na categoria "caçador de subsistência", que poderá ser concedido pela Polícia Federal aos residentes em áreas rurais que comprovem depender do emprego de arma de fogo para prover a subsistência alimentar familiar. Se exige que se trate de arma portátil, de uso permitido, de tiro simples, com um ou dois canos, de alma lisa e de calibre igual ou inferior a 16.

Para obter a licença e poder caçar o necessário para sua subsistência e de sua família, o caçador, inicialmente, deverá ser cadastrado e registrado no IBAMA. Ao requerer a licença para a compra da arma e o porte na modalidade "caçador", deverá apresentar o certificado de registro e a licença do IBAMA, além das demais documentações exigidas pelo SINARM.

Importante frisar que a arma de caça é a espingarda, assim, o caçador não pode se utilizar de outro tipo de armamento, não pode portá-la publicamente e em locais incompatíveis, sob pena de ser apreendida, bem como a licença e o porte serem caçados e o infrator responder criminalmente.

O Estatuto do Desarmamento permite a comercialização de armas de fogo nos casos especificados em lei. Entretanto, no intuito de fiscalizar e controlar a produção, o comércio e o cadastramento de todas as armas de fogo em circulação em nosso país, tanto as fabricadas no Brasil, quanto as importadas, foi criado o Sistema Nacional de Armas, que é composto por um conjunto de órgãos vinculados ao Ministério da Justiça.

4. CRIMINALIZAÇÃO E POSSE

4.1 CRIMINALIZAÇÃO E POSSE

Conforme já exposto, o estatuto do desarmamento estabelece os crimes e as penas no capítulo IV, bem como diferencia a posse e o porte irregular de arma de uso permitido e de uso restrito, punindo-os de forma individualizada. Embora o estatuto tipifique diferentes e diversas condutas criminosas, nos ateremos ao estudo da posse e do porte ilegal de arma.

O crime de posse irregular de arma de uso permitido é previsto no artigo 12, vejamos o dispositivo legal:

Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Desse modo, a conduta descrita no art. 12 está relacionada à ausência de registro da arma de fogo, pois não há que se falar em porte já que a arma está na residência ou no local de trabalho.

Trata-se de crime comum, o sujeito ativo, que é quem, de forma direta ou indireta, realiza a conduta descrita no tipo penal, pode ser qualquer pessoa, inclusive o proprietário da arma. O sujeito passivo, que é o titular do bem jurídico protegido pela lei penal violada por meio da conduta criminosa, é a coletividade, ente destituído de personalidade jurídica, o que faz com que seja um crime vago.

Em razão da vontade do agente, a consumação do referido delito se propaga no tempo, o que torna o crime permanente. Assim, torna-se possível a prisão em flagrante, enquanto não cessada a permanência, o curso do prazo prescricional somente se inicia com a cessação da permanência e sobrevindo lei penal mais gravosa - enquanto não cessada a permanência - poderá ser aplicada ao caso.

A posse irregular de arma de fogo de uso permitido é crime de perigo abstrato/perigo presumido, assim como a maioria dos demais crimes previstos no Estatuto do Desarmamento. Desse modo, significa dizer que o crime se consuma com a mera exposição do bem jurídico a uma probabilidade de dano, não necessitando a comprovação do dano efetivo e não cabendo prova em contrário.

Como não há resultado naturalístico, o crime se consuma com a mera posse irregular, não importando a finalidade, pois, é um crime de mera conduta, eis que o tipo penal se limita a descrever uma conduta.

Conforme dito, a pena será de um a três anos e multa. Por se tratar de crime de médio potencial ofensivo (pena de um a três anos), admite a suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei 9.099/95.

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). (BRASIL, 1995)

Como a pena não ultrapassa quatro anos, conforme preconiza o artigo 322 do Código de Processo Penal, o próprio delegado poderá arbitrar a fiança. Por fim, estando presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, é perfeitamente possível que a pena privativa de liberdade seja convertida em restritiva de direitos, já que trata-se de crime doloso, sem violência ou grave ameaça e a pena não ultrapassa quatro anos, o que permite a conversão.

O delito de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido está previsto no art. 14 do Estatuto do Desarmamento, que dispõe que:

Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente. (Vide Adin 3.112-1)

O referido delito trata-se de crime de elevado potencial ofensivo, incompatível com os benefícios da Lei 9.099/95, diferentemente do crime de posse, como já exposto.

Importante esclarecer que, embora o parágrafo único traga a previsão do não cabimento de fiança, o STF, na ADI 3.112/1, considerou tal previsão inconstitucional, de modo a autorizar o arbitramento de fiança, pois, atualmente, apenas a CF pode dizer, de forma genérica e abstrata, que um crime é infiançável.

Assim como o crime de posse ilegal de arma, tem por objetividade jurídica a tutela da incolumidade pública, mais especificamente a segurança pública. O sujeito ativo é qualquer pessoa, pois é um crime comum e o sujeito passivo é a coletividade, por tratar-se de crime vago.

É crime de mera conduta, de modo que se esgota no simples porte ilegal da arma de fogo, admite a tentativa e é crime de perigo abstrato, ou seja, a lei presume, de forma absoluta, que a arma de fogo representa um perigo à segurança pública.

Já o porte ilegal de arma de fogo desmuniada é punível, conforme entendimento do STF no Info 699. Por ser um crime de mera conduta, entende-se que ainda que a arma não esteja com munição haverá crime, pois é suficiente a ação de portar ilegalmente a arma.

Outra questão polêmica e já muito discutida é o porte de arma de brinquedo. O mero porte de arma de brinquedo não é considerado crime, não houve a incriminação pelo Estatuto do Desarmamento que apenas proíbe a fabricação, a importação, a exportação de réplicas de arma de fogo, nos termos do seu art. 26.

A posse e o porte ilegal de arma de fogo de uso restrito estão previstas no art. 16 do Estatuto do Desarmamento juntamente a outras condutas que são equiparadas as primeiras, conforme previsão legal dos incisos do parágrafo primeiro do referido artigo.

Desta feita, percebe-se que, quando a arma de fogo é de uso restrito, o crime será o mesmo tanto para a posse ilegal quanto para o porte ilegal, diferentemente de quando se trata de arma de fogo de uso permitido, que há previsão distinta para o crime de posse ilegal (art. 12) e para o porte ilegal (art. 14).

Como nos demais crimes do estatuto, protege-se a incolumidade pública, mais especificamente a segurança pública. Podem ser o sujeito ativo do delito qualquer pessoa, pois também se trata de crime comum, mas quando praticado por integrantes dos órgãos e empresas referidas nos arts. 6º, 7º e 8º, aplica-se a regra do art. 20 do Estatuto que determina que a pena será aumentada da metade. O sujeito passivo é a coletividade, pois trata-se de crime vago.

O tipo penal contém um elemento normativo, qual seja: sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Assim, podemos concluir que são

possíveis o porte e a posse legal de arma de fogo de uso restrito quando o agente possuir autorização para tanto, no caso do porte ou registrar, no caso da posse. Diferentemente das armas de uso permitido, a aquisição e o registro de arma de fogo de uso restrito devem ser concedidos pelo Comando do Exército. O tipo penal limita-se a descrever a conduta, sem prever o resultado naturalístico.

O crime em discussão é de perigo abstrato, a lei presume o perigo com a prática de qualquer uma das condutas descritas no art. 16. Igualmente, é um crime de mera conduta, bastando a prática da conduta para que se presuma o perigo.

4.2 RELAÇÃO ENTRE ARMAS, CRIME E VIOLÊNCIA

Há muito se discute e se estuda sobre a relação existente entre o crime, a violência e as armas. De tal modo que, muitas pesquisas e dados estatísticos são utilizados em toda parte do mundo para defender ou para se opor à referida relação, sendo cada um daqueles utilizados conforme os argumentos que se procura provar.

No Brasil, existem diversos institutos que frequentemente realizam pesquisas e elaboram manifestos com estudos sobre o controle de armas, a exemplo do Instituto Sou da Paz, o Instituto Igarapé e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), entre outros. Em 2020, mais de 60 especialistas em violência assinaram manifesto reconhecendo que estudos evidenciam a relação entre arma e mortes, a exemplo do economista Daniel Cerqueira do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, que concluiu que a cada 1% a mais de armas gera quase 2% a mais de assassinatos, bem como que o aumento do número de armamento não reduz os crimes econômicos, como roubos.

O Atlas da Violência de 2020², divulgado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), constatou que nos estados onde há maior crescimento da violência letal são os mesmos onde a vitimização por arma de fogo cresce, principalmente no Norte e Nordeste do país.

Segundo o citado Atlas, a taxa de homicídio por arma de fogo cresceu 15,4% no Brasil, de 2006 para 2020, a violência armada aumentou nos estados em que os homicídios também avançaram, a exemplo do Rio Grande do Norte (349,1%), Acre (280,0%), Tocantins (219,1%) e Maranhão (201,7%). Sergipe é o estado com maior proporção de homicídios por arma de fogo, com 85,9% dos assassinatos causados por perfuração à bala, seguido de Alagoas, com 84,9%, e Rio Grande do Norte 84,6%. Já os estados que possuem as menores proporções são: Roraima, 35,3%, Mato Grosso do Sul, com 48,6% e Tocantins, com 54,1%.

Para parte dos pesquisadores, há evidências muito fortes que aumentar o número de armas de fogo em circulação aumenta a quantidade de acidentes domésticos com armas de fogo, sendo as crianças e jovens até 17 anos do sexo masculino as principais vítimas desses acidentes. Outrossim, os estudos também mostram relação significativa entre o acesso facilitado às armas de fogo e a taxa de suicídios.

Em contrapartida, entusiastas e estudiosos citam a pesquisa “Mais Armas, Menos Crimes” publicada pelo norte-americano John R. Lott, em 1998, mas com última atualização em 2010, que concluiu nas estatísticas e análises da sua obra que os índices de crimes violentos caíram quando os estados dos Estados Unidos autorizaram o porte de arma para legítima defesa.

Segundo o já citado estudo do Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa do Senado, a dificuldade das pesquisas está em conseguir separar duas situações diferentes e que causam efeitos diferentes: mais armas para não-criminosos e mais armas para criminosos. O referido estudo relata que os pesquisadores que concluem que mais armas reduzem mortes destacam o efeito dissuasão, que consiste na ideia de que maior poder de autodefesa implica maior custo do crime para o criminoso. Já quem encontra que mais armas aumentam mortes destaca o efeito difusão, que entende que a maior disponibilidade incentiva o uso de violência para solução de conflitos interpessoais, acidentes e suicídios, e reduz o preço no mercado ilegal para o criminoso.

Em nosso país, temos poucos estudos e há menos dados, no entanto, um levantamento da Fundação Abrinq com base nas informações do Sistema de Informações Sobre Mortalidade mostrou que o número de homicídios de crianças e adolescentes por arma de fogo aumentou 113,7% em 20 anos no Brasil — eram 4,2 mil em 1997 e 9,1 mil em 2020. Porém, o mesmo levantamento demonstra que apesar do aumento de caso de números absolutos, a variação do crescimento caiu da média de 3% para 1%, a partir de 2003, ano em que foi sancionado o Estatuto do Desarmamento, até 2017.

A disponibilidade de armas tem inúmeros efeitos simultâneos sobre a violência e uma delas é que, se as armas forem legalizadas, o preço de armamentos tenderá a cair, o acesso de criminosos a elas aumentará e mais violência armada ocorrerá, é o que alguns chamam de efeito promotor. Os elevados preços de armamentos e munições afastam, pelo menos, aqueles delinquentes menos favorecidos de poder aquisitivo.

Quanto ao efeito dissuasório de violência das armas defendido por alguns pesquisadores que entendem que com armas legalizadas o acesso a elas pela população civil será maior e, conseqüentemente, a incerteza sobre se os civis vítimas de crimes estariam armados aumentaria, o que ocasionaria a tendência de cometimento de menos crimes por parte dos criminosos que temeria o risco, a questão seria se, em contrapartida, o

fato dos civis estarem armados não poderia ser um motivo a mais nos crimes contra o patrimônio.

É sabido que as armas são constantemente objetos de furtos e roubos, esses muitas vezes latrocínios, oportunidade que os bandidos tem como motivação do crime o roubo de armamentos e acabam resultando na morte daquele que detinha o bem. Como prova, uma pesquisa realizada pelo Instituto de Estudos da Religião (Iser), no Rio de Janeiro, em 2009, constatou que 30% das 77.527 armas apreendidas com criminosos no Rio de Janeiro haviam sido obtidas no mercado formal e depois roubadas, ou seja, ao contrário do que muitas pessoas acham, são sim as armas legalizadas que são usadas para cometer crimes pelos bandidos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atual política armamentista apoiada pelo chefe do poder executivo federal que, como visto, tem editado medidas que tentam flexibilizar a legislação sobre o porte e a posse de armas no Brasil trouxe à tona, novamente, uma série de questionamentos sobre a liberação de armas de fogo e quais as possíveis consequências da maior circulação de armas no país.

Quanto ao assunto, a principal crítica dos parlamentares é em relação à posse rural estendida – que garante que produtores rurais possam utilizar arma além da sede da propriedade -, a autorização de porte para novas categorias profissionais e a flexibilização do acesso a armas de uso restrito, no sentido de que todos os casos descritos deveriam ser discutidos em projeto de lei e não impostos por decreto, assim como fez posteriormente com o PL supramencionado.

O crescente índice de violência e o conjunto de correlações desse com a desigualdade social, o desemprego, a baixa escolarização e o acesso desregulado a álcool e drogas, somado à política pública omissa, sem planejamento e investimento na segurança pública tem preocupado toda a nação.

Entendemos que, a permanente polêmica de flexibilizar ou não a política de controle de armas de fogo tem por unanimidade - seja daqueles que são contra ou dos que são a favor da liberação de armas - a preocupação em se melhorar a segurança pública do nosso país. Para tanto, devem coexistir com a nossa legislação políticas públicas que viabilizem e garantam a segurança pública, que invistam nas nossas polícias, que assegurem a integridade da vida e do patrimônio das pessoas, o investimento no povo e, principalmente,

na educação, para que se tenha consciência que a violência é parte do problema e não a solução de conflitos.

Faz-se necessário investir na política de retirada de armas de fogo de circulação para que se mude o cenário de violência, pois o comércio legal é um dos principais abastecedores do ilegal. Daí a importância do nosso Estatuto do Desarmamento, que tipifica os crimes de posse e porte ilegal de arma, que estabelece o controle sobre armas e munições, que reprime o comércio ilegal e o contrabando, combate o porte ilícito, responsabilizando legalmente aos comerciantes e impedindo que a arma ilegal, objeto de apreensão, volte a circular em nossa sociedade.

Os problemas apontados por especialistas em segurança pública são os maiores desafios para a redução dos homicídios no país, esses relatam a falta de prioridade e capacidade de articulação entre as diferentes esferas de governo para implementação de políticas de longo prazo voltadas para prevenir e também solucionar os homicídios que são registrados todos os anos.

Ante todo o exposto, depreende-se que a nossa legislação desarmamentista vigente, protagonizada pelo estudado Estatuto do Desarmamento, tem contribuído significativamente para a diminuição do crescimento nas taxas dos crimes de homicídios cometidos com arma de fogo em nosso país. Porém, sabemos também que, atualmente, a nossa política e os meios até então adotados não resolveram e estão longe de resolver o problema da violência urbana e do crime organizado que se abastecem com o contrabando e a corrupção de nosso país.

REFERÊNCIAS

ALEIXEO, M. S; BEHR, G. A. Desarmamento no Brasil: Lei 9.437/97 x Lei 10.826/03.

Revista Brasileira de Criminalística, V. 4, nº 1, p. 12-18, 2015

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2008. BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código de Penal. *In*: **VADE Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2022.

BRASIL. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. *In*: **VADE Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2022.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Atlas da violência 2020**. Brasília: Ipea e FBSP: 2019. Disponível

em: <https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33410&Itemid=432>. Acesso em: 09 mai. 2022.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA **Fórum Brasileiro De Segurança Pública (FBSP)**. Anuário Brasileiro de Segurança Pública, ano 11, 2017.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA Ministério da saúde. **Estudos**. https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1416:&catid=3 ; Acesso em: 09 mai. 2022.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA Senado Federal. **Estudos e publicações**. <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td258>. Acesso em: 09 mai. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Direito penal simplificado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONTI, Thomas. Dossiê Armas, Crimes e Violência: o que nos dizem 61 pesquisas recentes. **Blog Thomas v conti**. (2017). Disponível em: <<http://thomsvconti.com.br/2017/dossie-armas-violencia-e-crimes-o-que-nos-dizem-61-pesquisas-recentes/#resumo>>. Acesso em 15 de julho de 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**. 3. ed. Bahia: Juspodivm, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote anticrime: lei 13.964/2019: comentários às alterações no CPP, CPP e LEP**. Salvador: ed. Juspodivm, 2020.

ESTEFAM, André; GONÇALVES Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquemático**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IEPA). **Atlas da violência**. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=3478 4. Acesso em: 09 mai. 2022.

JESUS, Damásio. **Direito Penal**. 28. ed. São Paulo. Saraiva. 2005.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Código penal Interpretado**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PRIMEIRA, restrição a armas no Brasil é de 1603. Como a lei mudou, **Portal Exame**, São Paulo, 23 de janeiro de 2019. <https://exame.com/brasil/lei-armas-brasil-1603/>. Acesso em: 09 mai. 2022.

SILVA, César Dario Mariano. **Estatuto do desarmamento**: de acordo com a Lei nº10.826/2003. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LIBÓRIO, Bárbara. **O que dizem os estudos sobre os efeitos da flexibilização da posse de armas**, 16 de janeiro de 2019. <https://www.aosfatos.org/noticias/o-que-dizem-os-estudos-sobre-os-efeitos-da-flexibilizacao-da-posse-de-armas/#:~:text=Mas%20um%20levantamento%20da%20Funda%C3%A7%C3%A3o,9%2C1%20mil%20em%202016>. Acesso em 15 de maio de 2022.

A EXCLUSÃO DIGITAL COMO ENTRAVE AO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA: A INTRODUÇÃO DE CANAIS DIGITAIS NA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO NO TOCANTINS

THAINÁ RODRIGUES DE MORAES:
acadêmica de graduação em Direito na
Universidade Federal do Tocantins

LUCIMARA ANDREIA MOREIRA RADDATZ¹⁰¹

(orientadora)

RESUMO: O sistema judiciário deve passar pelo progresso tecnológico sob pena de tornar-se obsoleto em uma sociedade cada vez mais digital. Assim, os órgãos da justiça têm investido na modernização de seus sistemas e na criação de canais digitais, a fim de proporcionar maior celeridade ao processo e maior facilidade aos usuários. Entretanto, o acesso às tecnologias digitais em um país como o Brasil, repleto de desigualdade social e econômica, não é uniforme e universal. Este artigo aborda o acesso à justiça à luz das dificuldades surgidas do analfabetismo funcional e da exclusão digital frente a crescente utilização de tecnologias digitais. Além da pesquisa conceitual teórica por meio de bibliografia e publicações de diferentes autores, foi analisada a introdução do aplicativo DPU Cidadão nos atendimentos realizados na Defensoria Pública da União no Tocantins, na unidade de Palmas/TO, em 2021. Por meio deste estudo foi possível identificar os pontos focais de dificuldade no uso de canais digitais pelos assistidos da DPU, dentre eles a precariedade de acesso à internet. O acesso à justiça deve se modernizar, porquanto não se afaste dos princípios de igualdade e acessibilidade da prestação jurisdicional a todos.

Palavras-chaves: Acesso à Justiça. Defensoria Pública. Exclusão Digital.

ABSTRACT: The judiciary system must undergo technological progress under penalty of becoming obsolete in an increasingly digital society. Thus, Justice Agencies have invested in the modernization of their systems and at the birthing of digital channels, to provide superior speed to the process and greater ease for users. However, access to digital

101 Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos. Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Especialista em Seguridade Social. Especialista em Gestão Pública. Professora Adjunta no Curso de Direito da Universidade Federal do Tocantins, e-mail: lucimara.raddatz@gmail.com.

technologies in a country like Brazil, full of social and economic inequality, is not uniform and universal. This article addresses access to Justice considering the difficulties arising from functional illiteracy and digital exclusion in the face of the growing use of digital technologies. Beyond theoretical conceptual research through bibliography and publications by different authors, the introduction of the DPU Cidadão app was analyzed in the services performed at the Public Defender of the Union in Palmas - Tocantins unit in 2021. Through this study, it was possible to identify the focal points of difficulty in the use of digital channels by those assisted by the DPU, among them the precariousness of access to the internet. Access to justice ought to be modernized because it does not deviate from the principles of equality and accessibility of jurisdictional services to all.

Key-words: Access to Justice. Digital Exclusion. Public Defense.

INTRODUÇÃO

O mundo presencia uma crescente expansão tecnológica e informatização dos meios de comunicação e de acesso à informação e serviços, que em poucas décadas alterou substancialmente todos os campos da sociedade. Processo que se mostrou ainda mais evidente e acelerado com a pandemia da Covid-19 ao impor a necessidade de distanciamento social e a busca por soluções de forma rápida que permitissem a realização das atividades imprescindíveis e cotidianas, exclusivamente ou preferencialmente, por meios digitais.

É certo que, assim como nos outros campos da sociedade, o Judiciário, e a Justiça como um todo, devem passar pelo progresso tecnológico, sob pena de se tornarem obsoletos em uma sociedade cada vez mais digital. Os processos judiciais há algum tempo perpassam a transição para o meio eletrônico, com a introdução de plataformas digitais como e-Proc, PJe, entre outras, de forma que os processos físicos correspondem a uma parcela cada vez menor de toda a demanda atual (CNJ, 2020). Da mesma forma, instituições como o Ministério Público e Defensorias Públicas também introduziram seus próprios sistemas informatizados, interno e externamente aos usuários, este último acelerado em decorrência das necessidades trazidas pela pandemia da covid-19.

Entretanto, o acesso às tecnologias digitais em um país como o Brasil, repleto de desigualdade social e econômica, não é uniforme e universal. O analfabetismo ainda está presente no país, apresentando índices mais elevados quando considerados o analfabetismo funcional e o analfabetismo funcional digital. Visto sob a ótica da introdução das tecnologias digitais no sistema judiciário e do acesso à justiça, essa parcela da

população não pode ser esquecida e a ela não deve haver obstáculos que afastem a prestação jurisdicional.

É importante destacar que a parcela da população brasileira analfabeta corresponde a 6,9%, sendo o índice ainda maior ao considerar as pessoas acima de 40 anos (11,1%) de acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Anual – PNAD Educação (IBGE, 2019). Há ainda que considerar a existência do analfabetismo funcional/digital que atinge 29% das pessoas entre 15 e 64 anos (INAF, 2018). Sendo o país marcado pela ampla desigualdade social, parte da população carece de acesso de qualidade aos meios tecnológicos e de instrução ao uso desses.

A soma de tais fatores leva essa parcela da população a uma situação de exclusão digital, que por sua vez, apresenta-se como um obstáculo ao acesso à justiça. Portanto, buscou-se reunir dados e informações com o propósito de responder ao seguinte problema de pesquisa: como a exclusão digital interfere no acesso à justiça?

Cappelletti e Garth (1988), em sua consagrada obra "O Acesso à Justiça", reconhecem que definir a expressão "acesso à justiça" não é uma tarefa simples, pois uma parte dos estudiosos entende que o acesso à justiça corresponde ao acesso ao sistema judiciário, enquanto outra parcela de doutrinadores entende que a expressão se refere ao efetivo acesso aos direitos garantidos pela legislação. Contudo, para os autores não há dúvidas que um de seus aspectos primordiais é a acessibilidade, sob a ótica de um sistema que seja igualmente acessível a todos.

O presente trabalho tem como objetivo abordar o acesso à justiça à luz das dificuldades surgidas da exclusão digital. Um dos passos realizados para alcançar o objetivo geral da pesquisa foi analisar os atendimentos realizados na Defensoria Pública da União no Tocantins com a utilização do aplicativo DPU Cidadão no ano de 2021, frente a necessidade de atendimento remoto ocasionado pela pandemia de Covid-19. Desta maneira, identificando indicadores como faixa etária, renda e gênero, bem como, quantificando os atendimentos realizados no período analisado.

O artigo estrutura-se em quatro eixos, num primeiro momento aborda os direitos humanos e fundamentais e o acesso à justiça como garantia fundamental, apresentando uma visão acerca do tema baseada em diferentes autores. Em um segundo momento, busca mostrar como os diversos órgãos do poder judiciário têm se empenhado em desenvolver ferramentas digitais que podem ser "canais" de cidadania. Na sequência busca

evidenciar a situação do analfabetismo funcional e a exclusão digital no Brasil, correlacionando o assunto com o tema do estudo. Por fim, aborda a implementação do aplicativo DPU Cidadão na Defensoria Pública da União no Tocantins, na unidade de Palmas/TO, a fim de identificar possíveis benefícios e dificuldades em sua utilização.

METODOLOGIA

Segundo Prodanov (2013), o ponto de partida para uma pesquisa pode surgir a partir de "uma dificuldade, sentida na prática profissional, por um fato para o qual não conseguimos explicações, pela consciência de que conhecemos mal alguma situação". Ou seja, a partir de elementos da própria vivência é possível surgir indagações de cunho científico.

Em pesquisas experimentais e levantamentos a análise dos dados é essencialmente quantitativa, no entanto, em pesquisas que envolvam estudos de campo, estudos de caso, pesquisa-ação ou pesquisa participante a análise dos resultados é essencialmente qualitativa (GIL, 2008). Devido ao uso de literaturas publicadas e estudos científicos, além de documentos e informações obtidos através de sistemas institucionais, a pesquisa apresenta caráter qualitativo. Quanto ao método de análise escolhido optou-se pelo hipotético-dedutivo devido a pesquisa girar em torno de uma hipótese e problema.

Do ponto de vista de sua natureza essa pesquisa classifica-se como pesquisa básica, vez que objetiva entender os aspectos práticos da situação estudada. Centra-se em gerar um conhecimento básico a partir disso, a fim de servir como ponto de partida para pesquisas e aplicações práticas futuras. Quanto aos objetivos, é definida como exploratória e descritiva, pois propõe a observação e descrição dos fatos e fenômenos referentes a realidade dos atendimentos concretizados por meio dos canais digitais da Defensoria Pública da União no Tocantins. Para Gil (2008) as pesquisas exploratórias têm como objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a construir hipóteses, quanto ao estudo descritivo, ressalta o objetivo primordial à descrição das características de determinada população ou fenômeno.

A coleta de dados foi feita a partir de pesquisa bibliográfica, com o levantamento de referências teóricas produzidas por doutrinadores e pesquisadores, além de artigos publicados, nas áreas de Direitos Humanos, Educação e Defensorias Públicas, por meios impressos e eletrônicos. Foi feita análise de documentos e dados institucionais da Defensoria Pública da União, além de índices e indicadores referentes ao analfabetismo funcional e digital no Brasil, produzidos por institutos de pesquisa como o IBGE por meio

da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Anual – PNAD Educação e relatórios produzidos pelo Indicador de Alfabetismo Funcional - INAF.

A escolha metodológica vai ao encontro do que propõe a pesquisa, partindo de uma análise macro dos conceitos de direitos humanos e fundamentais relacionados com o acesso à justiça, perpassando pelas definições de analfabetismo e correlacionando o contexto ao analfabetismo funcional digital e a exclusão digital. Por fim, chega a uma análise micro onde o tema pode ser visto sob uma ótica mais palpável através da observação da introdução de canais digitais em um órgão do judiciário, qual seja, a Defensoria Pública da União no Tocantins.

1. DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Os Direitos Humanos sofreram algumas modificações ao longo do tempo até conquistar o seu conceito atual, são vistos como uma categoria de direitos básicos e inalienáveis. Como preleciona Ramos (2021), são um conjunto de direitos considerados indispensáveis para a vida humana e pautados nas ideias de liberdade, igualdade e dignidade.

Tais direitos, vistos sob uma ótica globalizada, são incumbidos por garantir a todos os indivíduos de uma sociedade a liberdade humana, o trabalho digno, a educação fundamental, a liberdade de expressão, entre tantos outros essenciais à proteção integral dos seres humanos. São sobretudo, preceitos que visam uma sociedade pautada na defesa e no reconhecimento de que a convivência entre indivíduos deve ter como base o respeito entre os integrantes da coletividade.

Conforme explica Castilho (2018) os direitos humanos são imprescindíveis para o bom funcionamento da ordem social. Ao mesmo tempo evidencia um fato que se sobrepõe a essa estrutura, visto que os direitos humanos são um reflexo do contexto histórico em que as sociedades se encontram.

Nesse mesmo sentido Ramos (2021) esclarece que os direitos humanos não compõem um rol taxativo nem estático, pois o contexto histórico de uma época pode interferir nas necessidades humanas dos seres ali compreendidos, gerando novas demandas sociais que serão traduzidas juridicamente e inseridas na lista dos direitos humanos.

Quanto a natureza de tais direitos os autores concordam serem invioláveis, atemporais (ou imprescritíveis) e universais. Invioláveis por não poderem ser vulnerados por leis infraconstitucionais ou por atos de autoridades públicas. Imprescritíveis, posto que não perecem pelo decurso do prazo, não se perdem com o tempo, não prescrevem e não se dissipam pela eventual falta de exercício. A universalidade diz respeito ao reconhecimento de que esses são direitos de todos, sem distinções.

Os Direitos Humanos são universais no sentido de que aquilo que é considerado um direito humano no Brasil, também deverá sê-lo com o mesmo nível de exigência, de respeitabilidade e de garantia em qualquer país do mundo, porque eles não se referem a um membro de uma sociedade política; a um membro de um Estado; eles se referem à pessoa humana na sua universalidade. (BENEVIDES, 2012, p. 5)

Partindo da premissa de universalização e ampla abrangência dos direitos humanos inerentes a todos os seres humanos em qualquer lugar, surge a necessidade de que esses direitos incorporem os ordenamentos jurídicos dos países, no intuito da manutenção e garantia das normas constitucionais. Tem-se que os direitos humanos incorporados a esses ordenamentos caracterizam-se em direitos fundamentais.

É comum que as duas nomenclaturas, conforme explicado acima, sejam usadas como sinônimas, no entanto, esclarece Castilho (2018) existem diferenças conceituais entre elas. Para o autor, falar somente direitos fundamentais, por exemplo, apagaria a importância das lutas que ocorreram para estabelecer os direitos humanos em sua perspectiva histórica, social, política e econômica.

Na concepção de Silva (2005), os direitos fundamentais referem-se a princípios que resumem a concepção e a ideologia política de cada ordenamento jurídico, de forma que essa estrutura visa em cada sociedade, por meio do direito positivo, expressar prerrogativas e concretizar garantias que são consideradas fundamentais para uma vida digna, livre e igual entre todas as pessoas. Portanto, para ele o termo “direitos fundamentais” é adequado.

Depreende-se, portanto, que os direitos fundamentais têm por objetivo consagrar os direitos humanos nas sociedades contemporâneas por meio da inserção destes nos ordenamentos jurídicos das nações. Uma vez que os Estados constitucionais modernos

têm por base o reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana, torna-se inviável ou mesmo contraproducente agir de modo indiferente perante os mecanismos de proteção dos direitos humanos.

1.1 Acesso à Justiça como Direito Fundamental

Conceituar o acesso à justiça não é tarefa simples vez que possui definição abrangente e envolve diversos institutos do sistema jurídico. Entre eles a inafastabilidade da prestação jurisdicional, a igualdade e a própria dignidade humana. Segundo Ramos (2021) o acesso à justiça é um direito e consiste na faculdade de requerer a manifestação do Poder Judiciário sobre pretensa ameaça de lesão ou lesão a direito. Ou seja, o acesso à justiça se manifesta como um direito de assegurar todos os outros direitos.

Na consagrada obra de Cappelletti e Garth (1988) sobre o tema, destacam que a importância do acesso à justiça tem sido progressivamente reconhecida entre os novos direitos individuais e sociais em sistemas jurídicos modernos e igualitários. Os autores reconhecem que “acesso à justiça” é uma expressão de difícil definição, mas não há dúvidas que um de seus aspectos primordiais é a acessibilidade sob a ótica de um sistema que seja igualmente acessível a todos.

No ordenamento jurídico brasileiro o acesso à justiça é consagrado como direito fundamental no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, na medida em que assevera que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. No caput desse mesmo dispositivo legal, é estabelecido o direito a igualdade quando o legislador diz que todos são iguais perante a lei. Posto isso, fica claro que para a sociedade brasileira é de fundamental importância o acesso à justiça e os esforços no sentido de promover a igualdade, ou diminuir as disparidades existentes entre os indivíduos.

Para Esteves e Silva (2018), o acesso à justiça deve não apenas ser considerado um direito fundamental e constitucionalmente estabelecido, mas igualmente reconhecido, ainda que não exista requerimento do interessado. Os autores deixam claro que é dever estatal prestar assistência jurídica integral e gratuita, bem como, garantir o amplo acesso à justiça.

No mesmo sentido, então os ensinamentos de Cappelletti e Garth ao dividirem as questões do acesso à justiça em “ondas”. Sendo a primeira onda caracterizada pelo

fornecimento de assistência judiciária pelo Estado à população, enquanto a segunda onda teria como principal característica a representação jurídica dos interesses difusos.

Segundo Ramos (2021) o acesso à justiça é direito de natureza assecuratória, uma vez que possibilita a garantia de todos os demais direitos, é cláusula pétrea da ordem jurídica constitucional pátria.

Souza esclarece que o acesso à justiça é um direito garantidor de outros direitos. Assim, o autor deixa claro que o acesso à justiça deve ser entendido como o meio pelo qual os indivíduos podem salvaguardar todos os direitos protegidos pela ordem jurídica.

Faz-se imprescindível destacar a figura da Defensoria Pública, prevista no art. 134 da Constituição Federal de 1988, como instituição essencial à função jurisdicional do Estado para a efetivação do acesso à justiça, pois é por meio dela que o Estado fornece assistência jurídica integral e gratuita àqueles que comprovem insuficiência de recursos financeiros.

Percebe-se que o conceito de acesso à justiça constitui um dos pilares de um sistema democrático. Através dos esforços em garantir acesso ao poder judiciário a todos, de forma gratuita e integral aos hipossuficientes, buscando assim diminuir as desigualdades e assegurar aos cidadãos o direito de salvaguardar todos os seus direitos é que se constitui a base do próprio Estado democrático de direito.

2. AVANÇO TECNOLÓGICO E INTRODUÇÃO DOS CANAIS DIGITAIS NO PODER JUDICIÁRIO

O processo de globalização alterou substancialmente e de forma irreversível as relações humanas, seja em escala macro, nas relações entre os países e economias mundiais, e em escala micro, nas relações interpessoais entre os indivíduos. Tal processo é conhecido por diversos estudiosos como revolução tecnológica. De forma que a noção de uma sociedade global da informação seria resultado de uma construção geopolítica (MATELLART, 2002).

Há décadas o desenvolvimento e avanços tecnológicos alteram as relações humanas, nesse modelo de desenvolvimento contemporâneo as atividades econômicas e sociais organizam-se em torno da produção, processamento e disseminação das informações através das tecnologias eletrônicas (DANTAS, 1998).

Para Soster (2011), a sociedade atual possui características bastante diferenciadas das anteriores. Segundo o autor, isso se deve especialmente à evolução tecnológica, percebida em diversas esferas sociais, vez que a tecnologia está literalmente envolvida nas relações de forma que as informações e conhecimentos sobre o mundo estão, praticamente, disponíveis a todos os indivíduos.

O surgimento da rede mundial de computadores – internet, aliada a modernização de equipamentos eletrônicos, computadores, notebooks, aparelhos celulares smartphones e softwares (sistemas que controlam e possibilitam o uso dos equipamentos eletrônicos), adentrou não só governos e grandes empresas, como todos os ambientes de serviços, lazer, e o cotidiano das pessoas. Assim como as relações, os instrumentos também se alteraram, de maneira que os documentos físicos impressos perdem gradativamente espaço para os documentos na forma digital.

Diante desse cenário, o Poder Judiciário, ainda na década de 1990 iniciou discussões e estudos para a modernização do processo em meio eletrônico. Os primeiros instrumentos legislativos que trataram do assunto foram bastante tímidos, como a Lei Nº 9.800, de 26 de maio de 1999, que permitiu às partes envolvidas no processo a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais. Clementino (2005) destaca que, apesar de tímida, essa lei serviu para abrir espaço para ideias mais progressistas no caminho da utilização da moderna tecnologia para a efetivação da Justiça.

No ano de 2006 entrou em vigor a Lei Nº 11.419, que dispôs acerca da informatização do processo judicial eletrônico e da comunicação eletrônica dos atos processuais. Entretanto, foi com a Resolução Nº 185/2013 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que instituiu o Sistema Processo Judicial Eletrônico – PJe, e tornou obrigatório o uso do Sistema pelos Tribunais do país, que se iniciou a grande mudança na tramitação dos processos para o meio digital. Isso porque a quantidade de processos em tramitação no país chegava à casa dos 92 milhões no ano de 2012 (JUSTIÇA EM NÚMEROS, 2013), não havia alternativa senão desenvolver mecanismos que possibilitassem o andamento desses processos em busca de maior celeridade.

No que diz respeito a implementação do processo judicial eletrônico, diversos estudos realizados por juristas, pesquisadores e acadêmicos tiveram como objetivo analisar fatores acerca de tal implementação no aspecto social; suas implicações na garantia de acesso à justiça; os efeitos da modernização em prol da efetividade de acesso à justiça; e

ainda se a acessibilidade poderia se tornar deficiente e desigual (CARVALHO, 2015; SANDIM, 2015; RABELO, 2019).

À medida que os tribunais implementaram o processo eletrônico, outras instituições buscaram introduzir sistemas e ferramentas digitais a fim de acompanhar as evoluções tecnológicas da sociedade e do Poder Judiciário. A exemplo, o Ministério Público Federal criou o SPE, seu Sistema de Peticionamento Eletrônico, no mesmo caminho os Ministérios Públicos Estaduais, Defensoria Pública da União e dos Estados, além de outros órgãos de governo, passaram a utilizar o Sistema Eletrônico de Informações – SEI, tanto para atividades de trabalho internas, como para acesso da população. O Sistema Eletrônico de Informações (SEI), desenvolvido pelo Tribunal Federal Regional da 4ª Região – TRF4, permite a gestão de processos e documentos eletrônicos e foi e cedido gratuitamente para as instituições públicas, de acordo com o Ministério da Economia do Brasil.

No avanço das tecnologias digitais, Wong et al. (2014) destaca o advento da internet móvel e sua rápida difusão como fator considerável para o aumento no uso dos aparelhos smartphones. O crescente uso desses aparelhos ocasionou um novo fenômeno: o surgimento de sistemas nas versões mobile (móvel) utilizados, por exemplo, nos chamados aplicativos, possibilitando que os mais variados serviços possam ser acessados de forma remota e em praticamente qualquer lugar.

É importante mencionar que a pandemia de SARS-CoV-2 (covid-19) em 2020, acelerou a digitalização dos mais variados serviços quando da necessidade do distanciamento social e a execução dos trabalhos de forma remota, de forma que o Poder Judiciário se quedou alheio a tais mudanças.

Em consulta aos sítios das instituições relacionadas ao Poder Judiciário pode-se verificar os seguintes aplicativos móveis. Os Tribunais de Justiça Estaduais de São Paulo, Rio Grande do Sul, Ceará, Bahia, Rio Grande do Norte, Amazonas, desenvolveram aplicativos para smartphones que possibilitam consultar a movimentação processual, informações e notícias. O aplicativo do TJCE possui serviço de ouvidoria acessível à advogados e à população em geral. O TJRN trouxe em seu aplicativo algumas facilidades como a integração com a agenda do smartphone que permite salvar lembretes com datas de audiências, envia notificações de movimentação processual, possibilita consulta a jurisprudências entre outras funções.

A Justiça do Trabalho desenvolveu um aplicativo integrado ao Superior Tribunal do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, que permite consultar a movimentação

processual e criar alertas. O Superior Tribunal de Justiça criou o “STJ CPE Mobile”, que permite consulta processual, jurisprudencial e realizar protocolo judicial. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região desenvolveu o “ePROC TRF4”, o aplicativo conta com notícias referente ao Tribunal, permite consulta processual, e apresenta ainda as funcionalidades de contagem de prazo e criação de alertas de movimentação processual.

No mesmo caminho, a fim de simplificar o processo de acompanhamento da assistência jurídica, facilitar a comunicação do assistido (usuário) com a instituição, a Defensoria Pública da União, ao final do ano de 2020, desenvolveu o aplicativo “DPU Cidadão”.

Todos esses esforços em busca da modernização do sistema judiciário vão ao encontro dos princípios estabelecidos ao processo judicial eletrônico na busca da universalidade, da ubiquidade judiciária, da publicidade, da economia processual, da celeridade, bem como da uniformidade e unicidade do sistema.

3. ANALFABETISMO E ANALFABETISMO FUNCIONAL

Para chegar aos conceitos de analfabetismo funcional e digital e seus desdobramentos é necessário perpassar inicialmente pelas conceituações de alfabetismo e analfabetismo. Cumpre esclarecer que há no meio acadêmico, discussões acerca dos conceitos de alfabetismo e letrismo, no entanto, para fins deste trabalho eles serão tratados no mesmo sentido.

De forma sistêmica o alfabetismo é conhecido como domínio da grafia da língua materna, saber ler e escrever. O dicionário de língua portuguesa Michaelis (2021) diz em termos definidores que alfabetismo é um “sistema de escrita baseado no alfabeto, em oposição aos sistemas ideográficos; instrução primária”.

Trindade (2004), sobre o termo alfabetismo, associa-o às práticas sociais da leitura e da escrita. Já o historiador Harvey Graff (1990), afirma que alfabetismo é “uma tecnologia ou conjunto de técnicas para a comunicação e a decodificação e reprodução de materiais escritos ou impressos”.

Soares (2004) vai além em seu entendimento acerca do alfabetismo, para a autora o termo designa a condição de pessoas ou grupos que não apenas sabem ler e escrever, mas também utilizam a leitura e a escrita, transformando sua condição de vida pela

incorporação desses comportamentos em seu dia a dia. Para a autora essa seria a condição de ser letrado.

Em contrapartida o analfabetismo é entendido como não saber ler e escrever. Esse fenômeno também pode ser percebido como consequência da ausência de um processo de alfabetização (FRAGO, 1993).

Na década de 1950 a UNESCO entendia que o indivíduo analfabeto era aquele que não conseguia ler ou escrever algo bem simples. Anos depois, já em 1980, passou a perceber a pessoa analfabeta como aquela incapaz da leitura e da escrita e, em decorrência disso, seria incapaz de exercer atividades correlatas a leitura e escrita em prol de seu próprio desenvolvimento e o da comunidade.

A partir de novas concepções surgem os conceitos de analfabetismo e alfabetismo funcional para definir as pessoas com conhecimentos rasos de escrita, leitura e números (INSTITUTO PAULO MONTENEGRO, 2009). Azevedo e Oliveira explicam que:

A expressão “analfabeto funcional” designa aquele que “aprendeu a ler”, mas não é capaz de entender todas as sutilezas de um texto, sendo que esse analfabeto é resultante do processo de alfabetização no Brasil (Azevedo & Oliveira, 2007).

O Indicador de Alfabetismo Funcional – INAF (2018) divide e conceitua o analfabetismo e alfabetismo em cinco níveis de proficiência. No nível 1 estão os analfabetos, indivíduos que não conseguem realizar tarefas simples que envolvem a leitura de palavras e frases, 8% da população brasileira entre 15 e 64 anos encontra-se nesse nível, segundo dados do indicador de 2018. O Nível 2, rudimentar, compreende indivíduos capazes de localizar informações explícitas, expressas de forma literal, em textos que exploram situações do cotidiano, compreendem números e conseguem resolver problemas simples envolvendo operações matemáticas, nele estão 22% dos brasileiros entre 15 e 64 anos.

O terceiro nível, elementar, compreende pessoas com capacidade de selecionar, em textos de extensão média, uma ou mais unidades de informação, observando certas condições e realizando pequenas inferências, além de compreender informações simples em gráficos e resolver problemas matemáticos básicos. Nesse nível está 34% da população brasileira entre 15 e 64 anos. No quarto nível, intermediário, os indivíduos são capazes de interpretar e produzir sínteses de textos mais complexos, como jornalísticos e científicos, reconhecem figura de linguagem e sinais de pontuação e são capazes de resolver

problemas matemáticos envolvendo porcentagem e proporção, nele encontram-se 22% dos brasileiros, na mesma faixa etária analisada.

Por fim, o Nível 5, chamado de proficiente, abarca os indivíduos com compreensão textual mais complexa (de mensagem, descrição, exposição ou argumentação), interpretam tabelas e gráficos mais complexos, bem como operações matemáticas mais difíceis e estão aptos a resolver situações-problemas relativas a tarefas de contextos diversos. Entre os brasileiros de 15 a 64 anos, 12% encontram-se nesse nível (INAF, 2018).

Conforme citado acima, nos dados fornecidos pelo Indicador de Analfabetismo Funcional – INAF, infere-se que grande parte da população brasileira está inserida nos níveis de alfabetismo onde a compreensão é muito básica e limitada.

4. ANALFABETISMO FUNCIONAL DIGITAL E EXCLUSÃO DIGITAL

Com o surgimento de novas Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) tem-se novos conceitos intrínsecos ao analfabetismo. O termo analfabetismo digital se estabelece pela incompetência, incapacidade, em dominar uma linguagem como a das novas tecnologias da informação e comunicação (AZEVEDO; OLIVEIRA, 2007). Na mesma linha de raciocínio o analfabeto funcional digital teria algum nível de compreensão das novas tecnologias, porém de forma limitada.

Desse cenário tem-se algumas situações: indivíduos que tem certo domínio da língua, leitura e escrita, mas tem pouco ou nenhum domínio das tecnologias e linguagens digitais; e indivíduos que tem pouco ou nenhum domínio da leitura e escrita e não dominam as tecnologias e linguagens digitais.

De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Anual – PNAD Educação (IBGE, 2019), uma parcela da população brasileira (6,9%) ainda é analfabeta, sendo o índice ainda maior ao considerar as pessoas acima de 40 anos que representa 11,1%.

Nesse sentido, Azevedo & Oliveira (2007) apontam que o analfabeto funcional seria resultado de um processo restrito e tradicional de aprendizagem da leitura como a mera aquisição da competência da escrita, uma decodificação apenas, sendo o atual processo de alfabetismo no país, gerador de analfabetos funcionais de forma a conservar as estruturas que favorecem o processo de exclusão social.

Diante dos processos de mudanças e avanços tecnológicos que trouxeram novas formas de comunicação e interação com o mundo, através de sistemas digitais, nova nuance do analfabetismo funcional evidenciou-se: o analfabetismo funcional digital.

Schwarzelmüller (2005) pontua que as tecnologias da informação e comunicação (TICs) trazem a possibilidade de democratização e universalização da informação com grande potencialidade para diminuir a exclusão social. No entanto, a autora deixa claro que, nos países não desenvolvidos as TICs produziram paradoxalmente um novo tipo de exclusão, a digital.

Sendo o Brasil um país marcado pela ampla desigualdade social, parte da população carece de acesso de qualidade aos meios tecnológicos e de instrução ao uso dessas tecnologias. Em um estudo realizado pela PricewaterhouseCoopers Brasil - PwC com o Instituto Locomotiva em 2022 no Brasil, ficou evidenciado a disparidade de acesso à internet no país, esse estudo constatou que 81% da população com 10 anos ou mais usam a internet, mas somente 20% têm acesso de qualidade à rede.

Essa disparidade no acesso a internet deve-se a três fatores básicos: deficiências da infraestrutura de conexão; limitações de acesso a hardware (equipamentos eletrônicos); e deficiências do sistema educacional (PwC, 2022). A situação da alfabetização digital no país pode também ser vislumbrada através do índice The Inclusive Internet 2021, publicado pela revista britânica The Economist, nele o Brasil ocupa a 80ª posição entre 120 países. Conforme explicado acima, a soma de tais fatores leva uma parcela da população brasileira a situação de exclusão digital.

Para Marcialina Leal (2019), a introdução do processo judicial eletrônico geraria uma nova categoria de excluídos processuais, isto porque:

"a adoção da tecnologia no acesso à justiça, apresentar-se-á, naturalmente, como mais um obstáculo àqueles que não dispõem de conhecimentos em informática, os analfabetos digitais. Aqueles que nem ler conseguem se sentirão ainda mais perdidos num ambiente de computadores distante da sua realidade (LEAL, 2019)".

Assim, conforme citado acima, a exclusão digital mostra-se como um obstáculo ao acesso à justiça. À medida que o sistema judiciário avança na modernização da sua estrutura, em busca de um processo 100% eletrônico, por meio de soluções e interações

digitais com os usuários, a parcela da população que não domina tais meios se distancia de uma prestação jurisdicional adequada.

5. O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO NO ACESSO À JUSTIÇA

No ordenamento jurídico brasileiro o direito de igualdade é direito fundamental, contemplado na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, caput, quando determina que “todos são iguais perante a lei”, garantido assim a inviolabilidade do direito à igualdade. No mesmo dispositivo legal, em seu inciso XXXV, fica assegurado que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário, lesão ou ameaça de direito. Assim, o poder judiciário não poderá se eximir da prestação jurisdicional ao passo que essa prestação deverá ser garantida a todos, sob o fundamento do direito à igualdade.

O direito de igualdade consiste na exigência de um tratamento sem discriminação odiosa, conforme preleciona André de Carvalho Ramos (2021), de forma que tal direito assegure a fruição adequada de uma vida digna. Seu fundamento é a universalidade dos direitos humanos, uma vez que todos os seres humanos são iguais, devem todos usufruir de condições que possibilitem a fruição dos direitos.

Diante desse contexto surge a Defensoria Pública da União, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que a institui como órgão permanente da Administração Pública Federal e essencial à função jurisdicional. A Defensoria Pública da União apresenta-se como instituição que visa garantir o acesso à justiça aos cidadãos em situação de vulnerabilidade, por meio da gratuidade dos serviços oferecidos, seja por via judicial ou extrajudicial. Trata-se de uma instituição voltada à inversão das lógicas sociais excludentes (MOTTA, RUEDIGER e RICCIO, 2006).

A Defensoria Pública da União presta orientação e assistência jurídica gratuita na defesa dos necessitados, em todos os graus de jurisdição, seja na esfera judicial como também na extrajudicial. Seus membros, os Defensores Públicos Federais, possuem independência funcional na preservação dos direitos fundamentais, do devido processo legal e da ampla defesa dos necessitados. A instituição tem como missão democratizar o acesso à justiça e, conforme explicado acima, defender os direitos da população de baixa renda de forma integral e gratuita para promover a dignidade da pessoa humana.

De acordo com o Relatório de Gestão (2021), os Órgãos de atuação da DPU compreendem a Defensoria Pública da União nos Estados e no Distrito Federal e os Núcleos

da Defensoria Pública da União. A instituição mantém órgãos de atuação em 70 localidades do país compreendendo 26 capitais, o Distrito Federal e 43 municípios.

Com a crise sanitária ocasionada pela pandemia de Covid-19, a instituição teve importante papel na defesa de leitos hospitalares, oxigênio e auxílio financeiro emergencial à população hipossuficiente e vulnerável. Situação essa que elevou sobremaneira a demanda de atendimentos da instituição, chegando à marca de 1,7 milhão de atendimentos em 2020 e 2021, de acordo com os indicadores de desempenho da instituição.

Diante disso, em 2021 a DPU buscou otimizar o atendimento a população, especialmente por meio de investimento em inovação em tecnologia, com destaque para o aplicativo DPU Cidadão, visando atender as demandas de acessos virtuais das plataformas do órgão, impostas pela pandemia.

Fica evidente, diante de tais dados, o importante papel desempenhado pela Defensoria Pública da União. A instituição atua como verdadeira ponte entre o judiciário e àqueles que necessitam de prestação jurisdicional, mas não têm condições financeiras de pagar por um advogado, de forma a garantir o acesso à justiça à essa população.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Este estudo teve como propósito compreender como o analfabetismo funcional digital interfere no acesso à justiça, relacionando o analfabetismo funcional digital e a exclusão digital no Brasil, ao analisar a introdução de canais digitais aos assistidos da Defensoria Pública da União no Tocantins. A suposição feita a partir do problema foi que ao analisar os atendimentos em que o usuário tivesse instalado o aplicativo DPU Cidadão seria possível visualizar com maior clareza a abrangência do dispositivo, bem como seus aspectos positivos e negativos.

É importante destacar que a demanda de Processos de Assistência Jurídica - PAJs na instituição teve acentuado crescimento entre os anos de 2019 e 2020, foram abertos em 2019 aproximadamente 270 mil PAJs, saltando para 302 mil no ano seguinte (DPU, 2019/2020). Tal fato deve-se, principalmente, aos Auxílios Financeiros Emergenciais, instituídos por meio da Lei nº 13.982/2020, Medida Provisória nº 1000/2020 e Medida Provisória nº 1039/2021, política pública que, de acordo com o Relatório de Gestão (2020), trouxe desafios nunca vistos à DPU, já que, por ser centrada na União, a instituição teria,

em tese, atribuição para impugnar os mais de 60 milhões de indeferimentos do auxílio, bem como atuar em relação às falhas estruturais do programa.

Na busca por se consolidar como instituição eficiente na defesa dos direitos dos mais necessitados, diante do quadro reduzido de atendimentos presenciais, imposto pelas medidas de segurança e prevenção da pandemia de Covid-19, a Defensoria Pública da União, ao final do ano de 2020, desenvolveu o aplicativo DPU Cidadão. O objetivo é o de simplificar o processo de acompanhamento da assistência jurídica, facilitar a comunicação do assistido (usuário) com a instituição, possibilitar o envio de documentos no formato digital, além do recebimento de informações e notificações.

Quando da implantação do aplicativo ficou a critério da gestão de cada unidade da instituição optar por i) permitir que o usuário inicie o atendimento inicial através do aplicativo; ii) permitir que o usuário acompanhe o andamento do PAJ e demais funcionalidades somente após realizado o atendimento inicial. A Defensoria Pública da União no Tocantins possui apenas uma unidade, na cidade de Palmas/TO, onde os gestores optaram por permitir o uso do aplicativo somente após o atendimento inicial ter sido concluído. Segundo os gestores, tal decisão considerou a pouca quantidade de Defensores atuando na Unidade, somente 04, de forma que é necessário um maior controle na quantidade de PAJs abertos e distribuídos a cada Defensor, além disso havia à época uma fila de espera já organizada para a realização dos atendimentos.

O aplicativo DPU Cidadão começou a ser utilizado na unidade de Palmas/TO no mês de maio de 2021, desta forma o presente estudo analisou a utilização do aplicativo no período que compreende os meses de maio a novembro de 2021. O método utilizado na unidade funcionava da seguinte forma, era realizado o atendimento inicial, via telefone, visto que os atendimentos presenciais continuavam suspensos, ao final do atendimento inicial cabia ao servidor orientar o assistido a baixar o aplicativo em um aparelho smartphone e lhe passar as instruções quanto ao uso, como, por exemplo, a funcionalidade das notificações.

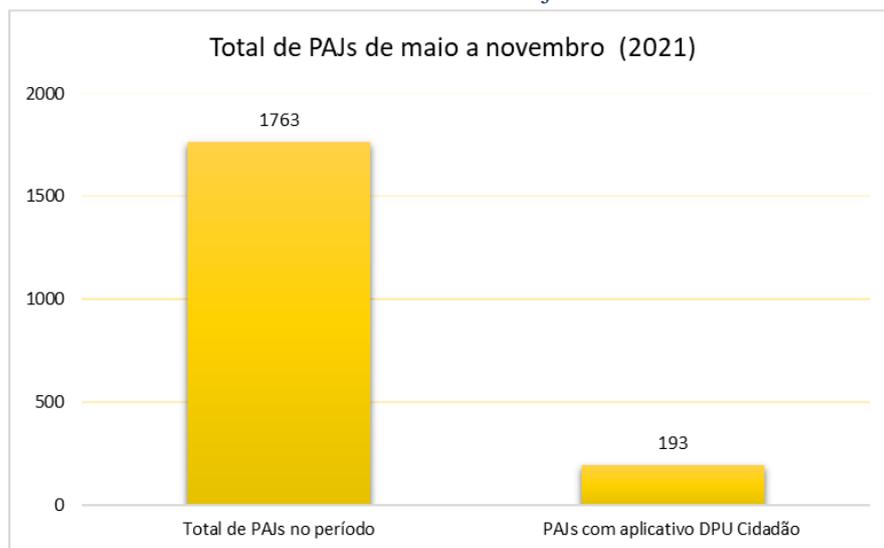


Figura 1. Total de PAJs abertos versus total de PAJs com o aplicativo instalado em 2021.

Fonte: autor.

Entre os meses de maio a novembro de 2021 foram cadastrados 1763 processos de assistência jurídica na unidade de Palmas/TO, total que abarca não apenas pretensões referentes ao auxílio financeiro emergencial, como também demais causas cíveis, previdenciárias e criminais de competência federal. Desse total, o banco de dados da instituição, conforme demonstrado na figura 1, contabilizou 193 PAJs nos quais o aplicativo foi instalado pelo usuário e utilizado ao menos uma vez. Desta forma, inferiu-se que apenas 10,94% dos assistidos da unidade obtiveram êxito na utilização do novo canal digital concebido pela instituição no período analisado.

A partir da observação do método de implantação e de relatos dos servidores e estagiários responsáveis por realizar os atendimentos iniciais e instruir os assistidos quanto ao uso do aplicativo, os principais pontos elencados acerca da dificuldade na realização dessa tarefa foram: i) a falta de conexão e/ou conexão precária de internet do assistido que permitisse baixar o aplicativo ao final do atendimento; ii) o assistido não possuir aparelho smartphone; iii) dificuldade em entender as instruções e a necessidade que alguém auxiliasse o assistido in loco.

Tal situação corrobora com os apontamentos da professora e pesquisadora Marcialina Leal (2019) em sua análise acerca da introdução do processo judicial eletrônico no país, pois, segundo a autora "a adoção da tecnologia no acesso à justiça, apresentar-

se-á, naturalmente, como mais um obstáculo àqueles que não dispõem de conhecimentos em informática, os analfabetos digitais". Conforme explicado acima, as principais dificuldades sentidas no momento de instrução ao uso do aplicativo foram justamente relacionadas ao acesso e domínio da tecnologia.

Nos PAJs em quem o aplicativo foi instalado corretamente e usado ao menos uma vez, foram extraídas as variáveis gênero e idade, com o intuito de melhor visualizar o perfil desses usuários. Quanto à variável renda, partiu-se do pressuposto que a Defensoria Pública da União atende, majoritariamente, a população hipossuficiente. Ademais, a Resolução N° 134, de 07 de dezembro de 2016, do Conselho Superior da Defensoria Pública da União estabelece o teto de R\$ 2.000,00, de renda mensal bruta do grupo familiar a que pertence o assistido, para que seja deferida a assistência jurídica integral e gratuita.

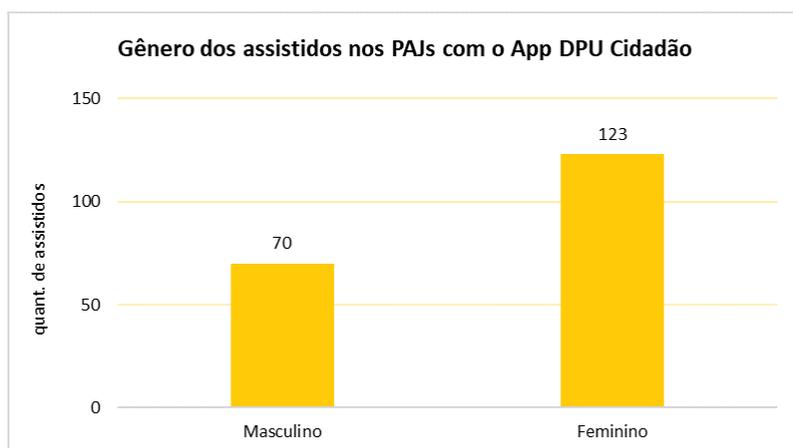
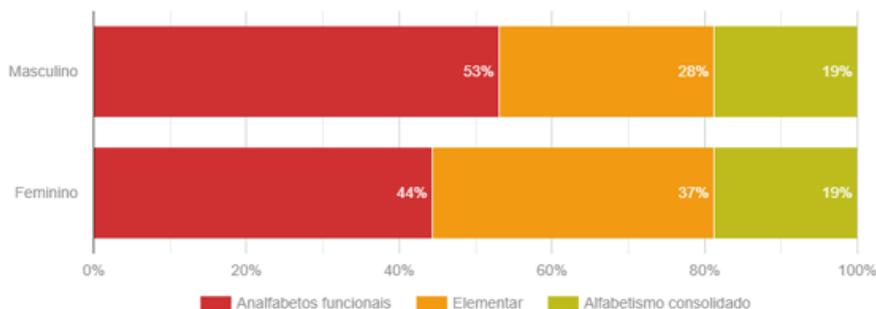


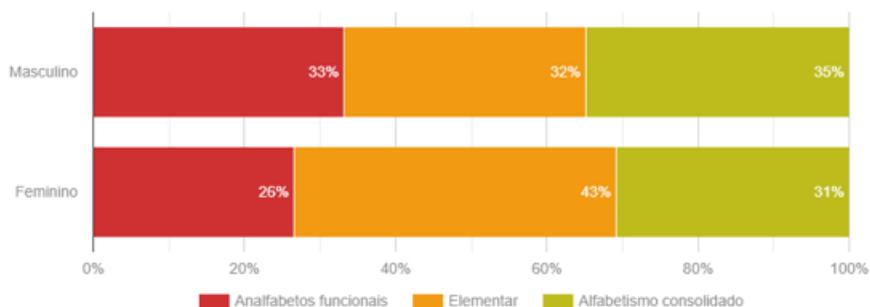
Figura 2. Gênero dos usuários nos PAJs com app instalado. Fonte: autor.

Dos 193 processos de assistência jurídica nos quais o aplicativo foi instalado e utilizado ao menos uma vez, 123 correspondem a processos em que o assistido pertence ao gênero feminino, enquanto os assistidos do gênero masculino figuram em 70 desses PAJs. Uma das análises que pode ser feita a partir dos referidos dados, por exemplo, quanto ao maior número de mulheres, é que a elevada demanda de processos acerca dos auxílios financeiros emergenciais correspondia principalmente a pessoas do gênero feminino, vez que os auxílios resguardavam mulheres chefes de família.

Indivíduos com Renda até 1 Salário-Mínimo



Indivíduos com Renda de 1 a 2 Salários-Mínimos



Figuras 3 e 4. Índice de alfabetismo em relação ao gênero e renda. Fonte: INAF, 2018.

Outro ponto pode ser observado ao analisar os índices de alfabetismo por gênero e renda, fornecidos pelo INAF (2018) (figuras 3 e 4), nos cenários onde a renda é até 2 salários mínimos o maior índice de analfabetos funcionais corresponde ao gênero masculino. Tais fatores corroboram com o fato de haver um maior número de mulheres envolvidas nos processos de assistência jurídica e que obtiveram êxito na utilização do aplicativo DPU Cidadão.

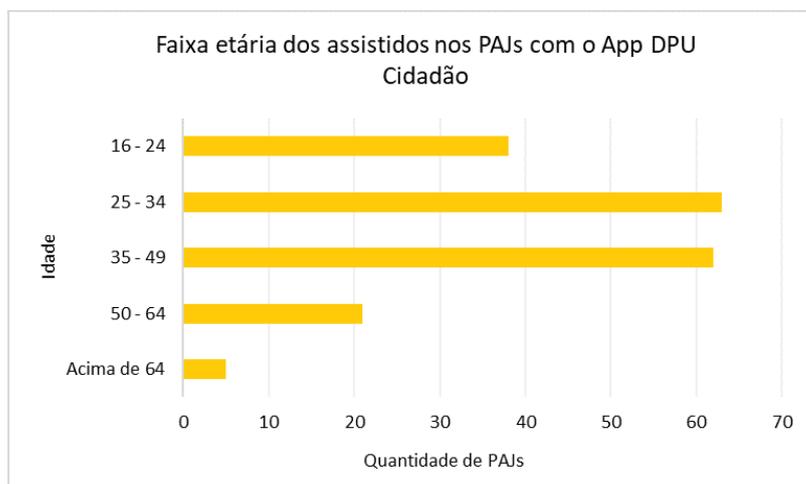


Figura 5. Faixa etária dos usuários nos PAJs com app instalado. Fonte: autor.

Quanto a idade, os jovens e adultos que compreendem as faixas etárias 25-34 e 35-49 anos, representam 64,7% do total de assistidos que conseguiram instalar e utilizar o aplicativo, em detrimento de 13,4% que representam os assistidos acima dos 50 anos. Ao comparar os resultados com os índices de alfabetismo do INAF (2018), dividido nas mesmas faixas etárias, num recorte das regiões Norte/Centro-Oeste fornecido pelo Indicador (figura 6), é possível perceber que a faixa etária acima dos 50 anos é justamente a que compreende maior porcentagem de analfabetos funcionais e menor porcentagem de indivíduos com alfabetismo consolidado.

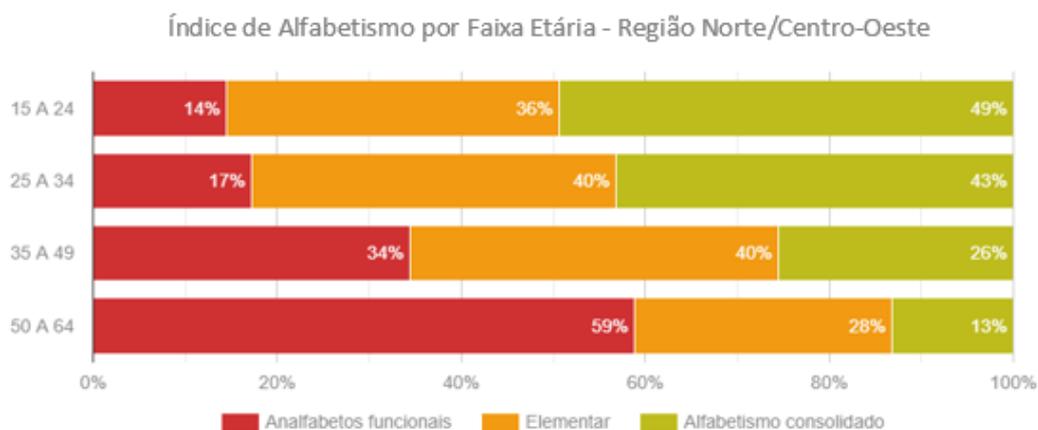


Figura 6. Índice de alfabetismo região Norte/Centro-Oeste. Fonte: INAF, 2018.

Os resultados focados em obter dados sobre os processos de assistência jurídica cadastrados a partir da data de introdução do aplicativo DPU Cidadão na unidade de Palmas/TO, mostraram que apenas 10,94% dos PAJs cadastrados no período analisado obtiveram êxito na instalação e utilização do aplicativo pelos assistidos da unidade. Dentre os 10,94%, 64,7% correspondem a PAJs nos quais os assistidos são jovens e adultos entre 25 e 49 anos, e 63,7% dizem respeito a assistidos do gênero feminino.

Diante disso, é possível inferir que a quantidade de assistidos da Defensoria Pública da União no Tocantins, na unidade de Palmas/TO, que conseguiram efetivamente instalar o aplicativo DPU Cidadão em um aparelho smartphone e utilizá-lo ao menos uma vez, corresponde a uma parcela muito pequena em detrimento do total de assistidos da unidade durante todo o período analisado. De forma que a adesão a esse canal digital se mostrou, ao menos inicialmente, bastante tímida.

Algumas observações sobre outras ferramentas digitais utilizadas no período de atendimentos remotos na unidade são pertinentes. Antes da introdução do aplicativo institucional era utilizado o aplicativo *WhatsApp* como ferramenta de comunicação entre os assistidos e a DPU, bem como para o envio de documentos, além disso, as mesmas finalidades ocorriam através do e-mail institucional. À medida que se introduziu o aplicativo institucional, o *WhatsApp* deixou de ser oferecido como canal de comunicação, pois, dentre outros problemas, havia a dificuldade em gerenciar a grande demanda de mensagens recebidas, sobretudo considerando o quadro reduzido de servidores que a unidade dispõe. Já o e-mail institucional continuou a ser utilizado como canal de comunicação e para recebimento e envio de documentos.

As considerações acerca do uso das duas ferramentas acima citadas são distintas. Foi possível perceber que o aplicativo *WhatsApp* era mais utilizado pelos usuários, seja pela possibilidade de enviar áudios, como pela simplicidade de enviar documentos. Em contrapartida os usuários demonstravam bastante dificuldade em usar e-mail, pôde-se perceber que essa é uma ferramenta com a qual grande parte dos assistidos da DPU não tinham familiaridade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise de como a introdução de canais digitais tem estado cada vez mais presente no poder judiciário. Permitiu uma reflexão acerca dos benefícios desses recursos digitais e das dificuldades encontradas por uma parte da população que se encontra distante do acesso e do domínio

da tecnologia. Além disso, permitiu, por meio da observação in loco em um órgão público do poder judiciário, compreender como a falta de domínio no uso da tecnologia interfere no acesso à justiça, especialmente em um contexto pandêmico onde há a necessidade de resolver as demandas de forma remota, como foi no período analisado neste estudo.

Ao estudar acerca do analfabetismo, pôde-se entender os conceitos de analfabetismo funcional e de analfabetismo funcional digital, este se configurando como um desdobramento surgido do crescente uso da tecnologia para a comunicação. O avanço tecnológico ultrapassa fronteiras, quebra as barreiras do espaço e do tempo permitindo que diversas demandas sejam resolvidas de forma remota e com celeridade. No entanto, em países onde há grande desigualdade social, o acesso à educação e às tecnologias não é uniforme e igualitário, à medida que o uso da tecnologia avança, uma parcela da população torna-se digitalmente excluída.

Quanto ao uso do aplicativo DPU Cidadão na unidade, este mostrou-se bastante baixo, conforme os dados coletados neste estudo, apenas 10,9% dos assistidos atendidos na instituição entre os meses de maio a novembro de 2021, conseguiram baixar o aplicativo em um aparelho smartphone e utilizá-lo pelo menos uma vez, seja para acompanhamento processual, esclarecimento de dúvidas ou envio de documentos.

As principais dificuldades percebidas na implantação do aplicativo foram quanto à dificuldade de acesso à internet, muitos assistidos residiam em zonas rurais ou afastadas do centro urbano, onde a conexão era precária ou inexistente; o acesso à aparelho smartphone que suportasse o armazenamento do aplicativo; e a dificuldade em compreender as instruções de uso do aplicativo, diversas vezes os assistidos não conseguiam sequer encontrar o local indicado para baixar o aplicativo no celular. Não foi possível contabilizar quantos atendimentos não tiveram sucesso ou foram arquivados na unidade por questões envolvendo o uso das tecnologias, pois a instituição não dispõe desses dados.

Na prática, o que se pôde perceber com a falta de domínio da tecnologia por parte dos usuários da DPU, é que muitos processos de assistência jurídica ficavam impedidos de prosseguir por falta de documentos, por falta do envio correto desses documentos no formato digital, muitas vezes ilegíveis, bem como pela dificuldade de contato com alguns assistidos.

Nesse sentido, foi possível inferir que o acesso à justiça encontra sim entraves quando não se tem domínio sobre as tecnologias, a dificuldade em executar ações aparentemente simples, pode afastar os analfabetos funcionais digitais da prestação jurisdicional. O acesso à justiça deve se modernizar, porquanto não se afaste dos princípios de igualdade e acessibilidade da prestação jurisdicional a todos.

REFERÊNCIAS

- ASSESSORIA DE PLANEJAMENTO, E. E. M. **Relatório de Gestão**. Defensoria Pública da União. Brasília. 2021.
- ASSESSORIA DE PLANEJAMENTO, E. E. M. **DPU em Números**. Defensoria Pública da União. Brasília. 2021.
- AZEVEDO, Suami Paula de.; OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Analfabetismo funcional digital: perpetuação de relações de dominação?**. Revista Brasileira de Linguística, v., n., p.101-112, 2007.
- BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 09 out. 2021.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Grancie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CASTILHO, R. **Direitos Humanos**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação S.A, 2018.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Justiça em Números, 2020**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 30 set. 2021.
- ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. **Princípios Institucionais da Defensoria**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- FRAGO, Antônio Vinão. **Alfabetização na sociedade e na história: vozes, palavras e textos**. POA: Artes Médicas, 1993.
- GRAFF, Harvey. **O mito do alfabetismo**. Trad. Tomaz Tadeu da Silva. Teoria & Educação. Porto Alegre, n. 2, p.30-64, 1990.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. PNAD Contínua Educação. **Educação 2019**. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101736_informativo.pdf. Acesso em: 9 out. 2021.

_____. PNAD Contínua TIC. **Um em cada quatro brasileiros não tem acesso à internet**. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-04/um-em-cada-quatro-brasileiros-nao-tem-acesso-internet>. Acesso em: 30 set. 2021.

INSTITUTO LOCOMOTIVA; PWC BRASIL. **O abismo digital no Brasil**. Disponível em: https://www.pwc.com.br/pt/estudos/preocupacoes-ceos/mais-temas/2022/O_Abismo_Digital.pdf. Acesso em: 19 mar. 2022.

INSTITUTO PAULO MONTENEGRO. **INAF Brasil 2018: pesquisa gera conhecimento, o conhecimento transforma**. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1ez-6jrlrRRUm9JJ3MkwxEUffltjCTEI6/view>. Acesso em: 9 out. 2021.

_____. **INAF Brasil 2009: indicador de alfabetismo funcional: principais resultados**. São Paulo, 2009.

LEAL, Marcialina. **O acesso à justiça no contexto do procedimento eletrônico**. 1. ed. Rio de Janeiro: Autografia, 2019.

MOTTA, L. E. P.; RUEDIGER, M. A.; RICCIO, V. **O acesso à justiça como objeto de política pública: o caso da defensoria pública do Rio de Janeiro**. Cadernos EBAPE.BR, Rio de Janeiro, 2006. 01-13.

SOARES, Magda Becker. **Letramento e alfabetização: as muitas facetas**. Revista Brasileira de Educação, Rio de Janeiro, n.25, p. 5-17, jan./abr. 2004.

THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT. **The inclusive internet index 2021**. Disponível em: <https://theinclusiveinternet.eiu.com/>. Acesso em: 19 mar. 2022.

TRINDADE, Iole Maria Faviero. **A invenção de múltiplas alfabetizações e (an)alfabetismos**. Educação & Realidade, Porto Alegre, UFRGS, v.29, n.2, p. 125- 142, jul./dez. 2004b.

SANDIM, Emerson Odilon. **O Processo Judicial Eletrônico - PJe e o princípio do amplo acesso ao Poder Judiciário**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4201, 1 jan. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35287>. Acesso em: 29 nov. 2021.

SARLET, I. W. **Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11^a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, A. **Curso de direito constitucional positivo**. 25^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SCHWARZELMÜLLER Anna F. **Inclusão digital: uma abordagem alternativa**. VI Cinform: Encontro Nacional de Ciência da Informação. In: Encontro Nacional de Ciência da Informação: Informação, Conhecimento e Sociedade Digital. 2005, Salvador.

UNESCO. **Alfabetização como liberdade**. Brasília. 2003.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS GARANTIDOS AO SER HUMANO: ASSOCIAÇÃO COM A PANDEMIA DA COVID-19

GABRIELLI BIANCA BORGES PRATES:

Bacharelanda em Direito pelo Centro
Universitário de Santa Fé do Sul (UNIFUNEC)

LUCIANA RENATA RONDINA STEFANONI

(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo principal contribuir nas análises sobre a efetiva aplicação do direito à saúde, compreendendo os direitos fundamentais que estão intrinsecamente relacionados às garantias que devem ser viabilizadas pelo Estado, tendo como foco principal os princípios da reserva do possível e do mínimo existencial, associados com a pandemia atual de COVID-19. Pretende-se abranger as deficiências do Poder Público devido à carência de orçamentos, no que se refere à saúde desde sempre, especialmente nos dias atuais em que a pandemia ocasionou grandes proporções de procura, versando elucidar a insuficiência de recursos e como o Estado está procedendo mediante este cenário. O método adotado ao presente trabalho foi o hipotético-dedutivo, sendo usado como base da pesquisa, doutrinas, artigos acadêmicos e análise de casos existentes. Posteriormente, foi realizado um estudo sobre como o Estado assegura que não há recursos para o auxílio da população, mas em contrapartida há princípios e fundamentos que garantem uma vida digna para qualquer cidadão, bem como uma análise relacionada ao direito à saúde estabelecido na Constituição Federal, garantido por diversos princípios. Foi possível concluir que, embora o direito à saúde seja dever do Estado, não há como empregá-lo indistintamente, em razão do limite orçamentário.

Palavras-chave: COVID-19. Constituição Federal. Saúde. Princípios.

ABSTRACT: The present work aims to contribute to the analysis of the effective application of the right to health, including the fundamental rights that are intrinsically related to the guarantees that must be made possible by the State, focusing on the principles of the reserve of the possible and the existential minimum associated with the current covid-19 pandemic. It is intended to cover the deficiencies of the public power due to the lack of budgets, regarding health, especially in the present day when the pandemic caused great proportions of demand, verifying elucidating the insufficiency of resources and how the

state is proceeding through this scenario. The method adopted to the present work was the hypothetical-deductive, being used as a basis for research, doctrines, academic articles and existing case analysis. Subsequently, a study was conducted on how the state ensures that there are no resources for the help of the population, but on the other hand there are principles and foundations that guarantee a decent life for any citizen, as well as an analysis related to the right to health established in the Federal Constitution, guaranteed by several principles. It was concluded that while the right to health is the duty of the State, there is no way to employ it indistinctly, due to the budget limit.

Keywords: Covid-19. Federal Constitution. Health. Principles.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Direitos Fundamentais. 3 Direito à saúde. 4 Princípio da reserva do possível. 5 Princípio do mínimo existencial. 6 Conclusão. 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo colaborar com a análise do direito fundamental à saúde, verificando a sua aplicação, sob a perspectiva dos princípios da reserva do possível do mínimo existencial, associados com a pandemia atual de COVID-19, intrinsecamente ligados às garantias que devem ser fornecidas pelo Estado.

Pretende-se evidenciar que, diante das deficiências nos serviços públicos de saúde do nosso país, é evidente que em razão da pandemia houve um aumento significativo da busca ao direito à saúde, gerando efeitos degradantes à economia, provocando um número expressivo de pessoas em situações de vulnerabilidade econômica e social.

É visível as diversas consequências da pandemia no âmbito do direito à saúde que, apesar de garantido constitucionalmente, sofre problemas práticos de efetivação. À vista da falta de orçamentos, a atuação do Estado fica limitada para a execução dos direitos fundamentais e sociais, devendo ser preservado os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível.

O fator financeiro é uma dificuldade encontrada, tendo em vista que o Estado não consegue cumprir com seus deveres, não podendo ultrapassar os limites orçamentários. Diante disso, exige-se a necessidade de fazer escolhas, com embasamento no princípio da reserva do possível, sempre verificando necessidade-possibilidade.

O método empregado ao presente trabalho foi o hipotético-dedutivo, o qual dispõe hipóteses e verifica a legitimidade ou não destas possibilidades por dedução e se as suas conclusões lógicas estão ligadas com os dados observados.

O trabalho analisa a saúde, que é um direito positivado na Constituição Federal de 1988, sendo garantida através de políticas sociais e econômicas, objetivando a disponibilização de tratamentos médicos, medicamentos, vagas em hospitais, entre outros recursos que preservem a vida e a dignidade da pessoa humana, sendo direito de todos e um dever do Estado, obedecendo os direitos fundamentais.

No entanto, a proteção constitucional por si só não é eficaz para garantir à todos o direito à saúde, tendo em vista que há um número crescente de demandas judiciais para o fornecimento de assistência à saúde.

O direito à saúde trata-se de um direito prestacional do Estado, que requer a utilização de recursos públicos, os quais são finitos e exigem escolhas significativas por parte dos administradores públicos, para a distribuição desses serviços.

A Constituição Federal abrange diversas diretrizes envolvendo a saúde, sendo um assunto muito importante desde sempre, especialmente no ano de 2020 diante do cenário pandêmico mundial. A COVID-19 apresentou diversos desafios à todos os países, que provocou um enorme colapso do sistema de saúde, principalmente o Brasil que não provém de recursos suficientes para tal pandemia que se perdura até hoje.

Dessa forma, concluiu-se que apesar do direito à saúde ser um dever do Estado, constitucionalmente garantido, há algumas situações que não se deve aplicá-lo indistintamente, visto que o Poder Público está resguardado por limites orçamentários, em razão das necessidades da população aos demais direitos, como por exemplo a educação, alimentação, segurança, transporte, dentre outros.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

No Título II da Constituição Federal de 1988 estão estabelecidos os Direitos e Garantias Fundamentais, sendo eles baseados nos princípios dos direitos humanos, assegurando a saúde, a vida, a igualdade, a educação, dentre outros. São subdivididos em três núcleos: 1- Direitos individuais e coletivos; 2- Direitos sociais e da nacionalidade; e 3- Direitos políticos.

Consistem em direitos fundamentais de primeira geração os direitos e garantias individuais e políticos, as liberdades públicas. A segunda geração caracteriza-se pelos direitos sociais, culturais e econômicos. Por fim, são direitos da terceira geração a solidariedade ou a fraternidade, à paz, à autodeterminação dos povos, a um meio ambiente equilibrado, uma qualidade de vida saudável, entre outros.

Dessa forma, a saúde está inserida como direito fundamental da segunda geração, tendo o indivíduo direito e prestações positivas que podem ser exigidas do Estado. A assistência à saúde é promovida e realizada pelo Estado mediante ação integrada, conforme estabelecida na Lei 8.080/90, em um sistema único, de forma hierarquizada e regionalizada.

Os direitos fundamentais estão intrinsecamente ligados com as garantias que devem ser fornecidas pelos Estados, cujo intuito indispensável é o respeito à dignidade com o amparo do poder estatal e a garantia de mínimas condições de vida. São direitos que possibilitam o indispensável para uma vida justa e digna.

O objetivo dos direitos fundamentais é restringir o poder do Estado perante a população, impedindo que o Poder Público exceda o seu poder de forma desumana.

Segundo CANOTILHO, cabe aos direitos fundamentais:

[...] a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). (1993, p. 541)

Para José Afonso da Silva, a expressão direitos fundamentais do homem significa:

[...] além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual

de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive, e às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais. (SILVA, 2008, p. 178)

Os direitos fundamentais são classificados como direitos subjetivos, sendo ou não positivados no texto constitucional, aplicando-se a relações entre pessoas e o Estado.

Em 1789 foi o primeiro marco na formação de direitos e garantias fundamentais para a existência de uma vida digna, a qual foi criada a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, visto que foi a primeira vez que se foi cogitada a elaboração de direitos universais, que dessem garantias mínimas para a existência humana em sociedade.

O artigo 5º da Constituição Federal estabelece cinco direitos fundamentais que são basilares para a formação dos demais e para todo o ordenamento jurídico:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] (BRASIL, 1988)

Destaca-se que os direitos acima elencados, sendo eles, saúde, liberdade, igualdade, segurança e propriedade são a base para os direitos fundamentais da Carta Magna. A inviolabilidade desses direitos mantém a garantia entre a relação do indivíduo e o Estado.

O direito à vida é o direito fundamental mais importante para a existência do cidadão em sociedade, tendo em vista que não se leva em consideração apenas a garantia do direito sobre a própria vida e sua existência. Cada indivíduo deve viver de forma digna, garantindo a integridade física e moral.

Em seu livro de Direito Constitucional, Paulo Gustavo Gonet Branco descreve o direito à vida como:

A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades disposto na Constituição e que esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito a vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse. (BRANCO, 2010, p. 441)

Nesse mesmo sentido, TAVARES destaca:

É o mais básico de todos os direitos, no sentido de que surge como verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente. É, por isto, o direito humano mais sagrado. (2010, p. 569)

Em função do princípio da dignidade humana e do direito à vida, são propostas inúmeras ações com o propósito de assegurar determinada prestação na área da saúde.

Independentemente de qualquer ato legislativo ou de previsão orçamentária, o Estado tem a obrigação de determinar as ações e serviços públicos de saúde, a aplicabilidade direta e imediata dos direitos individuais e sociais, conforme estabelecido no §1º do artigo 5º da Constituição Federal.

No entanto, em relação aos direitos sociais, deve-se levar em consideração que a prestação devida pelo Poder Público varia de acordo com as necessidades inerentes à cada um. Desse modo, além dos custos envolvidos com os gastos gerais do direito à saúde inteiramente garantidos, ocorrerá uma distinta soma indispensável para garantir as particularidades de cada cidadão.

Apesar dos direitos sociais implicarem em prestações positivas e negativas, as suas exigem o emprego de recursos públicos para sua garantia. Tendo em vista a escassez dos recursos financeiros do Estado para a efetivação de todas as necessidades sociais, é preciso implementar políticas que preservem escolhas baseando-se em critérios de justiça equitativa.

3 DIREITO À SAÚDE

3.1 Conceito

Há diversos direitos fundamentais que estão previstos na Constituição Federal de 1988, dentre eles o da saúde está entre os mais discutidos no campo acadêmico, especialmente nos dias atuais, devido ao enfrentamento da pandemia mundial decorrente da COVID-19, que se perdura há mais de um ano.

O direito à saúde foi introduzido no título reservado à ordem social da Constituição Federal, que tem como finalidade a justiça social e o bem-estar da população. Todavia já em seu artigo 6º, no capítulo II, dos direitos sociais, a saúde foi mencionada, sendo estabelecido que:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988)

Posteriormente, no seu artigo 196, está descrito que:

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

Nessa perspectiva, ressalta-se a exigência de uma atuação ativa do Poder Público em favor dos menos beneficiados e das áreas economicamente mais debilitadas.

Em capítulo próprio na Constituição Federal, dentre os direitos sociais, o constituinte elegeu o direito à saúde como de especial relevância, demonstrando o cuidado e atenção que teve com o bem jurídico acima mencionado. Dessa forma, devido a ligação do direito à saúde com o direito à vida, é visível o amparo constitucional à dignidade da pessoa humana, tendo uma proteção jurídica diferenciada.

Em virtude da proteção constitucional à saúde, foi imposto ao Estado a responsabilidade de tornar disponível e acessível para a população um tratamento que possa garantir a cura de uma doença ou uma melhor qualidade de vida.

Destaca-se que no artigo 196 acima descrito, foi adotado um conceito vasto de saúde, atribuindo ao Estado o dever de desenvolver medidas econômicas e sociais que viabilizem o acesso igualitário e universal à saúde.

Consequentemente, é claro o dever do Estado de criar órgãos qualificados para atuarem na assistência das garantias e procedimentos pertinentes à proteção dos direitos, ou seja, é obrigação do nosso país efetivar o direito à saúde dos cidadãos, como direito de todos, inclusive estrangeiros, seja por tratados internacionais dos Direitos Humanos ou pelo respeito ao princípio da dignidade humana, dando acesso universal à remédios, tratamentos, consultas e todos os serviços de saúde.

As divergências quanto ao campo de proteção da norma constitucional do direito à saúde desdobram-se, principalmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de harmonização entre o mínimo existencial e a reserva do possível.

Entende-se dessa forma, que o direito à saúde pode ter função dupla:

Tanto como um direito de defesa (proteção do Estado à integridade corporal das pessoas contra agressões de terceiros, por exemplo), quanto como um direito positivo (impondo ao Estado a realização de políticas públicas buscando sua efetivação, tais como atendimento médico e hospitalar, por exemplo), e ambas as dimensões demandam o emprego de recursos públicos para a sua garantia. (OHLAND, 2010, p. 31)

Em sua obra, TAVARES mencionou:

Com muita pertinência observa Julio César de Sá Rocha: A conceituação da saúde deve ser entendida como algo presente: a concretização da sadia qualidade de vida. Uma vida com dignidade. Algo a ser continuamente afirmado diante da profunda miséria por que atravessa a maioria da nossa população. Consequentemente a discussão e a compreensão da saúde passa pela afirmação da cidadania plena e pela

aplicabilidade dos dispositivos garantidores dos direitos sociais da Constituição Federal. (2020, p. 927)

Sendo assim, fica evidente que o direito à saúde está diretamente relacionado com a dignidade da pessoa humana, devendo o Estado garantir e assegurar o mínimo básico para o indivíduo viver, sempre havendo o direito à igualdade.

3.2 Do sistema único de saúde (SUS)

A Constituição Federal de 1988 prevê o Sistema Único de Saúde (SUS), disposto em seu artigo 200:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. (BRASIL, 1988)

Antes disso, o sistema público atendia somente uma parcela limitada da população, sendo prestado atendimento apenas aos trabalhadores vinculados à Previdência Social, em regra, pessoas com vínculo empregatício, o restante apelava ao setor privado ou entidades. Desta maneira, a Constituição Federal foi um marco histórico, que independente de contribuição, foi reconhecido para todos o direito à saúde.

Além desse sistema trabalhar integralmente com a saúde, também oferece cuidados assistenciais, dando direito a cuidados e prevenções à tratamentos para todos os cidadãos, tendo sempre como foco a qualidade de vida da população e a igualdade de direitos.

Para a proteção e progresso da saúde no Brasil, a constituição atribuiu ao SUS a coordenação e execução das políticas vinculadas ao sistema. Embora haja uma previsão constitucional sobre o funcionamento e procedimentos do SUS, foi necessária a elaboração de leis inerentes à saúde, sendo elas a Lei Federal 8.080, de 19 de setembro de 1990 e a Lei Federal 8.142 de 28 de dezembro de 1990.

No que se refere às atribuições do SUS, a Lei Federal 8.080 sustenta as normas constitucionais e complementa com outros deveres no art. 6º da CF, destacando-se a assistência terapêutica integral, bem como elaboração de políticas de medicamentos, financiamento da saúde e incentivo ao avanço tecnológico e científico no campo da saúde.

No que diz respeito ao direito da saúde, todo e qualquer indivíduo tem o direito de desfrutar dos serviços do SUS, tendo ou não condições financeiras para arcar com despesas referentes à saúde de forma privada, visto que há pessoas que contratam um plano privado de saúde, não podendo ser negado à elas a assistência do SUS.

3.3 Pandemia da Covid 19

A OMS foi alertada sobre o coronavírus no dia 31 de dezembro de 2019, em que na cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China, foram identificados casos de uma pneumonia, que se tratava de uma nova cepa nunca detectada antes em seres humanos. Posteriormente, no dia 07 de janeiro de 2020, as autoridades chinesas confirmaram o novo coronavírus.

O cenário pandêmico enfrentado por vários países devido a pandemia da COVID-19, doença causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2), foi declarado oficialmente pela Organização Mundial de Saúde (OMS) no dia 11 de março de 2020. Desde então, iniciou-se uma quarentena em todo o país com o intuito de disseminar o vírus, todavia ainda estamos com restrições até o dia de hoje.

Em consequência da má administração e pela falta de responsabilidade afetiva de muitos, os casos em todo o mundo já passaram dos 190 milhões, gerando mais de 4 milhões de mortes. Só no território brasileiro foram mais de 500 mil mortos, sendo perdas irreparáveis.

Devido esse momento atípico no Brasil, foram esquecidos alguns princípios constitucionais e fundamentos, não sendo preservados os direitos humanos. É evidente que para a efetivação do direito à saúde, necessita-se de políticas públicas e recursos econômicos, bem como é inegável que o Estado não teria como satisfazer todas as necessidades sociais, em virtude do suporte financeiro insuficiente.

Por ser uma situação atípica de ordem mundial, a pandemia da COVID-19 aumentou a busca pelo judiciário com a finalidade de preservar o direito à saúde, em razão da falta de vagas e superlotações em hospitais. Na apreciação judicial, deve-se levar em conta, ao menos, o “mínimo existencial”, sendo indispensável para a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, o Brasil e os demais países estão desacelerando e combatendo o vírus por meio de vacinas e restrições muito rigorosas. Há países, como por exemplo os Estados Unidos, que está vivendo o período pós-pandemia, com a volta de festas, aglomerações e diversas regalias.

4 PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

No direito, o princípio da reserva do possível surgiu como uma maneira de limitar o exercício do Estado no campo da execução de direitos sociais e fundamentais, valorizando o direito de toda a população.

Este princípio se originou em 1972 no Tribunal Federal da Alemanha, no decorrer de um julgamento do caso conhecido como “*Numerus Clausus*”, mais conhecido como número limitado. O instituto tem origem na doutrina constitucionalista alemã, em uma limitação de acesso ao ensino universitário de um estudante.

No caso, a Corte alemã averiguou uma causa judicial proposta por estudantes que não haviam sido aceitos em escolas de medicina em Hamburgo e Munique devido a política de limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pela Alemanha em 1960. A petição foi elaborada com fundamento no artigo 12 da Lei Fundamental daquele Estado, o qual estabelece que todos os alemães têm o direito de escolher espontaneamente sua profissão, formação e local de trabalho.

O Tribunal Constitucional, ao decidir a questão, constatou-se que o direito à prestação positiva, o acréscimo de número de vagas na universidade, sujeita-se à reserva do possível, em relação àquilo que o cidadão pode esperar da sociedade, de modo racional.

Na maioria dos casos no Brasil, procura-se evidenciar o fator econômico, sendo que para o Poder Público, algumas necessidades devem ser observadas as limitações de recurso, sempre baseados na necessidade e razoabilidade de cada situação, ou seja, deve ser considerado os limites das possibilidades que o Estado tem para os pedidos, dado que os direitos fundamentais consistem de prestações financiadas pelos cofres públicos.

Além do fundamento financeiro e econômico, está associada a escassez de recursos públicos, como maneira de isentar a omissão do Estado no cumprimento de algumas obrigações constitucionais.

Todos os direitos demandam custos ao Estado. Na atual circunstância do Brasil, é evidente que existem limitações às prestações reconhecidas pelas normas de direitos fundamentais sociais, tendo em vista a escassez de recursos e o endividamento público.

Este mecanismo muito utilizado pelo poder estatal, abrange as possibilidades financeiras do Estado para a concretização dos direitos sociais, além da importância do direito a ser fornecido (razoabilidade da pretensão).

Observa-se que a reserva do possível está ligada à escassez, visto que bens escassos não podem ser usufruídos por todos, dessa maneira, a distribuição deve ser feita mediante regras que preveem o direito à igualdade. Assim sendo, deve-se resultar em uma escolha, se não há recursos suficientes, cabe ao Estado administrar e decidir qual área irá investir em detrimento de outra.

Dessa maneira, numa avaliação preliminar, o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado para se opor à efetivação dos direitos fundamentais. À vista dos direitos serem intimamente ligados à dignidade humana, não é possível qualquer limitação em razão da escassez.

As possibilidades orçamentárias do Estado precisam ser analisadas. Sendo assim, nesta análise de gastos e receitas, é necessário que a divisão seja realizada em ordem de importância, tendo a saúde como uma das principais prioridades.

Na perspectiva jurídica, a reserva do possível requer a necessidade de dotação orçamentária preliminar como limite à execução imediata de decisão judicial referente a políticas públicas.

Mesmo que a reserva do possível não sobressaia sobre o mínimo existencial, não se pode afastar da apreciação ao princípio da reserva do orçamento. Os direitos econômicos e sociais são garantidos mediante concessão legislativa.

Atualmente a jurisprudência está decidindo no sentido de distanciar a simples alegação de reserva do possível quando choca com a efetivação de direitos fundamentais, dessa forma requer do Poder Público a comprovação de carência de recursos.

5 PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

O mínimo existencial é um princípio constitucional relacionado com o básico para a existência da vida humana, sendo um direito fundamental e essencial, garantido pela Constituição Federal

É um princípio que acompanha a humanidade, visto que todo ser humano, desde o nascimento detém o direito a uma vida digna, tendo que ser respeitado por todos. À vista disso, utiliza-se a teoria do mínimo existencial como fundamento para a realização de algum ato prestacional não executado pelo Estado.

É evidente que o Poder Público deve garantir, de maneira eficaz, que os direitos fundamentais sejam aplicados, visto que sem o mínimo existencial, os indivíduos não conseguem ter uma vida digna.

Qualquer direito mínimo não se pode transformar em mínimo existencial, dado que deve ser um direito à existência digna, sem este não há possibilidade de sobrevivência humana e cessam as circunstâncias iniciais de liberdade, ferindo o direito à vida.

Todavia, diante do crescimento significativo de direitos fundamentais e garantias para o povo, também houve uma escassez de recursos estatais. À vista disso, em diversas situações em que um direito fundamental detém o amparo do mínimo existencial, o Estado aponta que deverão ser observados os recursos disponíveis. Dessa maneira, ressalta-se que o Poder Público realiza apenas o que está dentro de seus limites orçamentários.

O mínimo existencial é exigível do Estado, acarretando para este a responsabilidade de entregar para quem necessita, uma prestação de serviço público independentemente do pagamento de qualquer tributo. Se for violado esse direito por ação ou omissão do Poder Público, nasce para o cidadão o direito de pleitear via jurisdicional.

Destaca-se que o mínimo de dignidade para a vida humana deve ser garantido, sendo que o poder estatal não pode se escusar da garantia dos direitos fundamentais constitucionais, mesmo na ausência de recursos.

Portanto, o indivíduo que não for beneficiado com o direito do mínimo existencial e se prejudicar perante isso, poderá ingressar com medidas judiciais apropriadas para a garantia do princípio acima destacado, mesmo que o Estado tenha como aliado o princípio da reserva do possível.

6 CONCLUSÃO

O direito à saúde é um direito fundamental social inerente à vida, devendo ser assegurado pelo Estado, de acordo com o disposto no artigo 196 da Constituição Federal. Ressalta-se que para a melhora ao acesso à saúde, o Poder Público criou o Sistema Único de Saúde – SUS, cabendo à União, estados e municípios, garantir a prestação do direito à saúde, disponibilizando postos de saúde, hospitais, fornecimento de medicamentos e entres outros recursos que possibilitem o atendimento para toda a população.

À vista disso, devido a limitação de recursos do Estado, deve ser obedecido o princípio da reserva do possível, sendo levado em consideração a real necessidade do cidadão, a distributividade dos recursos e a efetividade do serviço, no intuito de assegurar o direito, bem como, obedecer ao mínimo existencial, preservando o direito da população promovendo ao menos condições indispensáveis para a sobrevivência, tendo em conta a necessidade do cidadão e a possibilidade do Poder Público.

Todavia, a ideia encontrada no princípio da reserva do possível não pode gerar a escusa do Estado em executar as políticas públicas que possibilitem a efetivação dos direitos sociais, não permitindo que o governo fique inativo. Desse modo, é imprescindível que o Estado demonstre que o oferecimento do direito à saúde ao cidadão não prejudique outros direitos relacionados com o mínimo existencial, sendo preservada a dignidade da pessoa humana.

É dever do Estado promover o mínimo existencial para toda a população, no entanto, usa o princípio da reserva do possível, para se justificar por não haver recursos suficientes, não responsabilizando o Poder Público pela não concretização dos direitos garantidos constitucionalmente.

Diante disso, deve ser levado em consideração a reserva do possível, no entanto sempre deve ser preservado o mínimo existencial, com as condições mínimas para a

sobrevivência humana, fazendo uma avaliação de valores, no intuito de que os direitos sejam efetivamente garantidos.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 26 jul. 2021

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CORRÊA, Lígia Dias Leite. **Covid-19 e direitos humanos**. Disponível em: <<https://pt.linkedin.com/pulse/covid-19-e-direitos-humanos-l%C3%ADgia-dias-leite-corr%C3%AAa-1e>>. Acesso em: 26 jul. 2021.

FACHINI, Tiago. **Direitos e garantias fundamentais**: Conceito e características. Disponível em: <<https://www.projuris.com.br/o-que-sao-direitos-fundamentais/>>. Acesso em 02 nov. 2021.

MALLMANN, Eduarda. **Direito à saúde e a responsabilidade do Estado**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7652/Direito-a-saude-e-a-responsabilidade-do-Estado>>. Acesso em: 26 jul. 2021.

MOURA, Elisângela Santos de. **O direito à saúde na constituição federal de 1988**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-direito-a-saude-na-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em: 26 jul. 2021.

NASCIMENTO, Ana Franco. **Direito à saúde deve ser visto em face do princípio da reserva do possível**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-12/ana-franco-direito-saude-visto-face-reserva-possivel>>. Acesso em: 26 jul. 2021.

PORTELLA, Simone de Sá. **Considerações sobre o conceito de mínimo existencial**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito->

constitucional/consideracoes-sobre-o-conceito-de-minimo-existencial/>. Acesso em: 26 jul. 2021.

SARAIVA, Rodrigo Pereira Costa. **O direito à saúde em tempos de Pandemia. Das possíveis soluções para a calamidade pública provocada pelo vírus Covid-19.**

Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/81195/o-direito-a-saude-em-tempos-de-pandemia-das-possiveis-solucoes-para-a-calamidade-publica-provocada-pelo-virus-covid-19>>. Acesso em: 26 jul. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

STIBORSKI, Bruno Prange. **Reserva do possível:** Origem, conceito e ordens. Disponível em: <<https://bstiborski.jusbrasil.com.br/artigos/197458820/reserva-do-possivel-origem-conceito-e-ordens>>. Acesso em: 26 jul. 2021.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. In: ____ 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em:

<<file:///C:/Users/emanu/Downloads/Curso%20de%20Direito%20Constitucional%20-%2018%C2%AA%20edi%C3%A7%C3%A3o%20-%20Andr%C3%A9%20Ramos%20Tavares%20-%202020.pdf>>. Acesso em 26 jul. 2021.

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO DANO AO PROJETO DE VIDA ANTE A EFICÁCIA HORIZONTAL DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

LUCAS OLIVEIRA DA COSTA MOREIRA:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Pós-Graduado em Direito e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes (UCAM).¹⁰²

RESUMO: A Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujas decisões vinculam o Estado brasileiro, reconhece o projeto de vida – entendido como a liberdade de definir o curso da própria vida – como um direito humano autônomo. Assim como o fenômeno da constitucionalização do direito civil, deve-se reconhecer a eficácia irradiante dos direitos humanos, aplicando-os também nas relações entre particulares. Assim, resta ao ordenamento jurídico brasileiro adequar a sistemática da responsabilidade civil, de modo a determinar a reparação por eventuais danos ao projeto de vida causados não apenas pelo Estado, mas também por pessoas naturais ou jurídicas.

Palavras-chave: Dano ao projeto de vida; responsabilidade civil; dever de indenizar; direitos humanos; controle de convencionalidade.

ABSTRACT: The Inter-American Court of Human Rights, whose decisions bind Brazil, recognizes life project – understood as the free ability to define the course of own life – as an human right itself. As well as the constitutionalization of civil law, it must be recognized the overall effectiveness of human rights, to be applied also at private relationships. Therefore, it remains for Brazilian Law to adapt the system of civil liability, in order to command the compensation for any damage to the project of life caused not only by the State, but also by people and companies.

Keywords: Damage to the project of life; Civil Liability; duty of compensation; human rights; conventionality control.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O reconhecimento interamericano do direito humano ao projeto de vida; 3 A vinculação do Estado brasileiro às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos; 4 O dano ao projeto de vida inserido na normativa civil-constitucional brasileira: 4.1 A eficácia horizontal dos direitos humanos; 4.2 O direito à indenização pelo dano ao projeto de vida; 4.3 A diferença entre o dano ao projeto de vida

102 E-mail: lucasocmoreira@hotmail.com

e a perda de uma chance; 4.4 A autonomia do dano ao projeto de vida e de sua conseguinte indenização; 5 Considerações finais; Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi elaborado para analisar, a partir da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a aplicabilidade do direito humano à reparação por dano ao projeto de vida, este entendido como a liberdade de definir o curso da própria vida, no âmbito das relações jurídicas entre particulares.

A tutela do direito ao projeto de vida ainda demanda o exercício do controle de convencionalidade pela jurisprudência pátria, pois não há normas legais específicas para o caso. Não obstante, o novo paradigma manifesta-se como adequada solução a casos contemporâneos, em que atos ilícitos cometidos por particulares aniquilam todos os planos de vida de uma pessoa, sendo insuficientes as habituais reparações por danos morais.

Assim, busca-se refletir sobre a força normativa dos tratados internacionais sobre direitos humanos, em especial na eficácia horizontal, e a devida interpretação da legislação brasileira sobre responsabilidade civil em relação a danos reconhecidos de forma autônoma a outros danos tradicionais (danos morais, materiais, estéticos e psicológicos e lucros cessantes).

2 O RECONHECIMENTO INTERAMERICANO DO DIREITO HUMANO AO PROJETO DE VIDA

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) é a instituição judicial autônoma, no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, responsável pela aplicação e interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e, no exercício de sua competência consultiva, expandir a atividade interpretativa para outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos.

A Corte IDH desenvolveu a ideia de dano ao projeto de vida nas sentenças de sete casos emblemáticos submetidos a sua jurisdição: *Loayza Tamayo vs. Peru* (1998), *Villagrán Morales e outros vs. Guatemala* (1999), *Cantoral Benavides vs. Peru* (2001), *Tibi vs. Equador* (2004), *Gutiérrez Soler vs. Colômbia* (2005), *Massacre de La Dos Erres vs. Guatemala* (2009) e *Furlan e Familiares vs. Argentina* (2012).

O Caso *Loayza Tamayo vs. Peru* (Corte IDH, 1998, Serie C No. 42) diz respeito a uma professora peruana presa junto com um familiar pela Polícia Nacional do Peru, sem ordem judicial para tanto, como presumida colaboradora de grupo subversivo, e submetida a

torturas e tratamentos cruéis, com a finalidade de que se autoincriminasse e declarasse pertencer ao Partido Comunista do Peru.

Trata-se do primeiro caso em que a Corte IDH reconheceu a existência e a autonomia do denominado “dano ao projeto de vida”. Este foi entendido como sendo aquele que, em razão da sua gravidade para os direitos humanos da vida, impede o sujeito de executar os projetos de vida que havia pensado para si (PAIVA, HEEMANN, 2020, p. 69). Ocorre que, apesar do reconhecimento como dano autônomo, a Corte deixou de atribuí-lo conotação patrimonial e de condenar o Estado peruano a indenizar o dano em termos econômicos. Segundo a Corte IDH,

“O dano ao projeto de vida não corresponde ao prejuízo patrimonial derivado imediata e diretamente dos fatos, característico do dano emergente; e tampouco pode se confundir com o lucro cessante, porque este se refere exclusivamente a perdas econômicas futuras, possíveis de quantificar a partir de certos indicadores mensuráveis e objetivos. O denominado projeto de vida por sua parte, atende à realização integral da pessoa afetada, considerando sua vocação, atitudes, circunstâncias, potencialidades e aspirações que lhe permitem determinar razoavelmente certas expectativas e atingi-las.” (Corte IDH, 1998, Serie C No. 42, p. 147).

O Caso Villagrán Morales e outros vs. Guatemala (Corte IDH, 1999, Serie C No. 77), também conhecido como “Caso Meninos de Rua”, apesar de relativamente antigo, corresponde a um dos episódios mais marcantes na jurisprudência internacional do sistema interamericano. O caso se relaciona com o sequestro seguido de tortura e assassinato de cinco jovens, “meninos de rua”, que viviam num local marginalizado com alta taxa de criminalidade e pobreza. Havia na Guatemala o costume de seguranças estatais ameaçarem, prenderem, torturarem e matarem adolescentes como práticas de combate à delinquência juvenil.

A Corte IDH também não reconheceu nesta oportunidade a indenização autônoma pelo dano ao projeto de vida, obrigando a Guatemala a indenizar pelos danos imateriais, apontados como categoria genérica. Porém, os juízes Cançado Trindade e Abreu Burelli,

em seus votos, delinearão como contexto o projeto de vida como elemento consubstancial do direito à existência, traçando-o como critério definidor da obrigação de indenizar. A infância vivida na miséria foi mencionada como “padecimento equivalente a uma morte espiritual”, sendo a morte física apenas a culminação da destruição total do ser humano (Cançado Trindade; Abreu Burelli, Corte IDH, 1999, Serie C No. 63, p. 2-3).

Dois anos após o primeiro precedente, a Corte IDH voltou a tratar da responsabilidade estatal por privação ilegal da liberdade e tratamentos cruéis, desumanos e degradantes no Caso Cantoral Benavides vs. Peru (Corte IDH, 2001, Serie C No. 88). Trata-se do primeiro caso em que a Corte, para além de apenas reconhecer o dano ao projeto de vida, promoveu a sua reparação de maneira autônoma, determinando ao Estado peruano a obrigação de implementar “medida de satisfação e não repetição”.

O Caso Tibi vs. Equador (Corte IDH, 2004, Serie C No. 114) se relaciona com uma série de violações de direitos humanos no âmbito do processo penal. O senhor Daniel Tibi foi preso pela polícia equatoriana, sem ordem judicial, mantido em reclusão por vinte e oito meses, torturado e obrigado a confessar sua participação em ocorrência de narcotráfico, dentre outros tratamentos degradantes. O precedente é amplamente reconhecido dentre criminólogos como emblemático na constatação internacional da “guantnamização do processo penal”¹⁰³.

A Corte IDH entendeu que as violações cometidas contra Daniel Tibi “alteraram de forma manifesta seu projeto de vida”. No entanto, tal como no “Caso dos Meninos de Rua”, o dano ao projeto de vida mais uma vez não foi indenizado de forma dissociada do dano imaterial, entendido como categoria genérica.

O Caso Gutiérrez Soler vs. Colômbia (Corte IDH, 2005, Serie C No. 132) trata do desaparecimento forçado de uma cidadã colombiana, sendo desconhecido seu paradeiro, num contexto de diversos casos semelhantes sem a devida investigação séria, diligente e imparcial pelos órgãos competentes estatais.

¹⁰³ O juiz García Ramirez utilizou a expressão para designar um movimento de autoritarismo e de arbitrariedade que propõe a derrogação ou a suspensão de direitos e garantias no marco da luta contra crimes graves. Após o paradigmático ato terrorista contra as Torres Gêmeas, em 11 de setembro de 2001, os Estados Unidos da América passaram a adotar medidas que sugeriam abandonar o progresso dos direitos humanos no âmbito do processo penal, em prol do combate ao terrorismo e ao narcotráfico, fenômeno questionado pela jurisprudência da própria Suprema Corte de Justiça dos Estados Unidos.

Retomando a relevância do conceito desenvolvido, a Corte IDH voltou a transcorrer de forma detalhada a respeito do dano ao projeto de vida, separando-o de uma categoria genérica de dano imaterial e estabelecendo como necessária a equivalente contrapartida de "medidas de satisfação e garantias de não repetição", tal como no Caso Cantoral Benavides vs. Peru. A diferença, no entanto, em inesperado retrocesso, foi que a Corte deixou de quantificar um efetivo valor indenizatório sob o pretexto de dificuldade na avaliação do dano ocasionado.

O Caso Massacre de La Dos Erres vs. Guatemala (Corte IDH, 2009, Serie C No. 211) diz respeito ao massacre de 251 habitantes – entre os quais mulheres, homens e crianças – da localidade de Las Dos Erres, por membros do grupo especial das Forças Armadas, denominados “kaibiles”. Sob as ordens do ditador Efraín Ríos Montt, a pequena aldeia da Guatemala viveu um dos maiores horrores promovidos pelas ditaduras no continente.

A Corte IDH responsabilizou o Estado guatemalteco por ausência de promoção da justiça, o que provocou uma perda de oportunidades não somente às vítimas, mas também a seus familiares, gerando um dano ao projeto de vida. De acordo com a Corte, a separação da vítima de seus familiares derivou no prejuízo não somente psicológico – o que a Corte costuma entender como equivalente ao “dano moral” da jurisprudência nacional –, mas também a seu projeto de vida, no âmbito familiar, razão pela qual procedia uma indenização adicional por tais danos. Mais uma vez, no entanto, a despeito do reconhecimento do dano ao projeto de vida e de sua indicação como critério no *quantum* indenizatório, a reparação equivalente foi inserida na indenização por uma categoria genérica de danos imateriais.

Por fim, o Caso Furlan e Familiares vs. Argentina (Corte IDH, 2012, Serie C No. 246) é representativo por tratar do dever do estado de incluir a pessoa com deficiência na sociedade e adotar medidas positivas para eliminar as barreiras impostas pela sociedade majoritária. O jovem Sebastián Furlan, jovem de 14 anos de idade, ao adentrar um circuito de treinamento militar abandonado para brincar, inexistindo barreiras ou obstáculos, se pendurou em uma viga de 50 kg que, inesperadamente, caiu sobre sua cabeça. O menino Furlan, após diversas intervenções cirúrgicas e longo tempo de internação, restou com dificuldades na fala e para exercer o movimento dos membros superiores e inferiores.

A Corte IDH, ao responsabilizar o Estado argentino por violação do direito do menino Furlan e sua família ao julgamento do processo em prazo razoável, desenvolveu

mais uma vez em sentença o conceito de projeto de vida. Desta vez, a Corte ordenou a reparação deste dano de maneira autônoma e dentro de duas categorias indenizatórias diferentes: medida de reabilitação e indenização compensatória.

O percurso jurisprudencial da Corte consolidou, por mais de uma década, o reconhecimento do projeto de vida como bem jurídico a ser tutelado. No entanto, apesar da inegável tutela ao projeto de vida na responsabilização dos Estados americanos por violações a direitos humanos, a Corte IDH tracejou um histórico inconsistente no que diz respeito à forma de sua indenização equivalente.

Na jurisprudência da Corte observa-se que os danos são comumente categorizados em danos materiais – danos emergentes, lucros cessantes e danos ao patrimônio familiar – e danos imateriais – danos morais e psicológicos, danos físicos e danos ao projeto de vida. A reparação, por sua vez, corresponde a medidas que visam, de maneira justa, pronta, adequada e efetiva, restabelecer os aspectos moral e material dos direitos humanos violados, a fim de fazer cessar, ou ao menos minorar, os sofrimentos causados à vítima. Dentre as medidas de reparação, encontram-se as seguintes: medidas de restituição; medidas de reabilitação; medidas de satisfação; medidas de não repetição; medidas de compensação; e medidas de obrigação de investigar, processar e punir.

Houve decisões, vale ressaltar, em que a Corte IDH utilizou o dano ao projeto de vida como critério do *quantum* indenizatório da reparação por dano imaterial, considerado como categoria genérica. Em outras, a Corte determinou a reparação do dano ao projeto de vida de forma autônoma, dissociada de qualquer outra medida. E, finalmente, houve ainda episódio em que, inobstante o reconhecimento do dano autônomo, deixou-se de determinar a reparação por dificuldade de mensuração de quantia financeira equivalente.

Assim, a oscilação na jurisprudência da Corte delimita-se, em verdade, não à questão de direitos humanos – pois a existência do direito humano ao projeto de vida subsistiu incontestemente –, mas tão somente à esfera da responsabilização civil pelo seu dano.

3 A VINCULAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO ÀS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O Decreto nº 678/1992 promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Sendo anterior à Emenda Constitucional nº 45/2005, que inseriu o § 3º

ao artigo 5º da Constituição Federal¹⁰⁴, o tratado internacional equivale a norma de status supralegal – superior às demais leis e inferior às normas constitucionais –, conforme entendimento consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 466.343-SP, 2008).

Flávia Piovesan (2008) – que integrou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 2018 a 2021 –, em sentido contrário, defende que todos os tratados internacionais que versam sobre matéria de direitos humanos e que foram ratificados segundo o ordenamento jurídico brasileiro, possuíam e possuem status de norma constitucional, mesmo antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04. Neste sentido, também se posiciona Valerio Mazzuoli (2009, p. 748-776).

Nada obstante parte da doutrina de direitos humanos divergir da decisão do Supremo Tribunal Federal, em relação à posição jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna, é incontroverso que estas convenções internacionais integram-se, de todo modo, como normas jurídicas de hierarquia superior às leis infraconstitucionais.

Com relação à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Decreto nº 4.463/2002 estabeleceu que é reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência desta em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da CADH, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.

Nos termos do artigo 68 da própria CADH, “os Estados-Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte, em todo caso em que forem partes”. A sentença da Corte IDH, portanto, produz autoridade de coisa julgada internacional, com eficácia vinculante e direta às partes. Todos os órgãos e poderes internos do país encontram-se obrigados a cumprir a sentença.

Aliás, conforme decisão de supervisão de cumprimento de sentença no Caso *Gelman vs. Uruguai* (Corte IDH, 2011, Serie C No. 221), a Corte IDH, em interpretação do mencionado dispositivo da CADH, entendeu que sua jurisprudência contenciosa vincula também os Estados que não foram partes materiais no precedente. Foram mencionadas duas dimensões de coisa julgada internacional: subjetiva e direta para as partes na controvérsia internacional e objetiva e indireta para todos os Estados-Partes na CADH. Por

¹⁰⁴ O artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal dispõe que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

este motivo, o artigo 69 da Convenção estabelece que a sentença da Corte IDH seja notificada não apenas às partes no caso, mas também a todos os demais Estados-Partes.

Em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça (Recurso em Habeas Corpus nº 136.961-RJ, 2021), a respeito de aplicação de medida provisória estabelecida pela Corte IDH no âmbito interno, foi estabelecido que as autoridades públicas, judiciárias sobretudo, devem exercer o controle de convencionalidade, observando os efeitos das disposições do diploma internacional e adequando sua estrutura interna para garantir o cumprimento total de suas obrigações frente à comunidade internacional, uma vez que os países signatários são guardiões da tutela dos direitos humanos. O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca dispôs que

“(...) os juízes nacionais devem agir como juízes interamericanos e estabelecer o diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, até mesmo para diminuir violações e abreviar as demandas internacionais.” (Recurso em Habeas Corpus nº 136.961-RJ, 2021, p. 4)

Neste sentido, o parâmetro do controle de convencionalidade é o bloco de convencionalidade, que inclui não apenas os tratados, mas também outras fontes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como o costume internacional e principalmente a jurisprudência tanto contenciosa quanto consultiva dos tribunais internacionais de direitos humanos.

Toda prática ou normativa interna pode ser objeto de controle de convencionalidade. Qualquer norma de direito interno, independentemente de sua hierarquia (constitucional ou infraconstitucional), pode, pela sua própria existência e aplicabilidade, por si só comprometer a responsabilidade de um Estado-Parte em um tratado de direitos humanos.

O critério dialógico de solução de antinomias entre o sistema internacional de proteção dos direitos humanos e a ordem interna passa a ficar constitucionalizado em nosso país à medida que os tratados de direitos humanos são ratificados, independentemente de quórum qualificado de aprovação e de promulgação executiva suplementar (MAZZUOLI, 2008).

Assim, diante da internalização da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em status, ao menos, supralegal e da vinculação do Estado brasileiro às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como do consecutivo dever estatal de controle de convencionalidade, resta inescusável a adequação da normativa brasileira sobre responsabilidade civil ao dever de indenização pelo danos ao reconhecido direito humano ao projeto de vida.

4 O DANO AO PROJETO DE VIDA INSERIDO NA NORMATIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

4.1 A eficácia horizontal dos direitos humanos

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve o fortalecimento do debate em torno da chamada "constitucionalização" do direito civil, correspondente à aplicação direta das normas constitucionais às relações privadas (SCHREIBER, KONDER, 2017, p. 8). Trata-se, em verdade, da reformulação de todo o sistema jurídico em torno dos valores e normas constitucionais, em sua eficácia irradiante.

Conforme Pietro Perlingieri (2007, p. 75-86), são três os pressupostos teóricos fundamentais da metodologia do direito civil constitucional: a natureza normativa da Constituição; a complexidade e unidade do ordenamento jurídico e o pluralismo de fontes do direito; e o desenvolvimento de uma renovada teoria da interpretação.

A aplicação dos direitos fundamentais, estabelecidos na Constituição, na relação civilista é comumente reconhecida pela doutrina como a eficácia horizontal de tais direitos. Possui essa nomenclatura porque a relação entre particulares é, ao menos teoricamente, de coordenação, de igualdade jurídica. Quando há disparidade organizacional entre os particulares, adota-se modernamente a nomenclatura eficácia diagonal. Trata-se, em todo caso, de aplicabilidade distinta da tradicional eficácia vertical, relativa à aplicação dos direitos fundamentais na relação entre Estado e particulares.

É evidente o recente histórico de fortalecimento da constitucionalização do direito civil brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988 e, sobretudo, do Código Civil de 2002, pela doutrina e pela jurisprudência. No entanto, pouco se dialoga a respeito da "convencionalização" do direito civil ou da eficácia horizontal dos direitos humanos.

No âmbito da jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de acordo com as disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a responsabilização por violações de direitos humanos sempre é imputada a Estados-Partes, nunca a particulares. Mesmo em casos emblemáticos envolvendo relações privadas, a jurisprudência interamericana limita-se às obrigações paralelas oponíveis em face do Estado.

No Caso Ximenes Lopes vs. Brasil (Corte IDH, 2009, Serie C No. 149), por exemplo, a Corte IDH responsabilizou internacionalmente o Estado brasileiro após atos cometidos por uma clínica privada de saúde, que ocasionou o falecimento de pessoa com deficiência

mental. Segundo a Corte, os Estados têm o dever de regular e fiscalizar toda a assistência de saúde prestada às pessoas sob sua jurisdição. Esta foi, inclusive, a primeira “condenação” sofrida pelo Brasil na Corte IDH.

Ocorre que, tal como os direitos fundamentais surgiram tradicionalmente como limites à atuação do Estado em face dos sujeitos e, posteriormente, irradiou-se na relação entre particulares, mesmo tratamento deve ser adotado em relação aos direitos humanos. Estes não devem limitar o seu raio de ação às relações políticas, entre governantes e governados, pois indispensáveis também em outros campos, como o mercado, as relações de trabalho e a família.

Em verdade, caso se trate de direitos humanos reconhecidos por meio de tratados internacionais internalizados sob o rito do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, a irradiação destes nas relações entre particulares corresponderá, em observância ao status constitucional das normas integradas, a uma forma indireta de constitucionalização do direito civil. A imposição dos direitos humanos nas relações civilistas é, em última análise, o próprio desenvolvimento do progresso impulsionado pela doutrina e pela jurisprudência a partir do neoconstitucionalismo, porém, agora, com o reconhecimento da força vinculante e da eficácia irradiante dos tratados internacionais de direitos humanos.

Cabe ao Estado não só respeitar, mas, ainda, assegurar a observância do regular cumprimento das normas de direitos humanos por todos aqueles potencialmente capazes de violar tais direitos, uma vez que não só o Estado, mas também particulares podem igualmente violar a esfera de liberdade, existência e dignidade dos indivíduos.

4.2 O direito à indenização pelo dano ao projeto de vida

Sendo reconhecida a existência e aplicabilidade do direito humano ao projeto de vida no Estado brasileiro, todo o ordenamento jurídico interno deve funcionar de modo a efetivá-lo e resguardá-lo. Deve-se ter cuidado, no entanto, para que esta inserção não implique numa adequação reversa, do direito humano à legislação pátria; tratando-se da chegada do direito humano ao projeto de vida, é a legislação brasileira sobre responsabilidade civil que deve adequar-se a ele, de modo a não restringi-lo em qualquer hipótese.

O Código Civil brasileiro estabelece a definição de ato ilícito em seu artigo 186: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Através desse dispositivo, é possível identificar os elementos da responsabilidade civil: a conduta culposa do agente, nexos causal e dano.

Porém, a responsabilidade civil restaria inócua se limitada à mera verificação do dano. A principal razão de ser da averiguação do ato ilícito gerador do dano é o estabelecimento do consequente dever de indenizar, a fim de reparar o mal sofrido. Nos termos do artigo 927 do Código, "aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

Existem diversas situações em que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola-se todo o projeto de vida de uma pessoa. São condutas que tiram do sujeito o poder de, por meio de uma escolha autônoma, tomar decisões autorreferentes, que abrangem os aspectos existenciais da sua vida.

Conforme observado anteriormente, o dano ao projeto de vida pode ser verificado nas relações verticais – entre Estado e particulares –, tal como no caso de um encarceramento decorrente de injusta condenação, e também nas relações horizontais ou diagonais – entre particulares –, como no caso de um atropelamento que debilita fisicamente uma pessoa de forma permanente.

Neste sentido, é interessante observar que, em certa medida, o legislador brasileiro adiantou-se no reconhecimento do impacto de um dano no decorrer de longo período, pois o artigo 950 do Código Civil regula justamente a ocasião em que, por ato ilícito, se submeta outrem a incapacidade ou debilidade para o trabalho: "se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu".

Por outro lado, a legislação brasileira é limitada na referida hipótese, pois vincula o reconhecimento de efeitos duradouros do dano à incapacidade produtiva do sujeito, de modo a corresponder tão somente à tradicional indenização por lucros cessantes. Em regra, encerrando a convalescença, finda-se o dever de indenizar; neste sentido, dispõe o artigo 940: "no caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido".

Sem embargo, se a legislação brasileira aparenta insuficiência é apenas porque deixa de prever expressamente o projeto de vida como bem jurídico a ser tutelado¹⁰⁵. O

¹⁰⁵ Evidentemente, é plenamente razoável sustentar que o projeto de vida é um direito implicitamente assegurado pela Constituição Federal, ao estabelecer esta a dignidade da pessoa humana como fundamento

legislador, ao estabelecer o dever de indenizar pelos danos decorrentes de atos ilícitos, não estabeleceu um rol taxativo de bens tuteláveis; a sistematização é feita de forma abrangente, nos moldes do princípio da operabilidade. Assim, a ordenação da responsabilidade civil, por si, está preparada para tutelar bens não reconhecido *a priori*.

O dano ao projeto de vida, embora não seja um dano material, aproxima-se de um dano emergente¹⁰⁶, pois, apesar de gerar efeitos duradouros, corresponde a um prejuízo imediato, concreto e, em tese, mensurável. O projeto de vida, tal como a honra, o patrimônio ou quaisquer outros bens e direitos pessoais, quando violado, enseja o dever de indenizar.

Em última análise, o dano ao projeto de vida não gera nenhuma esdrúxula anomalia quando inserido na normativa civil-constitucional brasileira. Da mesma forma como ocorre com relação aos danos morais, materiais e estéticos, basta se averiguar se há ato ilícito, violação do bem jurídico enexo causal. Assim, aquele que, por ato ilícito, causar dano ao projeto de vida, fica obrigado a repará-lo. É a própria inteligência do Código Civil.

4.3 A diferença entre o dano ao projeto de vida e a perda de uma chance

O dano ao projeto de vida não se confunde com a teoria da perda de uma chance, que teve precedente no Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 788.459-BA, 2006). Em caso afamado, uma jogadora deixou de arriscar responder a última pergunta que lhe possibilitaria o prêmio de um milhão de reais, optando por ficar com quinhentos mil reais; depois, processou a emissora alegando a perda de uma chance sob a alegação de que não havia resposta correta. O STJ julgou procedente o pedido.

Não se discutia o dano ao projeto de vida da jogadora como uma pessoa milionária. A discussão delimitava-se a uma lesão às justas expectativas frustradas da mulher, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro. Por outro lado, no exemplo da pessoa permanentemente debilitada por atropelamento causado por terceiro, não há qualquer tipo de "chance" perdida, mas certamente impossibilitam-se os planos de vida que, diante das barreiras sociais, restam prejudicados pela deficiência física.

Portanto, a perda de uma chance até pode afetar o sujeito por toda uma vida, mas não se confunde com o dano ao projeto de vida em si. Com a perda séria e efetiva da

da República (art. 1º, III). Porém, não há em qualquer norma, de forma expressa, seja constitucional ou infraconstitucional, o "direito ao projeto de vida", tal como reconhecido pela Corte IDH.

¹⁰⁶ Segundo Flávio Tartuce (2018, p. 499), os danos emergentes são também conhecidos como danos positivos, que são o que efetivamente se perdeu. Lembra o autor, como exemplo típico, o estrago de um automóvel, no caso de um acidente de trânsito.

chance, busca-se indenizar pelo que se deixou de legitimamente auferir, sendo, enfim, uma espécie de indenização por lucros cessantes.

Há poucos anos um trágico incêndio ocorreu no alojamento do centro de treinamento do Flamengo, chamado de Ninho do Urubu. O acontecimento ceifou a vida de dez adolescentes jogadores de futebol e deixou três feridos. Neste caso, em relação aos jovens sobreviventes¹⁰⁷, para se verificar a perda de uma chance, dever-se-ia averiguar a perda efetiva da possibilidade de se tornar jogador de futebol; a indenização seria equivalente ao valor que se auferiria caso a chance fosse alcançada. Por outro lado, para se aferir o dano ao projeto de vida, dever-se-ia averiguar se os meninos perderam a possibilidade de escolher, segundo o projeto de vida que construíram para si e seus valores individuais, a forma de viver a própria vida.

4.4 A autonomia do dano ao projeto de vida e de sua conseguinte indenização

O Código Civil estabelece, em seu artigo 944, que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Apenas “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”, conforme parágrafo único do mesmo artigo.

Desta forma, portanto, deve ser quantificada a indenização pelo dano ao projeto de vida; em regra, pela extensão do tolhimento dos planos pessoais. No caso de um incêndio no centro de treinamento de jovens jogadores de futebol, um adolescente que tenha sofrido abalos psicológicos possui, ao menos em tese, o projeto de vida menos danificado que outro que tenha ainda perdido seus membros inferiores, na medida em que se tornar um jogador de futebol é um dos planos mais significativos no que designam para suas próprias vidas.

Percebe-se, desde já, que o abalo psicológico, a perda de membros físicos ou a ofensa à honra subjetiva não se confundem com o dano ao projeto de vida. É possível, inclusive, que, dentre jovens sobreviventes no exemplificado incêndio, haja futuros jogadores de futebol de grande renome, mas que, independentemente de significativas repercussões psicológicas, tiveram a honra subjetiva danificada.

¹⁰⁷ A Corte IDH não possui precedente no sentido de conceder tal reparação para as vítimas falecidas, mas tão somente às vítimas vivas que tiveram o seu projeto de vida interrompidos por algum evento. Remanesce prejudicada a indenização pela frustração dos planos de vida quando, de forma ainda mais grave, foi ceifada a própria vida, extinguindo a personalidade jurídica da pessoa.

Portanto, o dano ao projeto de vida enseja uma reparação autônoma, para além das reparações pelos danos moral, material e estético e por eventuais lucros cessantes. Mesmo nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos em que o dano ao projeto de vida foi alocado numa categoria genérica de dano imaterial, a sua ocorrência correspondeu, ao menos, a um critério definidor do *quantum* indenizatório.

É equivocada a ideia de que o dano ao projeto de vida corresponde a um dano psicológico ou a um dano moral. O projeto de vida, apesar de estar consubstanciado nas vontades e valores subjetivos do indivíduo, corresponde a um elemento distinto de sua incolumidade psicológica ou honra subjetiva.

A mesma construção lógico-jurídica foi desenvolvida pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio do seu enunciado de súmula nº 387, em relação aos danos estéticos. A jurisprudência do STJ assentou ser possível a cumulação do dano moral com o dano estético decorrentes do mesmo fato, justamente por equivalerem a danos a bens jurídicos diversos.

A Corte IDH, por sua vez, desde o Caso Loayza Tamayo vs. Peru, apesar de inconstante quanto à forma de reparação, não equipara o dano ao projeto de vida a um dano psicológico, reconhecendo definitivamente a autonomia entre eles. A incongruência da Corte IDH reside tão somente no fato de, em algumas decisões, juntar ambos os danos autônomos sob uma categoria *lato sensu*, denominada “danos imateriais”, para fins de condenação a uma medida de reparação e/ou reabilitação que corresponda simultaneamente a ambos.

Com efeito, independentemente da nomenclatura ou classificação do dano extrapatrimonial, mas cada um constituindo, com autonomia, uma espécie de dano, é possível a condenação em diversas categorias, ainda que oriundas do mesmo fato, desde que cada uma delas possa ser adequadamente valorizada do ponto de vista jurídico. Neste sentido, consolida-se a jurisprudência pátria.

Assumindo a autonomia do dano ao projeto de vida, sobrevém a dúvida de como se deve ocorrer a conseguinte reparação: por indenização autônoma, na esteira do entendimento do STJ, ou inserida em indenização genérica relativa a todos os danos imateriais, conforme algumas decisões da Corte IDH?

Por princípio interpretativo das convenções sobre direitos humanos, o Estado-parte na Convenção Americana sobre Direitos Humanos deve ampliar a proteção dos direitos

humanos, por meio do princípio *pro personae*¹⁰⁸, interpretando as sentenças da Corte IDH da maneira mais favorável possível àquele que vê seus direitos violados. Aliás, essa particular forma de interpretação das normas jurídicas (internas ou internacionais) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos, bem como tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, II e III). O horizonte da fraternidade é, na verdade, o que mais se ajusta com a efetiva tutela dos direitos humanos fundamentais.

No notório caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho no Rio de Janeiro, objeto de inúmeras inspeções, sobreveio a Resolução da Corte IDH de 22/11/2018, que, ao reconhecer referido local como inadequado para a execução de penas, especialmente em razão de os presos se acharem em situação degradante e desumana, determinou que se computasse em dobro cada dia de privação de liberdade nele cumprido, para todas as pessoas ali alojadas que não sejam acusadas ou condenadas por crimes contra a vida, a integridade física ou de crimes sexuais.

Recentemente, o STJ, em atendimento ao princípio *pro personae*, determinou que a Resolução da Corte IDH de 22/11/2018, que determina o cômputo da pena em dobro, deve ser aplicada a todo o período cumprido pelo condenado no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (Recurso em Habeas Corpus nº 136.961-RJ, 2021). Consoante entendimento da Corte, não se mostra possível que a determinação de cômputo em dobro tenha seus efeitos modulados como se o condenado tivesse cumprido parte da pena em condições aceitáveis até a notificação e a partir de então tal estado de fato tivesse se modificado.

Portanto, devendo-se interpretar o ordenamento jurídico da forma a ampliar a proteção dos direitos humanos – sendo esta, inclusive, a orientação jurisprudencial pátria –, demonstra-se cristalina a forma adequada de indenização pelo dano ao projeto de vida. A dúvida resta sanada: reconhecida a autonomia do dano ao projeto de vida pela Corte IDH e a indenização autônoma por danos distintos pelo STJ, o dano autônomo ao projeto de vida deve ser indenizado de forma autônoma.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

¹⁰⁸ O princípio *pro personae* exige que a interpretação dos direitos humanos seja sempre aquela mais favorável ao indivíduo, independentemente da matriz da fonte normativa. Na CADH, esse dispositivo encontra-se manifestado nas normas de interpretação estabelecidas no artigo 29.

Em conclusão, é possível desencadear uma linha de diretrizes que resultam na responsabilidade civil entre particulares pelo dano ao projeto de vida, mediante indenização autônoma, são elas:

- a) a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhece o direito humano ao projeto de vida como bem jurídico autônomo a ser tutelado, possuindo, no entanto, jurisprudência inconsistente a respeito do modo de reparação exigível em razão do seu dano;
- b) o Estado brasileiro está juridicamente vinculado à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e às decisões da Corte IDH, devendo todas as autoridades internas, sobretudo juízes, realizar o controle de convencionalidade da ordem jurídica interna, tendo-as como parâmetro;
- c) as fontes normativas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, dentre elas as decisões da Corte IDH, devem ser aplicadas também nas relações entre particulares, tal como estabelecido em relação aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal;
- d) devendo a ordem jurídica interna adequar-se aos direitos humanos reconhecidos na esfera internacional, o dano ao projeto de vida deve ser reparado sempre que causado por ato ilícito alheio, nos moldes determinados pelo Código Civil;
- e) a partir do princípio interpretativo *pro personae*, entendendo o STJ que os danos autônomos ensejam indenizações autônomas, devem os danos ao projeto de vida causados entre particulares serem indenizados de forma autônoma em relação aos demais (morais, materiais, psicológicos, estéticos, lucros cessantes, dentre outros).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 136.961-RJ. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, Distrito Federal, 21 de junho de 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 788.459-BA. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, Distrito Federal, 13 de junho de 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 387. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. Diário da Justiça: seção 2, Brasília, DF, ed. 430, 1º de setembro de 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-SP. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, Distrito Federal, 3 de dezembro de 2008.

CORTE IDH. Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho respecto de Brasil. Medidas Provisórias. Resolução de 22 de novembro de 2018.

_____. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Sentença de 3 de dezembro de 2001. Série C No. 88.

_____. Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala. Sentença de 24 de novembro de 2009. Série C No. 211.

_____. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C No. 63.

_____. Caso Furlán y familiares Vs. Argentina. Sentença de 31 de agosto de 2012. Série C No. 246.

_____. Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C No. 221.

_____. Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Sentença de 12 de setembro de 2005. Série C No. 132.

_____. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C No. 33.

_____. Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentença de 7 de setembro de 2004. Série C No. 114.

_____. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C No. 149.

HUBER, Fred. Incêndio no Ninho faz 2 anos: veja as indenizações, investigações e onde estão os 16 sobreviventes. Globo, Rio de Janeiro, 08 de fev. de 2021. Disponível em: <<https://ge.globo.com/futebol/times/flamengo/noticia/incendio-no-ninho-faz-2-anos-veja-as-indenizacoes-investigacoes-e-onde-estao-os-16-sobreviventes.ghtml>>. Acesso em: 07 de dez. de 2021.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica. São Paulo: RT, 2008.

_____. Curso de direito internacional público. 3 ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2009.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos. 3ª ed. Belo Horizonte: CEI, 2020.

PERLINGIERI, Pietro. La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale. RTDC - Revista Trimestral de Direito Civil, v. 31, 2007.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: EOS: Revista Jurídica da Faculdade de Direito – v.2 –n. I – ano II, artigo 03. Dom Bosco, 2008.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Direito civil constitucional. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil - volume único. 8ª ed. São Paulo: Método, 2018.

ADOÇÃO TARDIA NO BRASIL

RAIMUNDO NONATO LISBOA AGUIAR SANTOS

Acadêmico do curso de Direito da Universidade
Brasil

MARCO ANTONIO COLMATI LALO

(orientador)

RESUMO: Esse artigo de conclusão de curso aborda a temática da adoção tardia no Brasil, objetivando conhecer a realidade do Processo de adoção atualmente e as relações pautadas na subjetividade dos indivíduos envolvidos. A adoção tardia é o ato de assumir como filho, por meio de um processo legal, um indivíduo que já possui certa autonomia com relação ao mundo que o cerca. Assim, entende-se que esse processo se dá com crianças a partir de 3 anos. É importante apontar que esse é um desafio que nem todo mundo está disposto a assumir. Afinal, a adoção já é um processo bem delicado para muitas pessoas, que geralmente optam por ela quando não têm condições de terem filhos biológicos. Ainda assim, ela fica muito mais complicada quando existe a preocupação com questões comportamentais e traumas da criança que em tese não seriam tão evidentes no caso de recém-nascidos. No entanto, a falta de conhecimento e de preparação são os maiores obstáculos para uma adoção tardia de sucesso. Isso porque é possível estabelecer vínculos saudáveis com crianças de qualquer idade tendo muita paciência e dedicação.

Palavras-chaves: Adoção tardia, filhos, traumas, acolhidas.

ABSTRACT: This course conclusion article addresses the issue of late adoption in Brazil, aiming to know the reality of the adoption process today and the relationships based on the subjectivity of the individuals involved. Late adoption is the act of assuming as a child, through a legal process, an individual who already has some autonomy in relation to the world around him. Thus, it is understood that this process occurs with children from 3 years old. It is important to point out that this is a challenge that not everyone is willing to take on. After all, adoption is already a very delicate process for many people, who usually opt for it when they are unable to have biological children. Even so, it gets much more complicated when there is concern about behavioral issues and child trauma that in theory would not be so evident in the case of newborns. However, lack of knowledge and preparation are the biggest obstacles to successful late adoption. This is because it is possible to establish healthy bonds with children of any age with a lot of patience and dedication.

Keywords: Late adoption, sons, tauma,welcomed.

1.INTRODUÇÃO

A adoção se trata de um ato jurídico onde um indivíduo é assumido como filho por um casal ou por uma pessoa que não se trata dos pais biológicos dele, que assumem a responsabilidade de cuidar, zelar, proteger e educar, como se filho biológico destes fossem. Segundo o artigo 39, §1º, do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), a adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa.

A adoção faz parte da vida da sociedade desde os primórdios, onde, é possível perceber que o gesto de adotar, colocar crianças e adolescentes em famílias distintas das biológicas, devia-se ao fato de as famílias adotantes tinham melhores condições financeiras para criar e educar o adotado, definindo um traço típico de familiaridade, representando assim um vínculo afetivo que fora criado a partir do apego, afeto, a sensação de pertença àquela família.

Certo de que essa cultura merecia uma melhor atenção, foi-se criado o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) na década de 90, onde os critérios para a adoção se tornaram criteriosos, sempre visando assegurar a certeza que a adoção seria vantajosa para o adotado.

2.CONCEITUALIZAÇÃO

Nas Palavras de MAC DONNELL (1981):

“A adoção é a forma de oportunizar uma família às crianças que não tiveram a possibilidade de serem criadas pelos pais que a geraram, assim como propiciar filhos aos pais que não puderam tê-los ou que optaram pelo cuidado de crianças com as quais não possuem ligação genética.”

A origem do termo “adoção” vem do termo em latim *adoptare*, que traduzido significa acolher, cuidar.”

Independentemente de como ocorreu a história do adotado, ela começa com a ruptura do laço dela com sua família biológica, surgindo então a necessidade de se adaptar-se a outra família que irá fazer o papel que era de responsabilidade da família biológica.

Embora não seja possível definir com precisão quando e onde surgiu a “cultura da adoção”, sabemos que esta já existe desde a antiguidade na sociedade e acontece em praticamente todos os povos, o ato de adotar crianças de outras famílias como se seus naturais, fossem.

A proteção à infância praticamente era inexistente, com isso, viu-se a necessidade de se criar uma legislação que acolhesse os direitos das crianças e dos adolescentes que, em muitas vezes, eram objetificadas. Então, nos anos 90, foi criado o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), que tornou a adoção mais criteriosa, tornando-se um grande marco na história do Brasil.

3.OS DESAFIOS DA ADOÇÃO

A adoção tardia é pouco comum no Brasil. O número de crianças e adolescentes adotados no país diminui à medida que a idade deles aumenta.

Atualmente, no total, 5.026 abrigados estão disponíveis no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, enquanto existem aproximadamente 35 mil pretendentes na fila de adoção.

Um diagnóstico divulgado, na semana passada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) explica o cenário já conhecido do motivo pelo qual esta conta não fecha: a preferência dos pais adotivos é por crianças de até três anos de idade completos.

Nos últimos cinco anos, 51 % (5.024) daquelas que foram adotadas têm esse perfil. Depois dessa faixa etária, a procura por crianças de até 12 anos vai caindo, como aponta o estudo. E, após essa idade, as chances de adoção diminuem ainda mais. Apenas 6% (646) desse total são adolescentes, por exemplo. Ao todo, 27% (690) das adoções foram de crianças de 4 até 7 anos; e 15% (1.567) foram de crianças de 8 até 11 anos.

Um dos grandes obstáculos no que diz respeito ao instituto da Adoção Tardia infelizmente ainda provem de mitos e histórias fantasiosas. O mais recente é o receio que a pessoa tem em adotar um adolescente, caso esse já tenha convivido com famílias problemáticas possuindo uma grande bagagem de vida e maus hábitos.

Nesse raciocínio, muitos candidatos a adoção chegavam à conclusão que jamais conseguiriam modificar a personalidade do adolescente, por isso a procura por crianças menores é maior, pois crianças menores ou bebês são mais fáceis de serem integradas a família, com educação e valores de uma vida familiar. Essas crianças

uma vez adotadas no início da vida com certeza pra elas serão mais fáceis de se adaptar, o que também não faz por dizer que a criança adotada na infância não tem pensamentos e recordações da vida triste e do trágico abandono, podendo influenciar no crescimento e desenvolvimento para a vida adulta.

4.ADOÇÃO APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Com a publicação da Constituição Federal de 1988, princípios e ordenamentos alterando a rotina de quem vivia sob o comando de ordens desarrazoadas, viviam em um Brasil onde tudo era aceito sem discussão.

Nos tempos de hoje o Judiciário atua mais nas questões direcionadas ao interesse da criança, buscando suprir o objetivo principal de suas ações, que se faz em reconhecimento, aprovação ou renegar a condição de quem adota com relação aos adotados, compromissando o casal adotante a garantir proteção a integridade da criança ou adolescente recebida no novo lar, protegendo-a de qualquer espécie de violência e qualquer tipo de exploração, sexual, trabalho infantil, falta de estudo, e todo tipo de maus tratos que as crianças por várias vezes passam antes de serem acolhidas por instituições e defensores da ordem pública em proteção à criança e adolescente.

Com o Estatuto do Menor e do Adolescente, o filho adotante tem os mesmo direitos e deveres dos filhos biológicos, inclusive os direitos sucessórios, fato que nunca foi postulado no arcaico Código de Menores. No entanto ficaram estabelecidos questões mais rígidas para a adoção, com foco principal em salvaguardar os direitos da criança, fazendo com que o tráfico de menores para outros países o que levavam as crianças parar sacrificadas, inclusive para retirado de órgãos para ser implantados em crianças estrangeiras, diminuindo assim o tráfico de órgãos no país.

A mais de cinquenta anos após a Promulgação do Código de Menores de 1927 foi renovado a uma versão completamente reformado, muito bem editado e com mais amparo ao menor. Contudo a Lei 6.697 de 10/10/79 não atingiu o propósito principal que era o de ampliar a esfera total para proteção do menor, mesmo renovado a nova leitura da lei ainda adotava a doutrina irregular no que rezava em ser art. 2º, fatos esses que fogem do padrão no sentido ímpar de resguardar a proteção e segurança do menor, com linhas determinantes em respeito à adoção.

Segundo o desusado Código de Menores, a crianças e os adolescentes não eram vistos como pessoas com direitos, deveres e garantias.

O código não previa sequer punições aos responsáveis que ao ter a criança sob sua tutela as colocavam em situações degradantes, sob maus cuidados, opressão ou até

mesmo aliciadas. Segundo aquele diploma, a palavra abandono exigia quesitos com visível burocracia perante o artigo 26, em seus incisos e alíneas.

Após revogar a lei 4.665 a Lei 6.697 instituiu um Código de Menores novo, carregando com ele várias modificações. Tendo como principais medidas a adoção simples, designada pelo juiz e destinada aos menores em situações irregulares, segundo o artigo 27 e 28 e substituiu a legitimação adotiva transformando-a em adoção plena, através do artigo 27 ao 37.

O novo Código então passou a se tornar mais preocupado com a situação do menor e em como aquele adolescente estaria no seu novo lar. O principal foco da nova lei não é o de arrumar um filho pra casais que não podiam tê-los de forma comum, mas na verdade a Lei 6.697/79, tinha a missão de dar atendimento e um lar bem estruturado a crianças carentes, as crianças que foram abandonadas pela mãe ou que apenas viviam em situações sub-humanas.

5.0 QUE É CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO

Lançado em 2008, o Cadastro Nacional de Adoção (CNA), coordenado pela Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), é uma ferramenta digital que auxilia os juízes das Varas da Infância e da Juventude na condução dos procedimentos dos processos de adoção em todo o país.

Uma vez inserido neste cadastro, não há necessidade de se inscrever em nenhuma outra comarca, pois o sistema fará buscas em todos os Estados da Federação onde os pretendentes manifestaram interesse em adotar. A ordem de inscrição no cadastro também será respeitada.

Em agosto de 2019 o cadastro foi reformulado, sendo agora o SNA – Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento. O novo sistema implementou diversas funcionalidades que permitem dar agilidade aos processos de adoção. Uma das novas ferramentas é a possibilidade de o pretendente realizar seu pré-cadastro.

6. ONDE CRIANÇAS E ADOLESCENTES AGUARDAM SER ADOTADOS

O afastamento do convívio da família, quando necessário, é uma medida de proteção para crianças e adolescentes. Quando as crianças e adolescentes são encaminhados para serviços de acolhimento institucional ou os programas de acolhimento familiar, essa situação é acompanhada pela vivência de rupturas dos laços sociais e afetivos. Por isso, são tomadas várias iniciativas e tentativas para que as crianças e adolescentes

possam voltar à família de origem. Em muitos casos, o retorno não é possível. As crianças e adolescentes serão considerados aptos para adoção após serem ouvidos e avaliados quanto a essa alternativa para suas vidas.

Foi apenas na década de 30 que começaram a funcionar os orfanatos, internatos, lares e casas transitórias. Nesta época, estas instituições estavam relacionadas quase sempre, na história, à intenção política de limpar as ruas, afastando do olhar público aquilo que atenta contra a ordem social e a dignidade humana, o abandono de crianças e os maus-tratos na família.

Disposto no Artigo 101 do ECRID, “o abrigo é uma medida provisória excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade”.

7.PROCESSO DE ADOÇÃO

Para adotar uma criança no Brasil o procedimento para a realização é burocrático, e preciso se candidatar à adoção sendo necessário ter mais de 18 anos e ter 16 anos a mais que a criança a ser adotada. O processo tem várias etapas que variam de acordo com o estado e com as Varas de Infância. É preciso apresentar os documentos solicitados de acordo com a unidade da Federação.

Segundo o Cadastro Nacional de Adoção, o procedimento geral é o seguinte:

“I) O interessado deve procurar a Vara de Infância e Juventude do município

e se informe sobre os documentos. Para entrar no Cadastro Nacional de Adoção são solicitados: identidade; CPF; certidão de casamento ou nascimento; comprovante de residência; comprovante de rendimentos ou declaração equivalente; atestado ou declaração médica de sanidade física e mental; certidões cível e criminal.

II) Faça uma petição, que pode ser preparada por um defensor público ou advogado particular no cartório da Vara de Infância e anexe a documentação.

III) Os interessados devem fazer o curso de preparação psicossocial e jurídica para adoção.

IV) Será feita a avaliação psicossocial com entrevistas e visita domiciliar feitas pela equipe técnica interprofissional. Na entrevista, é determinado o perfil da criança que deseja adotar, de acordo com

vários critérios. O resultado será encaminhado ao Ministério Público e ao juiz da Vara de Infância.

V) O laudo da equipe técnica da Vara de Infância e o parecer emitido pelo Ministério Público vão servir de base para a sentença do juiz. Se o pedido for acolhido, o nome do interessado será inserido nos cadastros, válidos por dois anos em território nacional. Se não, é importante buscar os motivos, pois é possível se adequar e começar o processo novamente.

VI) A Vara de Infância avisa sobre uma criança com o perfil compatível. O histórico de vida da criança é apresentado ao adotante; se houver interesse, ambos são apresentados. A criança também será entrevistada após o encontro e dirá se quer continuar com o processo. Durante esse estágio de convivência, monitorado pela Justiça e pela equipe técnica, é permitido visitar o abrigo onde ela mora e dar pequenos passeios.

VII) Em seguida, é preciso ajuizar a ação de adoção. Ao entrar com o processo, é entregue a guarda provisória, que terá validade até a conclusão do processo. Neste momento, a criança passa a morar com a família. A equipe técnica continua fazendo visitas periódicas e apresentará uma avaliação conclusiva.

VIII) O juiz vai proferir a sentença de adoção e determinar a lavratura do novo registro de nascimento, já com o sobrenome da nova família. Neste momento, a criança passa a ter todos os direitos legais de filho."

Caso o adotante seja maior de 12 (doze) anos, o seu consentimento também deverá ser colhido, de acordo com o que prescreve o artigo 45 do ECA. Isto não quer dizer, que a negativa por parte do adotando será respeitada cegamente, o juiz irá analisar todos os aspectos encartados nos autos, para averiguar se o melhor interesse da criança será preservado por meio do deferimento da adoção ao casal adotante, já que o artigo 43 do ECA dispõe que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos."

8.A ESTRUTURA PSICOSSOCIAL DA CRIANÇA OU ADOLESCENTE

Os fatores que influenciam na estrutura e desenvolvimento psicossocial da criança são vários, uma vez que a pessoa se constrói a partir de sua genética, mas também da convivência que mantém com outras pessoas num ambiente social. Então, temos como fatores próprios da criança a inteligência, a motivação, a curiosidade, acompanhados de fatores sociais, históricos, culturais, afetivos, emocionais que compõem o meio no qual ela está inserida. A infância é uma fase muito importante no desenvolvimento e formação do indivíduo, onde todos os acontecimentos que nela ocorrem influenciam a formação de sua personalidade, ao adotar uma criança deve ser analisada sua estrutura psicossocial, para não haver constrangimento da criança em seu novo núcleo familiar. A criança é dotada de sentimentos, possui uma bagagem familiar a qual é deixada de lado para ser construída uma nova bagagem. A criança precisa administrar essas situações juntamente com a família que está acolhendo, adotando-a.

A família adotiva possui o poder de controle na vida da criança, reproduz a cultura que a criança absorverá em sua vida, é o modo de inspiração para a criança, levando em consideração que a mesma depende da família para a sua sobrevivência.

9.A IMPORTÂNCIA DE TER UMA FAMÍLIA

A família tem uma grande incidência no desenvolvimento emocional e social de todo indivíduo. A família modela à nossa maneira de pensar, de tomar decisões, a forma de nos comportarmos e até nossa perspectiva de vida. O ambiente no qual uma criança cresce a define como pessoa. Por isso, a importância da família em seu desenvolvimento.

A família é o principal núcleo no qual o bebê se desenvolve. O primeiro grupo social do qual tira sua experiência e seu exemplo. A família é uma instituição muito importante na educação da criança, pois dá sentido e significado à vida. Os valores que são absorvidos do núcleo familiar são vitais para guiar seus objetivos e valores quando adulto.

Ter uma família é um direito legítimo e fundamental da infância. Isso porque através da família as crianças aprendem os princípios básicos de convivência e as habilidades necessárias para desenvolver seu potencial como indivíduo e enfrentar a vida de adulto na sociedade.

10.A NECESSIDADE DO ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA

Dispõe o Artigo, 46: "A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.

Verifica-se que o estágio de convivência disposto no Artigo 46 do ECA, poderá

ser contado a partir da concessão da guarda provisória, vez que “esse estágio é um período experimental em que o adotando convive com os adotantes, com a finalidade precípua de se avaliar a adaptação daquele à família substituta. Trata-se de procedimento essencial, pois a adoção é irrevogável, então a convivência é fundamental para que todos se conheçam.

A lei 12.010/09 – Lei da Adoção, trouxe inúmeras mudanças no texto legal do Estatuto da Criança e do Adolescente. Algo que deve ser analisado com atenção são as inclusões trazidas no art. 46 da norma estatutária, que trata especificadamente sobre o Estágio de Convivência.

Um ponto importante é o previsto no §1º do art. 46, que trata sobre a possibilidade de dispensa da realização do mesmo. Traz o texto legal a prerrogativa de que “o estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo.”

Ou seja, o Estágio de Convivência pode ser dispensado quando o decurso do tempo em que o adotando ficou sob a guarda legal ou tutela do adotante for julgado pelo juiz do processo como suficiente para que os vínculos familiares tenham sido estabelecidos.

Previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, o Estágio de Convivência é de extrema importância para a adoção. O art. 46 do ECA estabelece que “a adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso”.

É durante o prazo do estágio de convivência que haverá a adaptação entre o adotando, o adotante e o novo lar.

De acordo com Cunha (2011) “o estágio de convivência faz-se necessário vez que propicia uma situação de conhecimento recíproco entre adotante e adotado, possibilitando, dessa maneira, o estabelecimento de vínculos entre os mesmos.”

É imprescindível o acompanhamento da equipe interprofissional do Juízo, já que não é incomum ver casos onde a família que, em primeiro momento mostrou-se perfeita para o adotando, acabe por tornar-se um problema e mostrem-se inadequados para receber uma criança ou adolescente em seu lar.

O objetivo maior da adoção é acolher a criança ou o adolescente, que por

algum motivo, viu-se privado de sua família biológica e para isso não importa a idade, pois em todas as situações existem casos de sucesso e também insucesso.

Quem se candidata a adotar, adquire a obrigação de atender e suprir todos os quesitos que constam tanto pela Constituição Federal, a Carta Magna do País, como também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e demais legislação, estando ciente da sua obrigação diante da posição de adotante.

O adotado e o adotante precisam se conhecer e para isso leva um tempo para adquirir confiança, apego, carinho, pois tudo é novo para ambas as partes. O medo existe, a vontade de aproximação somente vai perdendo resistência com quando há demonstração de carinho, amor, afeição, criando vínculos que irão se enraizar nesta nova família, possibilidades de reconstrução de uma nova história.

11. CONCLUSÃO

Até que o vínculo afetivo seja criado, é necessário paciência e respeitar a fase de conhecimento do adotado no novo lar. Essa fase é necessária que seja seguida por um profissional apto, para que ajude a família e o adotado a superarem os desafios para que se crie uma confiança e conseqüentemente, uma boa convivência entre eles.

Não há dúvidas de que a adoção, principalmente quando ela ocorre tardiamente, requer cuidados, pois o indivíduo a ser adotado, carrega consigo marcas, traumas e do tempo de permanência em instituições, vindo a ser acolhido por diversas vezes por família desestruturadas e inexperientes, não sendo alcançado o resultado e expectativa esperado.

Paciência, estudo, amor, dedicação, preparo e a certeza de que acontecerá um vínculo entre adotado e adotante, fará muita diferença em se tratando de criação de vínculo afetivo. Na adoção tardia exige ainda mais atenção e dedicação das partes adotantes, durante o período de adaptação. Estes ajustes são bastante evidentes, pois a criança deve se sentir amada e acolhida naquele lar, para que possa se adaptar de forma natural e seja bem-sucedida.

REFERÊNCIAS

A importância da família no crescimento de uma criança. In.: MelhorcomSaúde. Disponível em: [A importância da família no crescimento de uma criança \(melhorcomsaude.com.br\)](http://melhorcomsaude.com.br). Acesso: 28//04/22

BILCHES, William. Desafios da adoção no Brasil: idade da criança, burocracia e entrega legal. In.: **Gazeta do Povo**. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e->

[cidadania/desafios-da-adocao-no-brasil-idade-da-crianca-burocracia-e-entrega-legal/?msclkid=770e07fbc71b11ecb42e0ff65a36fc99](https://www.conteudojuridico.com.br/cidadania/desafios-da-adocao-no-brasil-idade-da-crianca-burocracia-e-entrega-legal/?msclkid=770e07fbc71b11ecb42e0ff65a36fc99). Acesso em: 28/04/22

CAMARGO, Mário Lázaro. Adoção Tardia: mitos, medos e expectativas. In.: **São Paulo: Edusc, 2006**. Disponível em: [Microsoft Word - Elementos pré-textuais.doc \(unesp.br\)](#). Acesso em :01/05/22

CAMPOS, Niva Maria Vasques. Adoção tardia – características do estágio de convivência. In.: **Jus.br**. Disponível em: [adocao-tardia \(tjdft.jus.br\)](http://adocao-tardia.tjdft.jus.br). Acesso em: 28/04/22

KUMMER, Louise Caroline; Trentin, Fernanda. Devolução da criança em processo de adoção durante o estágio de convivência. In.: **Jus.com.br**. Disponível em: [Devolução da criança em processo de adoção durante o estágio de convivência - Jus.com.br | Jus Navigandi](#). Acesso em: 28/04/22

RIBEIRO, Sabrina. A adoção tardia no Brasil e o desafio de criação do vínculo afetivo. In.: **Jus.com.br**. Disponível em: [A adoção tardia no Brasil e o desafio de criação do vínculo afetivo - Jus.com.br | Jus Navigandi](#). Acesso em: 28/04/22

A LEGALIDADE DO PORTE DE ARMAS EM PARALELO AO DIREITO PENAL, POSSUIR UMA ARMA E PODER USÁ-LA

LUCAS NUNES REZENDE:
bacharelado em Direito pela
Universidade Brasil.

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(orientador)

RESUMO: Emprego de arma de fogo na defesa da propriedade privada, o excludente de ilicitude é aplicável? Este artigo visa fundamentar junto ao direito penal a legalidade de que o uso de arma de fogo no exercício da garantia da propriedade privada, no âmbito de defender seus domínios contra possíveis invasores e a aplicação de excludente de ilicitude para tal conduta mediante o uso de armas de fogo para garantir a inviolabilidade da propriedade privada. No Brasil cabe a polícia defender e garantir a segurança e os direitos a serem respeitados da sociedade porém levando em consideração toda dimensão, população, infraestrutura do país, a quantidade de servidores na área de segurança pública, se torna algo extremamente difícil garantir os direitos e segurança de toda a população brasileira, de tal modo que se faz necessário em determinadas situações que alguns indivíduos se utilizem de meios para se defender ou defender seus bens e suas propriedades. Desde que entrou em vigor no Brasil em 22 de Dezembro de 2003 a lei que traz o estatuto do desarmamento no país veio para diminuir o direito e a circulação de armas pelo território nacional, no país os meios para se ter a autorização de compra e de possuir uma arma de fogo por uma pessoa que não exerça função de segurança pública ou quaisquer outros meios legais pelos quais se é necessário possuir uma arma legalizada ou mais dificilmente o direito a se ter o porte para arma de fogo, que venha de forma a qual referida função torne-se digamos mais fácil adquirir uma arma de fogo é algo bastante burocrático e demorado, contudo no cenário atual até o presente momento com a derrubada de 4 (quatro) decretos federais pelo então presidente Jair Messias Bolsonaro, trouxe um aumento relativo no que se refere a compra de armas, com isso o atual cenário nos leva a um cenário ao qual o indivíduo terá a posse de uma arma e então ao ter sua propriedade invadida venha a usar deste meio para se proteger e proteger o seus bens e domínio, trazendo em questão o tema desse artigo.

Palavras chave: Direito; Propriedade; Privada; Ilicidade; Crime; Defesa; Posse; Arma.

ABSTRACT: Use of a firearm in the defense of private property, is the exclusion of illegality applicable? This article aims to substantiate, together with criminal law, the legality that the use of firearms in the exercise of guaranteeing private property, in the context of defending their domains against possible invaders and the application of an exclusion of illegality for such conduct through the use of weapons. of fire to guarantee the inviolability of private property. In Brazil, it is up to the police to defend and guarantee the security and rights of society to be respected, however, taking into account the entire size, population, infrastructure of the country, the number of servers in the area of public security, it becomes extremely difficult to guarantee the rights and security of the entire Brazilian population, in such a way that it is necessary in certain situations that some individuals use the means to defend themselves or their goods and properties. Since it came into force in Brazil on December 22, 2003, the law that brings the disarmament statute in the country has come to reduce the right and circulation of weapons throughout the national territory, in the country the means to have the authorization to purchase and possessing a firearm by a person who does not exercise a public security function or any other legal means by which it is necessary to possess a legal weapon or, more difficultly, the right to carry a firearm, which comes in such a way that This function makes it easier, let's say, to acquire a firearm is something quite bureaucratic and time-consuming, however in the current scenario until the present moment with the overthrow of 4 (four) federal decrees by then President Jair Messias Bolsonaro, it brought a relative increase in the which refers to the purchase of weapons, with this the current scenario leads us to a scenario in which the individual will have possession of a weapon and then, having his property invaded, will use this means to protect himself. er and protect your property and domain, bringing into question the theme of this article.

Keywords: Law; Property; Toilet; illegality; Crime; Defense; Possession; Weapon.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Posse de Arma; 1.1 Direito e Dever; 2. Legítima Defesa; 3. Direito a Propriedade; 3.1 Propriedade Privada; Conclusões; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Atualmente, o Código Penal já possui estabelecido de que não há crime quando o agente pratica a conduta ilegal em determinadas ocasiões, como por exemplo o estado de necessidade que nada mais seria em legítima defesa ou em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Exemplo disso seria caso uma pessoa que reage a um assalto vindo a efetuar um disparo de arma de fogo contra

o agressor ou que seja do policial que venha a matar alguém para evitar um possível homicídio.

No entanto a lei é clara ao definir que, em qualquer que seja a hipótese, o agente responderá pelos excessos que vier a cometer, como hipótese vir a descarregar sua arma em alguém que por ventura esteja desarmado, mesmo que venha a se fazer sem intenção ou por imperícia.

Neste sentido a propriedade privada traz em sua caracterização sendo o nome dado à qualidade específica de um bem que venha a ser de posse de uma pessoa ou personalidade jurídica com por exemplo uma empresa, que sendo assim enquadra-se como sendo tanto física quanto jurídica. É o caso da casa onde você mora, do prédio ou local onde a empresa está localizada ou uma propriedade rural.

Sendo assim a propriedade é entendida como a capacidade que todo bem possui de ser usado e de ter um dono, a quem ele pertence e por quem ele é administrado. Da mesma forma, a propriedade é definida como a garantia que uma pessoa tem de que determinada coisa é de sua propriedade. Assim sendo caso venha a ocorrer de outro alguém a tome injustamente, ela por si só continua sendo a sua proprietária legítima e tendo assim o amparo disponibilizados pelos mecanismos legais para reaver o bem.

1.POSSE DE ARMA

Atualmente no Brasil, a posse de arma é compreendida como sendo um direito adquirido por meio do recebimento do CR (Certificado de Registro de Arma de Fogo), emitido pela Polícia Federal. Segundo o Estatuto do Desarmamento, em seu artigo 5º:

O certificado de Registro de Arma de Fogo, com validade em todo o território nacional, autoriza o seu proprietário a manter a arma de fogo exclusivamente no interior de sua residência ou domicílio, ou dependências dessas, ou, ainda, em local de trabalho, desde que seja ele o titular ou responsável legal pelo estabelecimento ou empresa.

O que na prática seria, uma vez com o certificado a pessoa que o recebeu pode adquirir uma arma de fogo de uso permitido sendo este especificado, marca, modelo e calibre, porém só pode estar sob a posse dela no domicílio do proprietário ou em local de trabalho do qual seja o dono ou responsável legal. Ou seja, a arma deve permanecer o tempo todo dentro dos domínios do estabelecimento ou domicílio da pessoa a qual adquiriu o CR e a arma de fogo.

Também é extremamente importante ressaltar que mesmo que alguém tenha conseguido o direito à posse de uma arma, essa pessoa não deve sair de casa ou da sua empresa com ela, seja portando a mesma junto ao corpo, em veículo de transporte ou mesmo de qualquer outra forma, sob pena de prisão de 2 a 4 anos, conforme descrito no Código Penal. A posse de arma de fogo não é o mesmo que a autorização de porte de arma. Com exceção de militares, demais forças de segurança pública e alguns outros cargos previstos no Estatuto, o porte de armas é proibido no Brasil.

1.1. Direito e dever

Seja por esporte ou para defesa, atualmente o cidadão brasileiro possui embora que ainda seja muito restrito o direito de possuir armas de fogo. Ocorre que, após todo o processo de compra, ao qual inclui avaliações psicológica e de coordenação ao disparar arma de fogo, comprovação de idoneidade moral a qual se pesquisa antecedentes e perfil de conduta do indivíduo e além disso a autorização da Polícia Federal, ocorre que proprietário após todas essas etapas e treinamentos possui inúmeras dúvidas sobre quais responsabilidades e o uso correto de usar a arma de fogo. Visto assim como demonstrado na legislação atual de armas consta os direitos e deveres ao se ter uma arma de fogo, Lei nº 10.826 de 2003 – Estatuto do Desarmamento:

CAPÍTULO I

DO SISTEMA NACIONAL DE ARMAS

Art. 1º O Sistema Nacional de Armas – Sinarm, instituído no Ministério da Justiça, no âmbito da Polícia Federal, tem circunscrição em todo o território nacional.

Art. 2º Ao Sinarm compete:

I – identificar as características e a propriedade de armas de fogo, mediante cadastro;

II – cadastrar as armas de fogo produzidas, importadas e vendidas no País;

III – cadastrar as autorizações de porte de arma de fogo e as renovações expedidas pela Polícia Federal;

IV – cadastrar as transferências de propriedade, extravio, furto, roubo e outras ocorrências suscetíveis de alterar os dados

cadastrais, inclusive as decorrentes de fechamento de empresas de segurança privada e de transporte de valores;

V – identificar as modificações que alterem as características ou o funcionamento de arma de fogo;

VI – integrar no cadastro os acervos policiais já existentes;

VII – cadastrar as apreensões de armas de fogo, inclusive as vinculadas a procedimentos policiais e judiciais;

VIII – cadastrar os armeiros em atividade no País, bem como conceder licença para exercer a atividade;

IX – cadastrar mediante registro os produtores, atacadistas, varejistas, exportadores e importadores autorizados de armas de fogo, acessórios e munições;

X – cadastrar a identificação do cano da arma, as características das impressões de raiamento e de microestriamento de projétil disparado, conforme marcação e testes obrigatoriamente realizados pelo fabricante;

XI – informar às Secretarias de Segurança Pública dos Estados e do Distrito Federal os registros e autorizações de porte de armas de fogo nos respectivos territórios, bem como manter o cadastro atualizado para consulta.

Parágrafo único. As disposições deste artigo não alcançam as armas de fogo das Forças Armadas e Auxiliares, bem como as demais que constem dos seus registros próprios.

CAPÍTULO II

DO REGISTRO

Art. 3º É obrigatório o registro de arma de fogo no órgão competente.

Parágrafo único. As armas de fogo de uso restrito serão registradas no Comando do Exército, na forma do regulamento desta Lei.

Art. 4o Para adquirir arma de fogo de uso permitido o interessado deverá, além de declarar a efetiva necessidade, atender aos seguintes requisitos:

I - comprovação de idoneidade, com a apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais fornecidas pela Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral e de não estar respondendo a inquérito policial ou a processo criminal, que poderão ser fornecidas por meios eletrônicos.

II – apresentação de documento comprobatório de ocupação lícita e de residência certa;

III – comprovação de capacidade técnica e de aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestadas na forma disposta no regulamento desta Lei.

§ 1o O Sinarm expedirá autorização de compra de arma de fogo após atendidos os requisitos anteriormente estabelecidos, em nome do requerente e para a arma indicada, sendo intransferível esta autorização.

§ 2o A aquisição de munição somente poderá ser feita no calibre correspondente à arma registrada e na quantidade estabelecida no regulamento desta Lei.

§ 3o A empresa que comercializar arma de fogo em território nacional é obrigada a comunicar a venda à autoridade competente, como também a manter banco de dados com todas as características da arma e cópia dos documentos previstos neste artigo.

§ 4o A empresa que comercializa armas de fogo, acessórios e munições responde legalmente por essas mercadorias, ficando registradas como de sua propriedade enquanto não forem vendidas.

§ 5o A comercialização de armas de fogo, acessórios e munições entre pessoas físicas somente será efetivada mediante autorização do Sinarm.

§ 6o A expedição da autorização a que se refere o § 1o será concedida, ou recusada com a devida fundamentação, no prazo de 30 (trinta) dias úteis, a contar da data do requerimento do interessado.

§ 7o O registro precário a que se refere o § 4o prescinde do cumprimento dos requisitos dos incisos I, II e III deste artigo.

§ 8o Estará dispensado das exigências constantes do inciso III do caput deste artigo, na forma do regulamento, o interessado em adquirir arma de fogo de uso permitido que comprove estar autorizado a portar arma com as mesmas características daquela a ser adquirida.

Art. 5o O certificado de Registro de Arma de Fogo, com validade em todo o território nacional, autoriza o seu proprietário a manter a arma de fogo exclusivamente no interior de sua residência ou domicílio, ou dependência desses, ou, ainda, no seu local de trabalho, desde que seja ele o titular ou o responsável legal pelo estabelecimento ou empresa.

§ 1o O certificado de registro de arma de fogo será expedido pela Polícia Federal e será precedido de autorização do Sinarm.

§ 2o Os requisitos de que tratam os incisos I, II e III do art. 4o deverão ser comprovados periodicamente, em período não inferior a 3 (três) anos, na conformidade do estabelecido no regulamento desta Lei, para a renovação do Certificado de Registro de Arma de Fogo.

§ 3o O proprietário de arma de fogo com certificados de registro de propriedade expedido por órgão estadual ou do Distrito Federal até a data da publicação desta Lei que não optar pela entrega espontânea prevista no art. 32 desta Lei deverá renová-lo mediante o pertinente registro federal, até o dia 31 de dezembro de 2008, ante a apresentação de documento de identificação pessoal e comprovante de residência fixa, ficando dispensado do pagamento de taxas e do cumprimento das demais exigências constantes dos incisos I a III do caput do art. 4o desta Lei.

§ 4o Para fins do cumprimento do disposto no § 3o deste artigo, o proprietário de arma de fogo poderá obter, no Departamento de Polícia Federal, certificado de registro provisório, expedido na rede mundial de computadores - internet, na forma do regulamento e obedecidos os procedimentos a seguir:

I - emissão de certificado de registro provisório pela internet, com validade inicial de 90 (noventa) dias;

II - revalidação pela unidade do Departamento de Polícia Federal do certificado de registro provisório pelo prazo que estimar como necessário para a emissão definitiva do certificado de registro de propriedade.

§ 5º Aos residentes em área rural, para os fins do disposto no caput deste artigo, considera-se residência ou domicílio toda a extensão do respectivo imóvel rural.

Considerando todo regimento apresentado é de se esperar que o interessado tenha dúvidas a sanar de forma a ser explicada detalhadamente os direitos e deveres apresentados pelo estatuto, a curto modo se trata da empresa que pode produzir, como cadastrar, as marcações necessárias, requisitos para a compra, etapas para conceder o certificado de registro, onde guardar, delimitação do domicílio do possuidor, prazos, como adquirir munições, entre outros direitos e deveres contidos nos artigos presentes no estatuto.

2.LEGÍTIMA DEFESA

Tudo o que venha a ser contrário ao fato típico, aquilo que corresponde a uma conduta praticada no meio físico, real a qual esta descrita em lei, sendo assim toda posição contrária a lei provoca a ilicitude no ordenamento jurídico, tornando o fato definido como crime ou infração penal, ensejando a aplicação de uma pena para o indivíduo que transgrediu a lei. Conforme estabelece o art. 25 do Código Penal.

Entende-se como legítima defesa que, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Segundo o art. 23 do Código Penal.

Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

A legítima defesa por si só é motivo de excludente de ilicitude o qual consiste em dar fim a injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, usando de maneira moderada dos meios necessários. Não existe aqui, uma situação de perigo a qual se põe em conflito dois ou mais bens, na qual um deles venha a ser sacrificado. Por outro lado, ocorre um efetivo ataque ilícito contra o agente ou terceiro legitimando a repulsa.

Consiste a legítima defesa, a exclusão da antijuridicidade, quando o agente passivo se encontra em um estado de agressão, sendo ele atual ou de maneira iminente e para qual a vítima venha a se defender, ela se utiliza dos meios necessários de forma cautelosa a uma ou mais condutas ilícitas praticadas pelo seu agressor.

Um indivíduo que invade a residência a qual não é seu domicílio com intenção de praticar ato ilícito, e que para tal esteja de posse de algum artefato como arma branca ou mesmo que venha a estar de posse uma arma de fogo, e a pessoa que ali reside venha a atirar no invasor em tese pratica um ato de legítima defesa, ele está ali se protegendo e a legítima defesa do direito brasileiro é admitida, no entanto ao contrário do que acontece por exemplo nos Estados Unidos em que a legislação permite o amplo direito do indivíduo se defender, as chamadas leis de defesa do seu território (stand your ground laws), tais leis trazem o direito para o indivíduo venha a fazer o que julgar necessário para se manter seguro, no Brasil o conceito de legítima defesa é extremamente subjetivo e traz diversos elementos que precisariam ser averiguados em cada caso concreto e para o direito penal a legítima defesa é trazida de forma a entender que utilizar moderadamente os meios necessários para repelir uma agressão injusta, atual ou iminente, o que venha a ser considerado como um excesso será portanto considerado como sendo crime. Mas que para tal conduta seja classificada como excessiva deverão ser analisados diversos elementos subjetivos que vão conduzir o entendimento se aquele ato foi ou não praticado nos estritos limites da legítima defesa, portanto não existe uma resolução padrão para esses casos cada caso infelizmente precisa ser analisado de forma pormenorizada, até mesma existência da legítima defesa patrimonial ou seja aquele indivíduo que age para defender um bem que não é a sua integridade física não é sua própria vida é diversas vezes questionado judicialmente, há uma discussão sobre a existência desse direito se a legítima defesa abrange também a defesa de bens patrimoniais e não só a própria vida, portanto são uma série de questões subjetivas que precisam ser analisadas a cada caso para somente então vir a se firmar uma decisão para qual cada fato vai ser enquadrado.

3.DIREITO A PROPRIEDADE

O direito de propriedade está descrito no Inciso XXII do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Pode-se pensar no direito de propriedade como o direito de um indivíduo, dentro dos limites da lei, de dispor e usufruir de um determinado bem, e portando possui o direito de determinar o que é feito com ele. Sendo assim o direito de propriedade garante que qualquer cidadão tenha direito de possuir bens. Mas por outro lado não é absoluto existe limitações previstas em lei.

O art. 5º da Constituição Federal de 1988 estabelece que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Dentro deste Artigo, o Inciso XXII determina que:

É garantido o direito de propriedade.

O direito de propriedade parte do entendimento de que seres humanos por sua natureza têm o desejo de possuir bens, essa vontade de possuir coisas poderia vir a gerar uma situação de conflito permanente pela posse de bens. Dessa forma, o estado tem o entendimento de que deve garantir o direito de propriedade como um direito fundamental.

A importância deste direito traz também a legitimidade ao estado para que possa dentre os meios legais estabelecer mecanismos para ter harmonia e responsabilização, assim somente estabelecendo o direito de propriedade é possível determinar o que é roubo, o que pode ser possuído, o que se pode fazer e o dever a quem possui determinados bens, por exemplo. De tal forma vem de modo a garantir o direito de propriedade como sendo um direito fundamental com o intuito e um meio de regulamentar o desejo natural pela posse. Assim sendo o direito de propriedade no Brasil é garantido pela constituição, porém não é ilimitado, o que limita este direito é o cumprimento da chamada função social.

3.1. Propriedade privada

A Propriedade privada é o nome dado à qualidade específica de um bem ao qual a posse pertence a uma pessoa, que pode ser classificada como física ou jurídica. Exemplo

disso, o veículo, a casa, o prédio da empresa até mesmo a roupa ao qual são de posse de um indivíduo, se caracteriza como sendo uma propriedade privada por assim dizer. A propriedade é entendida como a capacidade que todo bem possui de ser usado e de ter um dono, a quem ele pertence e por quem ele é gerenciado. Da mesma forma há no direito, a propriedade é definida como a garantia que uma pessoa tem de que determinada coisa é sua - sendo assim, caso outro alguém a tome de forma injusta, ela continua sendo a sua proprietária legítima e é amparada pelos mecanismos legais para reaver o bem.

CONCLUSÕES

O paralelo entre o emprego de arma de fogo na inviolabilidade da propriedade privada, entende que por mais que se possa ter a vontade de defender a posse de uma pessoa, ao menos que tal invasão se enquadre nos fatos descritos pelo código penal, que no caso será se ocorrer no ato da invasão a sua posse, tal agressão seja justa e contra a integridade física do indivíduo. Por outro lado caso não seja demasiada tal justificativa torna-se a conduta do emprego de arma de fogo sendo este considerado pelo âmbito jurídico brasileiro como um crime. Portanto em uma ideologia atual o direito apenas de forma simplificada permite ao cidadão que se faça uso de uma arma de fogo, se tal conduta a qual esteja sofrendo venha a ser justa para que ele se faz jus o emprego de arma de fogo. Em um paralelo ideal ao se ter o direito de posse é justificável o direito a que o indivíduo possa se utilizar de meios para defender o que de fato legalmente é de sua propriedade, se fazendo da justificativa de que tal conduta é sim aplicável o excludente de ilicitude visto após apurados os fatos e provas que no caso em questão a conduta do invasor, determinadas suas reais intenções torne a conduta de quem é por direito dono daquele bem julgue-se procedente a injusta agressão em desfavor a posse do indivíduo, e para tal fim os meios utilizados para defesa de propriedade seja reconhecido como equivalente, torna-se assim excluído da ilicitude do ato por ele praticado contra o invasor, porém no atual âmbito jurídico brasileiro não é possível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição Federal, 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27
Novembro 2021.

BRASIL. Código Penal, 1940. Disponível em: [http://www.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 29
Novembro 2021.

BRASIL. Estatuto do desarmamento, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm. Acesso em: 27 Novembro 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Legítima defesa, 2021. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/a-doutrina-na-pratica/causas-de-exclusao-da-ilicitude/legitima-defesa#:~:text=%2F5%2F2021.-,Doutrina,direito%20seu%20ou%20de%20outrem>'. Acesso em: 24 Maio 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Estado de Necessidade, 2021. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/a-doutrina-na-pratica/causas-de-exclusao-da-ilicitude/estado-de-necessidade>. Acesso em: 24 Maio 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Estrito cumprimento de dever legal, 2021. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/a-doutrina-na-pratica/causas-de-exclusao-da-ilicitude/estrito-cumprimento-de-dever-legal>. Acesso em 24 Maio 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Exercício regular de direito, 2021. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/a-doutrina-na-pratica/causas-de-exclusao-da-ilicitude/exercicio-regular-de-direito>. Acesso em: 25 Maio 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Excesso, 2021. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/a-doutrina-na-pratica/causas-de-exclusao-da-ilicitude/excesso>. Acesso em: 25 Maio 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. Teses do STJ sobre o Estatuto do Desarmamento, 2018. **Meu Site Jurídico**. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/10/22/teses-stj-sobre-o-estatuto-desarmamento-1a-parte/>. Acesso em: 25 Maio 2022.

AZEVEDO, Flavio Olimpio de. Código Penal Comentado, 2015. **Direito Com Ponto Com**. Disponível em: <https://www.direitocom.com/codigo-penal-comentado>. Acesso em: 25 Maio 2022.

ABANDONO DIGITAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: IMPACTOS NOCIVOS E AS IMPLICAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO

GABRIELA BATISTA DE SOUZA:

Bacharelanda do curso de Direito pela Universidade Brasil, Campus de Fernandópolis/SP – Estagiária no Tribunal de Justiça, comarca de Cardoso/SP. ¹⁰⁹

ALEX LOPES APPOLONI

RESUMO: Presentemente, vivemos circundados de informações todo o tempo com o avanço da tecnologia, o acesso à internet e sua ampla área de abrangência, podendo nos deparar com conteúdos positivos ou negativos. Dessa forma, a presente pesquisa visa analisar o abandono digital de crianças e adolescentes pelos pais e responsáveis, que se tornam negligentes ao não supervisionarem os filhos no momento em que estão acessando a rede, além de discutir quanto aos riscos e as consequências dessas ações. É necessário questionarmos sobre o papel do Estado e dos responsáveis, assim como analisarmos o abandono digital no âmbito jurídico.

Palavras chaves: Abandono Digital – Menores – Consequências – Responsabilização.

ABSTRACT: At present, we live surrounded by information all the time with the advancement of technology, internet access and its wide coverage area, and may come across positive or negative content. Thus, this research aims to analyze the digital abandonment of children and adolescents by parents and guardians, who become negligent by not supervising their children at the time they are accessing the network, in addition to discussing the risks and consequences of these actions. It is necessary to question the role of the State and those responsible, as well as to examine digital abandonment in the legal sphere.

Keywords: Digital Abandonment – Minors – Consequences – Accountability.

1.INTRODUÇÃO

A internet detém enorme influência nas relações humanas, todos nós somos influenciados de alguma forma por ela. É impossível imaginar o mundo sem a mesma e

109

mensurar os impactos ocasionados. As novas gerações nascem em um mundo totalmente virtual e ligado, com isso, uma das preocupações que nos deparamos, é a inserção precoce das crianças e adolescentes na web e a maneira como os pais reagem diante dessa conectividade.

O abandono digital é uma realidade frequente no âmbito familiar, contudo, pouco conhecido e identificado. Com o progresso dos mecanismos tecnológicos, cada vez mais as crianças e adolescentes possuem contato com a internet. Por conseguinte, o objetivo é viabilizar a reflexão do tema, analisando os impactos maléficos, a responsabilização dos pais e os parâmetros no ordenamento jurídico.

O abandono consiste no descuido dos responsáveis quanto à segurança dos filhos enquanto acessam o ambiente virtual. Há pouco interesse e supervisão em relação ao conteúdo que o público alvo acessa e se envolvem enquanto estão online.

As leis determinam uma série de poderes-deveres dos genitores com seus filhos, inclusive o dever de zelar, cuidar e garantir a proteção dos filhos, e estes devem ser exercidos tanto no mundo real quanto no ciberespaço. Contudo, esse compromisso não é efetivado constantemente.

O presente estudo é moldado através da consulta à legislação vigente, doutrina, pesquisa bibliográfica, análise de artigos científicos relacionados e notícias referentes ao tema.

Para o desenvolvimento do trabalho, o mesmo foi partilhado em cinco capítulos. De início, contemplaremos uma breve síntese quanto a história dos direitos das crianças e adolescentes, que não eram detentores de nenhum direito nos tempos mais remotos.

Após, há averiguação do uso da internet de forma imprudente e suas consequências, como vício na plataforma, os problemas psicológicos, ansiedade, violência sexual, pornografia infantil e cyberbullying.

Adiante, é analisada a temática diante da legislação vigente em nosso país e a responsabilização dos guardiões e zeladores das crianças e adolescentes. Com a observação do conteúdo abordado, adentraremos no último objeto desse artigo, a conclusão.

2.EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Compreende-se que as leis sofreram alterações ao longo dos anos e foram adequando-se a nossa realidade. No passado, existia uma insuficiência de legislação e proteção voltada para as crianças e adolescentes. Não havia separação entre indivíduos de idades diferentes, nem distinção em seus direitos e sanções.

Corral (2004) expõe que, nas antigas sociedades, as crianças e adolescentes quase não eram considerados pessoas suscetíveis de proteção jurídica, eram entendidos como meros objetos de posse paternal ou estatal. As proles viviam de acordo com o a vontade de seus responsáveis, não fazendo jus a praticamente nenhum direito, porém respondiam por seus erros, inclusive pagando-os até com a própria vida.

Na Grécia, ocorria intolerância com os indivíduos nascidos com deficiência, onde eram arremessadas de abismos. Além de os mesmos poderem ser mortas em sacrifícios religiosos ou serem vendidos como escravos.

Com o passar dos anos, se fez necessário averiguar as iniquidades que assolavam a sociedade, especialmente aos novatos. Dessa forma, começaram a compreender as necessidades para o bom desenvolvimento das crianças e a importância de sua proteção e garantias essenciais, como os direitos fundamentais e observar que as mesmas estão em fase de desenvolvimento e não possuem discernimento total para responsabilizar-se por seus atos.

Ainda na idade antiga, de acordo com Maciel (2014), surgiu interesse na proteção das crianças e adolescentes passando alguns povos a determinar a proibição do infanticídio e a moderação à liberdade dos pais em decidirem sobre a vida e a morte de seus filhos. O cristianismo é percebido como um precursor das garantias, conferindo os primeiros direitos relacionados ao bem estar físico e material.

No século passado, um grande fato importante foi a Declaração de Genebra em 1924. Após, adveio a Declaração Universal dos Direitos das Crianças, que foi adotado pela Organização das Nações Unidas (ONU), a qual deixou evidente a necessidade de proteção legal.

No Brasil, em 1927 foi consolidado o decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro, denominado Lei de Assistência e Proteção aos Menores. Este determinou que aos dezoito anos, seria o marco da maioridade penal, que passou a vigorar em todo país, prevalecendo até nos dias atuais. Em seguida, em 1950, o Fundo das Nações Unidas para a Infância

(UNICEF), que tinha por finalidade promover os direitos e melhorar a vida de todas as crianças em todas as situações, assinou seu primeiro programa de cooperação com o Governo do nosso país.

A Assembleia Geral das Nações Unidas outorgou a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, que abordou sobre os cuidados e assistências especiais e proteção especial para as mães e crianças. E em 1953, a UNICEF tornou-se parte definitiva da ONU.

Em 1966, com os Pactos Internacionais sobre Direitos Civis e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os Estados Membros asseguram os direitos iguais, bem como a proteção e educação para todas as crianças.

No dia 10 de outubro de 1979, surgiu um novo Código de Menores no Brasil, que garantiu a proteção integral. Adiante, houve a promulgação consagrada Constituição Federal de 1988, que trouxe o artigo 227, sendo este específico sobre o direito das crianças e adolescentes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foi anunciado em 13 de julho de 1990, de autoria do Congresso Nacional. A lei faz jus ao artigo 227 da CF e define as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, em condição peculiar de desenvolvimento, que necessitam de cuidados integrais e prioritários pelo Estado, família e sociedade. É uma das fontes mais importantes que possuímos na atualidade para assegurar e os direitos e deveres dos infanto-juvenis.

Em síntese, o ECA assegura o direito à vida, a dignidade, saúde, alimentação, educação, esporte, lazer, profissionalização, cultura, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária, para um bom desenvolvimento em sociedade. O Estatuto traz que qualquer ato cometido contra seus assegurados é considerado crime de ação penal pública incondicionada, ou seja, ação em que o Ministério Público não precisa da autorização de ninguém para oferecer a denúncia.

Em conjunto com a criação do ECA, houve a apresentação do Conselho Tutelar, sendo necessário haver no mínimo um conselho em cada município, como órgão integrante da administração pública local. Este tem por finalidade ajudar a família, a sociedade e o Estado a zelar pelos direitos das crianças e adolescentes.

Vejam os que, com o passar dos anos sempre buscam atualizar e melhorar a proteção das crianças e adolescente no ordenamento jurídico. Além de participar de convenções e programas mundiais que envolvem o público mencionado, tivemos a Lei nº 13.010, de 26 de junho de 2014, que protege os jovens contra qualquer tipo de ato que envolva o uso de violência e/ou degradação física, moral ou psicológica e também a Lei nº 13.798, de 3 de janeiro de 2019, que trouxe a instituição da Semana Nacional de Prevenção da Gravidez na Adolescência.

3. ABANDONO DIGITAL E SEUS EFEITOS

Preliminarmente, é necessário aclarar a definição de criança e adolescente em nosso ordenamento jurídico. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Nº 8.069 de 13 de julho de 1990) consagra em seu artigo 2º, que é criança a pessoa de até doze anos incompletos, e adolescente o que possui entre doze e dezoito anos de idade, (BRASIL, 1990).

Já o abandono digital, é determinado como a negligência dos pais ou responsáveis, que não dispõem amparo e observação quando os seus filhos estão conectados ao ambiente virtual. O mesmo está associado com a carência de cuidado e informações sobre o uso do espaço cibernético.

A inserção das crianças desde os primeiros meses de vida na internet está cada vez mais frequente e os jovens de hoje não enxergam o mundo sem a mesma. O uso da tecnologia traz muitos benefícios e facilita a vida dos seres humanos, desde que, usada cautelosamente. Ocorre que os pais detêm uma concepção equivocada ao supor que, permanecendo os filhos dentro de seus lares, utilizando-se de smartphones, computadores e similares, estarão mais seguros do que se estivessem na rua, enquanto que vários estudos já confirmaram os perigos reais da rede e sua utilização desacelerada. E a partir dessa ideia, permitem o acesso por várias horas durante o dia.

Conforme dados apresentados pela pesquisa TIC Kids Online Brasil, em 2020, 92% das crianças e adolescentes viviam em residências com acesso à internet. Em 2019, os números indicavam 41%, deixando evidente que a pandemia da covid-19 influenciou o crescimento abundante de usuários. No referido levantamento, ainda foi especificado que 94% indivíduos de 10 a 17 anos tinham alcance à rede. O público estudado, possuía contato com vídeos aulas, pesquisas culturais, saúde, videogame, redes sociais, como Instagram, Facebook, TikTok e Twitter além de outros conteúdos diversificados.

Assim como existe uma grande variedade de ferramentas úteis, também há incontáveis ameaças que assolam o ambiente virtual, portanto que, as denúncias de exposição de crianças e adolescentes na internet no Disque 100 – que consiste em uma plataforma que recebe, analisa e encaminha queixas de violação de direitos humanos relacionadas a crianças e adolescentes, idosos e pessoas com deficiência – estão entre os cinco tipos mais denunciados, as informações sobre esse tipo de violência, são de que consistem em sua maior parte em pedofilia, cyberbullying e pornografia infantil. Embora sejam registrados os crimes denunciados, estima-se que o índice de violação seja ainda maior, pois muitas vezes não ocorre a delação. Dados apontam que o Brasil está entre os países com mais números de crimes cibernéticos (GOVERNO FEDERAL, 2020).

Além dos delitos supracitados, os usuários ficam expostos a desenvolverem vício tecnológico, problemas psicológicos, ansiedade, praticar bullying e várias modalidades de violência, se envolverem em brincadeiras e jogos desafiadores, podendo acarretar danos irreversíveis em casos extremos, como depressão e suicídio. À vista disso, é evidente que há uma ampla possibilidade de obterem acesso à conteúdos inapropriados.

3.2 DEPENDÊNCIA TECNOLÓGICA E PROBLEMAS PSICOLÓGICOS

O vício tecnológico, conhecido como compulsão à internet, é diagnosticado quando os indivíduos passam a ter alguma área de sua vida afetada pela permanência exagerada na web. Nos dias atuais, esse problema vem aumentando gradativamente.

De acordo com uma pesquisa publicada pela Lenstore, empresa que comercializa lentes de contato no Reino Unido, em 2021 foi averiguada que as crianças brasileiras estão entre as mais viciadas em tecnologia no ranking mundial.

Os infanto-juvenis, que são indivíduos que se encontram ainda em fase de desenvolvimento, estão muito vulneráveis a vários estímulos, o que pode favorecer o desenvolvimento da dependência. É nessa fase que estão adquirindo habilidades e comportamentos que levaram para a vida.

Ao publicar sobre a dependência digital, a Sociedade Brasileira de Pediatria (SBP, 2020), destacou que:

Há uma extensa lista de problemas relacionados ao mau uso das tecnologias, entre eles: problemas de saúde mental, como

irritabilidade, ansiedade e depressão; Transtornos do déficit de atenção e hiperatividade (TDAH); transtornos do sono; transtornos de alimentação; sedentarismo; miopia e síndrome visual do computador; transtornos posturais e músculo-esqueléticos; e mais.

Além disso, a exposição demasiada e não monitorada pelos responsáveis pode acarretar tristeza, isolamento social, baixo autoestima, agressividade, solidão e impulsividade.

Há uma variedade de atividades que podem se tornarem vícios para as crianças, como por exemplo, jogos, vídeos e canais do YouTube, busca por curtidas e conhecimento nas redes sociais, compulsão em comprar artefatos que estão em alta e acompanhar as novidades da era digital.

3.2 CYBERBULLYING E VIOLÊNCIA POR TRAZ DAS TELAS

O cyberbullying é um bullying praticado através do ambiente virtual, caracterizado pelo comportamento constante de um indivíduo com a intenção de assustar, intimidar, humilhar, envergonhar, enfurecer ou até mesmo difamar outrem. O propagador do cyberbullying, diferente do bullying praticado pessoalmente, é capaz de conservar-se anônimo, pois geralmente utiliza-se de perfis falsos. Porém, existe a possibilidade desses usuários serem identificados e posteriormente, denunciados e penalizados.

Atitudes como espalhar imagens constrangedoras de alguém ou mentiras na mídia, enviar mensagens de ameaças, se passar por outro indivíduo para praticar qualquer ato maldoso, também configura cyberbullying.

Existem várias maneiras de disseminar a violência, em casos de crimes praticados contra a honra ou crimes de injúria racial, encontramos amparo no Código Penal Brasileiro. Os crimes contra a honra são a calúnia, difamação e injúria, previstos nos artigos 138, 139 e 140 do código penal, respectivamente. Enquanto que a injúria racial, que consiste em ofender a dignidade de alguém com base na sua raça, etnia, cor, religião, idade ou deficiência, possui a pena de reclusão de um a três anos e é tipificado pelo artigo 140, parágrafo 3º do mesmo código.

O delito de injúria racial não se confunde com racismo, que também pode ser praticado na web, e decorre da discriminação, preconceito ou antagonismo contra alguém por pertencer a uma determinada categoria de pessoas. Este está destacado na Lei Nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 em seu artigo 20, §2º.

Uma pesquisa realizada pelo Instituto Ipsos, informou que o Brasil ocupa o segundo lugar no ranking de países com mais casos de cyberbullying. Enquanto que a plataforma online, Cybersmile, noticiou que 60% dos usuários da internet já foram expostos a alguma situação de cyberbullying.

Podemos nos deparar também com outras atrocidades, como o happy slapping, que ocorre quando o agressor ao agir, grava a situação para compartilhar na internet e Stalking que simboliza a perseguição obsessiva e reiterada contra a vítima.

Ao permanecerem sem supervisão com acesso livre à internet, as crianças tanto podem ser vítimas, como também podem ofender ou praticar atos ilegais. A violência online pode afetar mentalmente, fisicamente e emocionalmente.

Quando se deparar com algum ato ilícito no ambiente virtual, os sujeitos podem registrar a ofensa, o que pode ser realizada através do print (Print Screen) e após fazer o registro da ocorrência na Ata Notarial ou autoridade competente. No entanto, apenas a captura de tela da publicação ofensiva, não serve como prova judicial, visto que a mesma pode ser alterada.

É de extrema importância denunciar o cyberbullying e demais violências, mas acima disso é necessário causar redução desse fator, por isso devem sempre sejam cuidadosos ao dizer ou compartilhar algum conteúdo na web.

3.3 ACESSO A CONTEÚDO E VIOLÊNCIA SEXUAL

As crianças e adolescentes, ao adentrarem no ambiente online, estão suscetíveis à erotização precoce, além de riscos em relação a exploração, violência e abuso sexual, grooming, sexting, sextorsão, pedofilia e assédio.

O abuso e a exploração sexual infanto-juvenil são os atos praticados pela pessoa que visa satisfazer seu desejo sexual usando crianças e adolescentes, é qualquer ação de natureza erótica a buscar o prazer com os indivíduos citados.

A pedofilia na internet, que é um transtorno de preferencia sexual, consiste em produzir, compartilhar, adquirir, vender, guardar pornografia infantil. A pornografia infantil é qualquer apresentação de crianças e adolescentes envolvida com atividades sexuais.

O termo “grooming” representa as estratégias que um adulto utiliza para adquirir a confiança dos menores através da internet, com o intuito de abusar ou explorar sexualmente das mesmas.

Já o “sexting” é a autoprodução de imagens sexuais, com a troca de imagens ou vídeos com conteúdo sexual, por meio da web, como mensagens e redes sociais. Também pode ser considerado como uma forma de assédio sexual em que uma criança e um adolescente são pressionados a enviar uma foto para o parceiro, que a propaga sem o seu consentimento

A “sextorsão” é a chantagem realizada por meio de mensagens intimidadoras que ameaça espalhar imagens sexuais ou vídeos feitos pelos menores.

De acordo com a Safer Net Brasil, em 2018 o Brasil registrou 133.732 queixas de crimes virtuais, o principal delito foi pornografia infantil. Uma pesquisa do New York Times em 2019, constatou que empresas de tecnologia anotaram mais de 5 milhões de fotos e vídeos online de crianças vítimas de abuso sexual. (GOVERNO FEDERAL, 2020).

As ameaças citadas são crimes, possuem respaldo nos artigos 240 ao 241-E do ECA e 218-C do Código Penal. O Decreto Nº 5.007, de 8 de março de 2004 promulgou o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança e também aborda aos delitos referente à venda de crianças, à prostituição e à pornografia infantil.

4.DO ABANDONO DIGITAL NO AMBITO JURÍDICO

4.1 DOS DIREITOS E GARANTIAS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Há uma grande concentração de leis voltadas para as crianças e adolescentes em nosso ordenamento jurídico visando sua proteção, que impõe aos pais e Estado o poder e dever de zelar pelas mesmas. A Constituição Federal, além de dispor dos direitos fundamentais em seu art. 5º, assentou o art. 227 que ordena:

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.

Em complementação, o Estatuto da Criança e do Adolescente que é umas das mais importantes fontes, pondera que:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

[...]

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

[...]

Art. 70. É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.

A doutrina reconhece que as crianças devem receber atenção especial para viverem de forma digna e segura e estarem aptas a contemplarem o futuro sendo cidadãos corretos. As ameaças que atingem os jovens na internet têm amparo legal para não ocorrer, sendo dever de todos buscarem a efetivação dessas garantias, em todos os ambientes, incluindo o digital.

4.2 DEVER E RESPONSABILIDADE DOS PAIS

Os pais são os principais responsáveis pela prole, como a própria Constituição Federal aborda, é papel dos mesmos zelar, sustentar e prover a proteção integral. A eles, incubem o papel do poder de família, de determinarem formas para a realização da educação dos filhos, impondo-lhes limites e instruindo sobre suas responsabilidades e deveres. Maria Helena Diniz ressalta que:

O Poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado,

exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e proteção dos filhos. (DINIZ, 2007, P.514).

O vínculo paterno-filial é retratado pelo Código Civil (BRASIL, 2022)

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Os deveres da autoridade paternal abrangem o mundo físico e digital, os pais devem assegurar os direitos e educação nos dois ambientes. A Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 que versa sobre os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, aponta que:

Art. 29. O usuário terá a opção de livre escolha na utilização de programa de computador em seu terminal para exercício do controle parental de conteúdo entendido por ele como impróprio a seus filhos menores, desde que respeitados os princípios desta Lei e da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2014).

Diante da legislação analisada, é compreensível que os pais é quem devem supervisionar os filhos na web, e empenhar-se em proteger os mesmos para que não sejam vítimas ou propagadores dos malefícios e delitos expostos no cyberspaço.

Nos casos em que a criança e adolescente pratica atos em desconformidade com a legislação, os pais podem responder por seus atos civilmente conforme preceitua o art. 932, do Código Civil "São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia" (BRASIL, 2002).

Nessa perspectiva, Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 57), afirmam que a responsabilidade civil pode ser classificada em subjetiva e objetiva. A responsabilidade subjetiva acontece quando o agente atua com negligência ou imprudência, e quando não é necessária a caracterização de culpa, pode-se indicar a responsabilidade civil objetiva.

O art. 98, do ECA, tem ligação com a negligência, quando os genitores são omissos em relação ao seu dever de cuidar dos pequenos que estão sobre seu encargo, podem sofrer sanções em decorrência da previsão das medidas protetivas. O referido artigo dispõe que:

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

- I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
- II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
- III - em razão de sua conduta.

Além das responsabilidades na esfera civil, pode ocorrer o apuramento dos fatos relacionados ao abandono digital na esfera penal. O Código Penal aborda sobre os crimes contra assistência familiar em seu capítulo III, imputando os pais sobre abandono material e intelectual, nos artigos 244 a 247.

4.3 RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Diante de todas as consequências negativas geradas pelo abandono virtual em decorrer da negligência dos genitores, é necessário a intervenção estatal na expectativa de amenizar os impactos e proteger as crianças e adolescentes de perigos maiores, podendo inclusive ocorrer a alteração familiar.

O Estado supre essa demanda a partir do princípio da proteção integral da criança e do adolescente.

4.4 PRÁTICAS DELITIVAS PELOS MENORES DE IDADE

Percebe-se que existe uma falsa compreensão de que as crianças e adolescentes não praticam crimes, ou que seus atos não são puníveis até completarem dezoito anos. Pode-se concluir que essa ideia surge por ocorrer fatos específicos envolvendo impunidade, que é a exclusão da punibilidade.

Os menores mencionados, que ainda estão em fase de desenvolvimento físico e intelectual possuem garantias jurídicas, pois não possuem total discernimento e podem portar dificuldades para entenderem seus direitos e obrigações, sendo possível em alguns casos, seus pais serem responsáveis civilmente por seus atos.

A inimputabilidade, que consiste na isenção de pena em razão de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, que no tempo da ação ou omissão não era capaz de entender o caráter ilícito do fato, tem respaldo legal no art. 228 da Constituição Federal, no art. 104 do ECA e no art. 27 do Código Penal, que em síntese, dispõem que são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos.

Apesar da previsão da inimputabilidade, os indivíduos não estão isentos de responsabilidades. O Estatuto da Criança e do Adolescente também prevê que as condutas ilegais praticadas por menores são classificadas como Atos Infracionais. O Art. 103 do ECA, diz que "considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal". Adiante, o art. 105 traz "Ao ato infracional praticado por criança corresponderam às medidas previstas no art. 101" (BRASIL, 1996).

É notório que os jovens podem ser vítimas ou serem os próprios autores dos crimes praticados no ambiente virtual sem supervisão. Quando são agentes propagadores de ilicitudes, estão praticando atos infracionais, com isso, há a possibilidade da aplicação de medidas socioeducativas, que são parâmetros de natureza jurídica com finalidade repressiva e pedagógica para inibir a reincidência dos erros dos infanto-juvenis e estão previstas no art. 112 do ECA.

5.CONCLUSÃO

Com o mundo cada vez mais conectado e tecnológico, as crianças e adolescentes permanecem vulneráveis aos crimes cibernéticos e demais problemas acarretados pelo abandono digital.

No decorrer do trabalho ficou evidente que os principais responsáveis pelos filhos, são os próprios pais, principalmente na internet. Infelizmente, estes as vezes sobrecarregados ou com afazeres externos, não exercem seu dever conforme preceituado na legislação e permitem que as proles naveguem na web por demasiado tempo sem supervisão, não percebendo os efeitos maléficos que estão contraindo.

Dentre os mais variados tipos de problemas que analisamos, alguns são considerados crimes e são punidos conforme a legislação brasileira, tanto na esfera civil como penal. Ainda assim, se faz necessário aprimorar a área de estudo no âmbito jurídico, inclusive uma avaliação do direito digital sobre diversos empecilhos que a internet ocasiona.

Outro fator importante é dar ênfase nos parâmetros destacados pelo Comitê dos Direitos das Crianças da ONU. O mesmo cita medidas para melhorias que podem ser aplicadas à temática abordada, como desenvolver e fortalecer programas para prevenção de violações dos direitos das crianças no ambiente virtual; prover as crianças informações adequadas sobre o uso seguro das mídias digitais; adotar medidas adequadas para proteção de crianças contra conteúdos violentos, inapropriados e outros riscos; assegurar canais efetivos de denúncias; promover treinamento adequado e contínuo para os aplicadores das leis e pessoas que trabalham com crianças; fortalecimento da identificação das vítimas, bem como a detecção, investigação, julgamento e punição dos responsáveis pelas violações; fortalecimento das iniciativas já existentes no combate às violações de direitos de crianças e adolescentes no ambiente virtual além de intensificar as demais

medidas que já se encontram em andamento com a finalidade de proteger as crianças e adolescentes.

Além da intervenção do poder judiciário, Estado e demais autoridades na causa do abandono digital, é notório que a prevenção deve começar dentro do âmbito familiar com os mínimos detalhes, como por exemplo, o bom convívio familiar, a interação das crianças com os amigos e demais parentes, levando-se em conta a afetividade. Os pais precisam ter bom senso e serem aptos a dispor maior importância para a rotina dos filhos, exercendo o poder familiar em interesse dos filhos, fazendo jus ao princípio da proteção integral, a fim de minimizar os impactos negativos.

É de suma importância à propagação da informação em massa sobre as principais violências contra crianças e adolescentes na rede, os problemas físicos e psicológicos e os meios alternativos para o enfrentamento do abandono digital.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Disponível em: jusbrasil.com.br>. Acesso em: 20/03/2022.

AZEVEDO, Rayane. **Abandono digital e a responsabilização dos pais frente aos efeitos nocivos ocasionados pelo excesso no uso do ambiente virtual**. Disponível em: conteudojuridico.com.br. Acesso em: 10/04/2022.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: planalto.gov.br. Acesso em: 29/03/2022.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: planalto.com.br. Acesso em> 16/04/2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: planalto.gov.br. Acesso em: 15/04/2022.

BRASIL. **Lei Nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Disponível em: planalto.gov.br. Acesso em: 10/05/2022.

BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: planalto.gov.br. Acesso em: 15/04/2022.

CORRAL, Alaéz Benito. **Minoría de edad y derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2004.

DADOS RELACIONADOS AO USO DA TECNOLOGIA NA INFANCIA. Disponível em: <https://happycodeschool/.com/blog/tecnologia-na-infancia-2/>. Acesso em: 20/05/2022.

DILL, Michele Amaral. **A importância do papel dos pais no desenvolvimento dos filhos e a responsabilidade civil por abandono**. Disponível em: [https://ibdfam.org.br/artigos/703/A+import%C3%A2ncia+do+papel+dos+pais+no+dese+nvolvimento+dos+filhos+e+a+responsabilidade+civil+por+abandono%3E.%20Acesso%20em%20:%2028.Nov.2020#:~:text=Art.,as%20determina%C3%A7%C3%B5es%20judiciais%20\(NR\)](https://ibdfam.org.br/artigos/703/A+import%C3%A2ncia+do+papel+dos+pais+no+dese+nvolvimento+dos+filhos+e+a+responsabilidade+civil+por+abandono%3E.%20Acesso%20em%20:%2028.Nov.2020#:~:text=Art.,as%20determina%C3%A7%C3%B5es%20judiciais%20(NR).). Acesso em: 01/05/2022.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, 5º Vol. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil** - volume 3. 12. ed. rev e atual. São Paulo, Saraiva, 2014.

HARTUNG, Pedro. **A violação dos direitos de crianças e adolescentes na internet**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/55a-legislatura/cpi-crimes-ciberneticos/documentos/audiencias-publicas/audiencia-publica-08-09.15/apresentacao-pedro-affonso-duarte-hartung>. Acesso em: 11/05/2022.

HISTÓRIA DOS DIREITOS DA CRIANÇA NO BRASIL E NO MUNDO. Disponível em: unicef.org. Acesso em: 20/03/2022.

HORA, Maria Tereza Targino. **A responsabilidade civil dos pais à luz da da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: conteudojuridico.com.br. Acesso em: 10/05/2022.

KLUNK, Patrícia. **O abandono digital de crianças e adolescentes e suas implicações jurídicas**. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2020/04/patricia_klunck.pdf. Acesso em: 29/04/2022.

MACIEL, K. R. F. L. (coord.), **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

MARCELINO, Ueslei. **Cyberbullying: o que é e como pará-lo?** Disponível em: unicef.org. Acesso em: 07/05/2022.

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. **Exposição de crianças e adolescentes na internet ocupa a 5º posição no ranking do disque 100.** Disponível em: gov.com.br. Acesso em: 01/05/2022.

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. **Saiba quais os riscos as crianças e adolescentes estão expostas na internet.** Disponível em: gov.com.br. Acesso em 15/04/2022.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. **O que é abuso e exploração infanto-juvenil?** <https://www.mpsc.mp.br/combate-a-violencia-e-a-exploracao-sexual-infanto-juvenil/o-que-e-abuso-e-exploracao-sexual-infantojuvenil> Disponível em: Acesso em: 10/05/2022.

PESQUISA TIC KIDS ONLINE BRASIL 2020. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20211124195342/resumo_executivo_tic_kids_online_2020.pdf. Acesso em: 13/04/2022.

PRÁTICAS DELITIVAS NA INTERNET: **É possível responsabilizar o menor infrator?** Disponível em: jusbrasil.com.br/artigos. Acesso em: 15/05/2022.

SAFER NET. **Denúncias de pornografia infantil cresceram 33,45% em 2021.** Disponível em: safer.et.org.br. Acesso em: 20/04/2022.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA. SBP faz alerta sobre o uso saudável da tecnologia durante pandemia e possível aumento da "dependência virtual" em crianças e adolescentes. Disponível em: <https://www.sbp.com.br/imprensa/detalhe/nid/sbp-faz-alerta-sobre-o-uso-saudavel-da-tecnologia-durante-pandemia-e-possivel-aumento-da-dependencia-virtual-em-criancas-e-adolescentes/>. Acesso em: 01/05/2022.

O CASO COLINA - MANDADO DE PRISÃO VÁLIDO E EXECUÇÃO DA PRISÃO REVOGADA POR VÍCIO FORMAL: O QUE FAZER?

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 na pós – graduação do Unisal.

MARCELO VIEIRA CAVALCANTE¹¹⁰

(coautor)

Em um caso concreto, o E. Juízo Cível de Colina/SP expediu regularmente Mandado de Prisão Civil por débito injustificado de alimentos contra um indivíduo. A Polícia Civil cumpriu a ordem de prisão, mas não constou seja na Certidão de Cumprimento, seja no Boletim de Ocorrência respectivo, a devida ciência ao preso sobre seus direitos constitucionais (direito de advogado, preservação da integridade física, nome do executor da prisão, comunicação de familiares, direito ao silêncio). Assim também não consta que o preso tenha sido submetido a exame de corpo de delito cautelar.

Instado a manifestar-se, o representante do Ministério Público do Plantão Judiciário da Comarca de Barretos se insurgiu contra a execução da prisão, embora reconhecendo que a ordem judicial estava formalmente impecável. Pleiteou então o relaxamento da prisão, sendo acompanhado em suas razões, sem outros argumentos aditivos, pela Defensoria Pública.

Por fim, o Juiz Plantonista de Barretos acatou as motivações do Ministério Público e Defensoria, determinando o relaxamento da prisão por vício formal em sua execução pela Polícia Civil, com a consequente soltura do preso. Frise-se que também o magistrado reputou o mandado de prisão formalmente em ordem.

¹¹⁰ Delegado de Polícia do Estado de São Paulo, Pós -Graduado em Direito Público, Professor da Academia de Polícia do Estado de São Paulo em Processo Penal, Coordenador da Unidade da Acadepol/SP de Ensino e Pesquisa de São José dos Campos - Deinter 1.

A proposta neste ensaio é aferir os desdobramentos da presente decisão à luz do “decisum” judicial. Como a decisão se apresentou em um final de semana e nos finais de semana encontra-se dispensada, excepcionalmente, a realização de audiência de custódia, tendo em vista o provimento número 2651 de 2022 do Egrégio Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o artigo 2º, parágrafo 2º, do Provimento Conjunto de número 52 de 2022 da Presidência e Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e os artigos 8º e 8º - A da Recomendação número 62 de 2020 do Conselho Nacional de Justiça, por consequência é fato que o “preso” se encontra em uma Unidade Policial aguardando a decisão judicial. Caberá aos agentes da Unidade o devido cumprimento da ordem judicial, no caso concreto, em face do relaxamento da prisão, o cumprimento do alvará de soltura.

Uma dúvida pode surgir nesse imbróglio.

Como deve agir a Autoridade Policial responsável pela Cadeia Pública ao receber o respectivo Alvará de Soltura que invalida a execução da prisão, mas corrobora a legalidade da ordem que a ensejou? Será que se deve proceder à soltura do preso, devolvendo o Mandado de Prisão à Autoridade Judicial expedidora e esperando nova ordem? Esta dúvida não surgiria se estivessemos falando do relaxamento de uma prisão em flagrante. Neste caso dúvidas não existiriam uma vez que com o relaxamento da prisão desaparece a força da prisão em flagrante e assim não havendo outros processos impeditivos a colocação em liberdade é caminho natural.

Voltamos a registrar, todos estes questionamentos, surgem na apreciação judicial (Audiência de Custódia) dos Mandados de Prisão Cautelares e Definitivos cumpridos. Esta divergência não se apresenta, na apreciação judicial dos Autos de Prisão em Flagrante, realizados pelas Autoridades Administrativas, uma vez que se fulminados (em razão de algum vício) desaparece a prisão. Se o Juízo desejar, neste caso, a manutenção da prisão, decretará a Prisão Preventiva (havendo os requisitos previstos nos artigos 311 e seguintes do Código de Processo Penal). Diferente é na apreciação, em audiência de custódia, dos cumprimentos dos Mandados de Prisão decorrentes de Medidas Cautelares ou Definitivas. Havendo vícios na formalização do registro este relaxamento não fulmina a ordem judicial existente.

Parece-nos, portanto, inviável esse procedimento de soltura e aguardo de nova ordem com relação ao caso concreto em estudo. Resta claro e evidente que nem Ministério Público, nem Defensoria se manifestaram contra a *ordem de prisão*, mas tão somente contra a forma como foi executada. No mesmo diapasão vem a decisão judicial respectiva, relaxando a prisão, mas não invalidando o mandado correlato. Nem poderia um Juiz de Plantão invalidar uma ordem de prisão de outro Juiz de primeiro grau que era o competente para decidir sobre a expedição ou não do mandado. Isso porque se assim

agisse, o Juiz Plantonista praticaria o que se convencionou chamar de “*supressão de instância*”. O Juiz Plantonista não é órgão revisor (recursal) das decisões do colega de mesmo piso de outra comarca ou de qualquer outro magistrado. Não obstante, não é possível alegar que não caberia o relaxamento ao Juiz Plantonista, mas tão somente regularizar a situação. Embora o Código de Processo Penal trate do “relaxamento” apenas quando regula a Prisão em Flagrante (artigo 310, I, CPP), a Constituição determina expressamente que *toda prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária* (artigo 5º., LXV, CF). Obviamente a norma constitucional não é restritiva e subordina as regras do Código de Processo Penal, não o contrário. A ilegalidade da prisão que leva ao seu necessário relaxamento pelo magistrado não se reduz à Prisão em Flagrante, mas se estende a *qualquer prisão ilegal*. Dessa forma, o Juiz agiu corretamente, relaxando a prisão e mandando soltar o preso. Não somente agiu corretamente; ele era *obrigado constitucional e legalmente a assim agir* em uma visão conglobante do ordenamento jurídico. A questão a ser devidamente compreendida são os limites impostos pela situação de fato, quando ao magistrado de plantão não era dado tornar a ordem judicial de outro juiz inválida. Se fizesse isso, incorreria em grave irregularidade, violando regras de competência e a proibição de supressão de instâncias. Mas, não foi o que aconteceu.

Obviamente também não caberia ao Delegado de Polícia que receba o Alvará respectivo desconsiderar a existência de ordem de prisão válida. Ora, se o Juiz Plantonista não é órgão revisor de outro magistrado, muito menos o seria o Delegado.

Assim sendo, a ordem judicial de prisão se acha incólume. A Autoridade que receber a determinação de relaxamento deve, portanto, dar cumprimento ao Alvará de Soltura e, em seguida, em atenção ao jargão dos despachos de cumprimento de alvarás de soltura (“se por al. não estiver preso”), dar novamente cumprimento à ordem de prisão, agora observando todas as formalidades e cautelas legais e constitucionais apontadas como faltantes pelo Ministério Público, Defensoria Pública e Judiciário. Então será feita uma certidão pelo funcionário responsável, constando que deu o devido cumprimento ao Alvará de Soltura, mas que deixou de colocar o preso em liberdade, tendo em vista a existência de ordem válida de prisão, a qual foi cumprida com as formalidades legais. Em seguida todos os atos deverão ser comunicados tanto ao Plantão Judiciário, como ao E. Juízo que expediu corretamente a ordem de prisão.

Em havendo nesse dia a possibilidade de audiência de custódia, esta deverá ser cumprida normalmente com todas as suas formalidades, ocasião em que certamente a prisão deverá ser mantida por ausência de vícios. É evidente que os dias em que esteve preso o indivíduo deverão ser objeto de detração com relação ao prazo assinado pelo Juiz

emissor da ordem, não importando se a prisão era irregular por questões formais. Nesse passo, o preso não pode ser prejudicado por um erro estatal.

Cabe ainda ao preso o direito de pleitear indenização do Estado por prisão ilegal, sendo a responsabilidade civil estatal objetiva e respondendo seus agentes somente a título de culpa ou dolo. No caso concreto, seria possível, em tese, ocorrer direito de regresso contra a Autoridade Policial, tendo em vista reconhecimento de negligência (culpa) quanto ao primeiro ato de cumprimento da ordem judicial. Entretanto, isso é apenas uma possibilidade de ação, sendo de se lembrar que não se deve confundir o direito de ação com o direito material discutido. No caso enfocado, embora tenha ocorrido a prisão ilegal, não parece ser possível apontar um efetivo prejuízo material e/ou moral ao detido. Afinal, a ordem de prisão existia e era regular, ele deveria mesmo ser preso, bem como não haverá prejuízo quanto ao tempo de encarceramento, tendo em vista a necessária detração. Parece assim que há, em tese, direito de ação, mas não existe fundamento para acatar o pedido sob o prisma material. Nem mesmo a responsabilidade objetiva do Estado, afasta a necessidade de comprovação do dano (material ou moral), bem como de seu nexos de causalidade com o ato praticado pelo órgão público. Também não se caracterizaria de forma alguma crime de Abuso de Autoridade, uma vez que todas as figuras constantes da Lei 13.869/19 são dolosas e até mais que isso, exigem dolo específico previsto no artigo 1º., § 1º., da lei de regência. A única responsabilização possível seria a do servidor público na seara administrativa, considerando a falta do devido cuidado no cumprimento das normas legais e regulamentares, tudo dependendo, porém, de uma avaliação das circunstâncias e do devido processo administrativo – disciplinar com ampla defesa e contraditório.

Importante de se ressaltar que este “ensaio” não tem o condão de indicar qualquer crítica à decisão formulada no caso concreto. Juízes de Direito e Delegados de Polícia, algumas vezes aquele e todas as vezes estes, são chamados a decidir imediatamente sem margens para pedidos de vista ou estudos mais aprofundados. Questão apresentada decisão tomada! Quantas vezes leis ingressam no ordenamento jurídico (data da sua publicação) e lá estão os Delegados de Polícia decidindo ainda de maneira muito provisória. Nas palavras do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Celso de Mello, o Delegado de Polícia “é o primeiro garantidor da Legalidade e da Justiça”. E no exercício desse mister podem haver tropeços, motivados muitas vezes até pela falta de um protocolo mais detalhado ou instruções da administração pública.

Pode parecer que a atuação do Ministério Público, Defensoria Pública e do Judiciário tenha sido algo inócuo em termos práticos, já que o detido continuará preso. No entanto, o efeito da medida é relativo ao controle externo da atividade policial e função de “custus legis” inerente ao Ministério Público, sendo todo o procedimento uma espécie de ação *pedagógica* com o intento de que as formalidades – garantia constitucionalmente

previstas para o cumprimento de Mandados de Prisão sejam devidamente observadas pelas autoridades estatais executivas.

O “Caso Colina” serve de alerta, em especial à Polícia Civil, para reiterar as orientações aos seus Agentes Públicos, quanto aos cuidados nos registros de prisões - captura e criação, em consonância com o Poder Judiciário, dos protocolos de atendimento nos presentes casos. O relaxamento, no “Caso Colina”, era de uma prisão civil de Alimentos, mas poderia ser uma prisão em decorrência de sentença condenatória com trânsito em julgado por crime hediondo.

O ABUSO DO ESTADO E DO SISTEMA JURÍDICO AOS DIREITOS HUMANOS NO LIVRO “CARTADA FINAL”.

LÍVIA AUGUSTA CÉSAR DA SILVA PEREIRA:

Discente do Curso de Bacharelado em Direito –
Centro Universitário Santo Agostinho. ¹¹¹

RAYLLA CARDOSO DO RÊGO MONTEIRO¹¹²

(coautora)

ROSÁLIA MARIA DE CARVALHO MOURÃO¹¹³

(orientadora)

RESUMO: Os Direitos Humanos são uma categoria de direitos básicos e inalienáveis assegurados a todo e qualquer ser humano e aplicados à nível internacional. A Carta Magna propõe direitos e garantias ao indivíduo e à sociedade. O livro de John Grisham busca abordar os abusos cometidos pelo Estado e pelo sistema jurídico diante da narrativa. Em diversos pontos ocorre lesão ao devido processo legal, situação e ineficácia no sistema jurídico com condenações de pessoas inocentes e condenação à pena de morte. Identificar o abuso do estado e do sistema jurídico aos Direitos Humanos no livro “Cartada Final”. O objetivo do trabalho é identificar o abuso do estado e do sistema jurídico aos Direitos Humanos no livro “Cartada Final”. Foi realizado estudo qualitativo com revisão bibliográfica e documental de abordagem dedutiva-dialética sobre Direitos Humanos e selecionadas literaturas para a coleta de dados e análise em livros, livros eletrônicos, artigos científicos e jurisprudências. Com o estudo foi possível concluir que a obra apresenta situações vivenciadas na realidade, uma sociedade plúrima, com postura política determinada ainda vivencia um sistema jurídico violento, lento, preconceituosos e desarmônico, sem garantias para os direitos do indivíduo, principalmente aos desprovidos de recursos sejam financeiros, sociais ou intelectuais.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Nuances da obra. 2.1 O Devido Processo Legal afetado na narrativa. 2.2 Os direitos humanos lesados com a privação de liberdade e o racismo diante

111 Discente do Curso de Bacharelado em Direito – Centro Universitário Santo Agostinho. Email: lacsperreira@gmail.com. Teresina-PI. Contato: (86) 9 9962 8387. Assinante Trimestral

112 Discente do Curso de Bacharelado em Direito – Centro Universitário Santo Agostinho. Email: rayllamontt@gmail.com. Teresina-PI. Contato: (86) 9 9813 3500. Assinante Trimestral

113 Mestre. Docente do Curso de Bacharelado em Direito – Centro Universitário Santo Agostinho. Email: rrosapi@yahoo.com. Teresina-PI. Contato: (86) 9 9838 0006.

da condenação de Quincy Miller. 2.3 Ineficácia do sistema jurídico, os erros judiciários e o impacto da pena de morte para o acusado. 3. Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O sistema punitivo brasileiro está consolidado na Constituição Federal de 1988 (CF/88). A Carta Magna propõe direitos e garantias ao indivíduo e à sociedade, bem como, deveres e punições pelo descumprimento dos seus preceitos. Além disso, o ordenamento jurídico brasileiro ainda é composto por outras leis que possibilitam uma ampla aplicabilidade. Contudo, essa prática muitas vezes é interpretativa, deixando margem para má apreciação da situação, bem como situações que possam envolver corrupção (LEAL; SILVA, 2014).

As penas no Brasil têm aplicação de forma mais branda se comparada a outros países como Estados Unidos, por exemplo, onde é aplicada pena de morte, a qual é proibida pela Carta Magna brasileira. No cenário atual há um aumento na criminalidade no país e o sistema jurídico vigente dispõe de penas mais leves, falhas nas aplicações das leis e, por diversas vezes, denúncias de que classes mais altas e de maior poder financeiramente, se aproveitam para burlar o sistema. Isso gera na população a sensação de que crimes ficam impunes além de um encandeamento em outros delitos como propinas (MENDES, 2015). No enredo trabalhado no livro de John Grisham é possível ver um exemplo de um negro com dificuldades de provar sua inocência por conta do interesse de pessoas poderosas.

Seguindo essa vertente, nota-se um desequilíbrio no sistema, onde se vê constantemente o dinheiro, classe social e até mesmo a cor da raça fazendo diferença dentro do sistema judicial. Em um país que se intitula democrático e com uma mistura de cultura e raças prevalecente, isso leva ao descrédito da população em relação ao sistema jurídico e sua forma de punição (MENDES, 2015).

Além disso, observa-se um abuso de poder caracterizado pelas vantagens obtidas por agentes da lei em virtude de cargos ou funções ocupadas por eles em detrimentos de terceiros prejudicados. Dessa forma, são deixadas sequelas, muitas vezes irreversíveis, causadas por injustiças, ineficiência pública e corrupções (CAMPOS, 2019).

É observado ainda, uma abordagem a respeito da punibilidade do direito penal, que encontra falhas em alguns aspectos, seja por meio de falta de recursos e investimentos na área investigativa ou pela cultura racista e preconceituosa ainda enraizada na população (CAMPOS, 2019).

Os Direitos Humanos são uma categoria de direitos básicos e inalienáveis assegurados a todo e qualquer ser humano. Tem sua extensão de forma universal e está resguardado através de um documento oficial chamado de Declaração Universal dos Direitos Humanos. O objetivo dessa Declaração é investir na busca pelo ideal comum a ser atingido por todos os povos e em todas as nações, de forma que cada indivíduo e cada órgão da sociedade busque, através meio do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional (ONU, 2008).

O livro em estudo é narrado por um advogado e pastor, Cullen Post. O jurista é um dos fundadores dos Guardiões da Inocência. A associação recebe cartas de prisioneiros que alegam inocência e estão condenados à pena de morte. No total eles já inocentaram oito prisioneiros.

O livro fala do sistema judiciário, racismo no sistema e Direitos Humanos lesados. Quincy é um negro que protagoniza uma das histórias narradas no livro. Ele é preso e julgado injustamente sem provas conclusivas, por um grupo predominantemente branco e isso é potencializado no livro, principalmente por questões racistas. Acusado de matar seu advogado de divórcio, ficou preso por 22 anos de forma injusta. Ao longo da narrativa a investigação, não é realizada, a cena do crime é alterada e um sequência de acontecimentos comprometem o devido processo legal (GRISHAM, 2020).

Infelizmente essa realidade é vivida ainda nos dias atuais, onde se vê diariamente pessoas acusadas e discriminadas por sua cor ou classe social, inclusive pelos próprios membros e agentes da lei, que deveriam ser os primeiros a defender esse tipo de ação (RODAS, 2018; NUZZI, 2020). Diante disso, essa pesquisa busca demonstrar as possibilidades de abusos do Estado e do sistema jurídico através do enredo do livro "Cartada Final".

O livro "Cartada Final" apresenta no seu enredo temas de relevância para o mundo jurídico. A narrativa descreve uma sequência de situações que envolvem o abuso da aplicação das leis do Estado e o preconceito no cerne das instituições, inclusive no meio social relacionadas aos Direitos Humanos.

Foi escrito com uma forte crítica ao Sistema Jurídico Americano, mas sua análise será realizada dentro das leis que abordem o tema de Direitos Humanos como os Tratados Internacionais. Essa conjuntura é possível por ser um livro de ficção. Além disso é uma forma de levar o leitor à uma apreciação do contexto jurídico, pois seus principais temas são vivenciados na prática nos tribunais brasileiros. O suspense ainda dialoga com outros pontos como um sistema de justiça falho, ineficiente, corrupto e uma caso cheio de nuances em busca de soluções.

Foi realizado um estudo qualitativo com revisão bibliográfica e documental de abordagem dedutiva-dialética com abordagem sobre Direitos Humanos. Foram selecionadas literaturas para a coleta de dados e análise o livro “Cartada Final” de John Grisham. Nessa seleção continham livros físicos e eletrônicos, artigos científicos e jurisprudências. Logo após seguiu-se à leitura, fichamento, elaboração de resumo e organização das informações para análise de conteúdo argumentativos.

2. NUANCES DA OBRA

O livro de John Grisham busca abordar os abusos cometidos pelo Estado e pelo sistema jurídico diante da narrativa. Em diversos pontos o devido processo legal não é respeitado e lesa o direito de ser julgado de forma imparcial independente do tribunal; ocorre violação aos direitos humanos, como: direitos fundamentais, racismo, ineficácia no sistema jurídico, condenações de pessoas inocentes sem justa investigação e condenação à pena de morte.

2.1 O Devido Processo Legal afetado na narrativa

A Assembleia Geral da ONU (1948), afirma que toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.

Além disso o documento também ratifica que ninguém será condenado por ações ou omissões que, no momento da sua prática, não constituíam acto delituoso à face do direito interno ou internacional. Do mesmo modo, não será infligida pena mais grave do que a que era aplicável no momento em que o ato delituoso foi cometido (ONU, 1948).

Este preceito está positivado no artigo 5º, inciso LIV, da CF/88 e garante que o indivíduo só será privado de sua liberdade ou terá seus direitos restringidos mediante um devido processo legal. O Poder Judiciário, é responsável por sua execução, por meio de um juiz natural, assegurados o contraditório e a ampla defesa (BRASIL, 1988).

Dentro da narrativa é possível destacar trechos do livro em que há um desrespeito a esse processo. A não execução das etapas proporciona erros encadeados na resolução dos casos apresentados. Além disso em outro trecho o autor apresenta em uma das falas do advogado sobre um dos acusados: “Duke Russell foi condenado numa cidadezinha do interior no fim do mundo, onde metade dos jurados mal sabiam ler e todos acabaram facilmente ludibriados por dois peritos pomposos convocados por Chad” (GRISHAM, 2020, p. 19).

A expressão inglesa “due process of law” tem como tradução “devido processo legal”, porém, “law” significa Direito, e não lei. Portanto o processo deve estar em conformidade com o Direito como um todo, e não apenas em consonância com a lei. Além disso o devido processo legal representa um sobreprincípio, ou princípio-base, que conduz a todos os outros princípios integrados na legislação (DIDIER JÚNIOR, 2011; NEVES, 2011). Portanto, todos os detalhes devem ser observados pela justiça para que não ocorra inconsistências e erros durante um processo.

O artigo 11 da Declaração Universal de Direitos Humanos diz que: “Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”, portanto nota-se que essa norma foi violada desde o momento em que Miller não foi julgado por um processo que assegurasse suas garantias necessárias (ONU, 1948).

O significado dos direitos fundamentais foi amplamente efetivado por meio de uma interpretação do entendimento entre os dispositivos contidos na CF/88 e nas disposições da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Após ser adotada por diversos países, a Convenção permitiu a expansão *sui generis* dos direitos e garantias nela contemplados e, portanto, outorgou expansão normativa das garantias constitucionais processuais. (MENDES, 2011).

Ao se pormenorizar a expressão Devido Processo Legal é possível consolidar que “procedimental” diz respeito especificamente às funções de dizer o direito (jurisdicionais). Por exemplo, para privar alguém de sua liberdade ou bens impõe-se a estrita observância do conjunto de regras que regem essa atividade, isto é, do “devido processo”, daquilo que é considerado justo. Independente da autoridade competente (judicial ou administrativa), todas devem seguir o devido processo conforme afirma a Corte Interamericana de Direitos Humanos (GOMES, 2010). Por vezes é possível observar na narrativa que os profissionais da justiça prejudicam esse processo e provocam obstruções para prejudicar os envolvidos condenados.

O processo é o conjunto de atos que se sucedem visando à solução de um litígio. A sequência desse processo chama-se procedimento. Nele há relação jurídica tríade, da qual participam o juiz, o autor, Ministério Público ou ofendido e o acusado (GOMES, 2010).

Um grande problema do país definido pela Comissão Africana dos Direitos Humanos das Pessoas é que o direito a um julgamento justo envolve o cumprimento de certos critérios objetivos, incluindo o direito ao igual tratamento, direito a defesa por um advogado, especialmente quando o mesmo for chamado por interesse da justiça, bem

como a obrigação dos tribunais e cortes de adequar-se a padrões internacionais a fim de garantir um julgamento justo a todos.

A Comissão também definiu que “o direito a um igual tratamento por uma jurisdição”, especialmente em matéria penal, significa, em primeira instância, que tanto a defesa quanto a acusação terão igual oportunidade de preparar e apresentar seus pleitos e acusação durante o julgamento” (OEA, 2008). Um exemplo possível de citar é a fala do advogado Post, quando ele diz: “O décimo primeiro circuito tem dúvidas sobre um detalhe chamado julgamento justo, então eles estão devolvendo os autos (GRISHAM, 2020, p. 15).

Outra falha no sistema é destacada quando Cullen Post e Quincy Miller respectivamente afirmam:

Libertar Quincy Miller é o nosso objetivo. Encontrar o verdadeiro assassinato não é prioridade. Para termos sucesso, precisamos dismantelar o argumento da acusação. Resolver o crime não é problema nosso, e, depois de 22 anos, pode apostar que não há ninguém trabalhando nisso. Não se trata de um caso que foi arquivado. O estado da Flórida conseguiu uma condenação. A verdade é irrelevante (GRISHAM, 2020, p. 39).

(...)

Meu advogado, Tyler Townsed, tentou conseguir os registros da companhia telefônica, mas a Diana impediu. Ele tentou conseguiu um mandado, mas não tivemos tempo suficiente durante o julgamento. Depois que fui condenado, o juiz não ia expedir o mandado. Nós nunca conseguimos aqueles registros (GRISHAM, 2020, p. 45).

Nota-se um julgamento parcial e já com o acusado previamente condenado, sem chances de defesa, pois o próprio sistema estava corrompido e seus direitos não respeitados pelos que investigam os crimes ao longo do livro.

Em suma, o termo devido processo legal, vai além do aspecto material previsto nos artigos constitucionais. O propósito desse princípio é permitir que atos públicos possam ser regidos pela razoabilidade ou proporcionalidade, incluindo-se nessa exigência primordialmente a lei, que não pode limitar ou privar o indivíduo dos seus direitos fundamentais, sem que haja explicação fundamentada e razão basilar. No princípio fazem

parte não apenas a Constituição Brasileira, mas as normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDIER JÚNIOR, 2011).

2.2 Os direitos humanos lesados com a privação de liberdade e o racismo diante da condenação de Quincy Miller

Os primeiros escritos sobre direitos humanos surgiram ainda no iluminismo e o jusnaturalismo nos séculos XVII e XVIII. Atualmente está positivado por diversas normativas como tratados internacionais e ordenamentos jurídicos (ARAÚJO, 2020).

Matos (2017) afirma que há uma distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos. Dentre seus argumentos que aquele está relacionado ao âmbito interno, já esse é objeto de direito internacional. Independente da diferenciação, ambos têm por objeto direitos imprescritíveis, inalienáveis, igualitários, decorrentes da natureza humana.

Os Direitos Humanos estão diretamente relacionados às necessidades fundamentais da pessoa humana. Todo indivíduo deve ser garantido proteção, respeito, igualdade de condições a partir da premissa de que todos são iguais perante a lei, sem nenhuma modalidade entre quaisquer dos brasileiros (BRASIL, 1988). Ainda relacionado, Matos (2017), afirma que os direitos humanos permitem uma vida digna, com condições adequadas de existência e participação na vida social e comunitária.

A CF/88 estabeleceu direitos fundamentais logo no início de seu texto ao tratar sobre “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, nele incluso os Direitos Humanos. Porém, apesar do Brasil ser um país com regime democrático ainda mantém uma acentuada desigualdade social como um dos problemas que afetam no desenvolvimento das políticas de Direitos Humanos (MATOS, 2017).

No Brasil, em face do disposto no artigo 60, § 4º, IV são considerados direitos humanos os direitos e garantias individuais, bem como os sociais previstos no título II, além dos espalhados ao longo da CF/88. Contudo esses direitos também podem ser adicionados daqueles decorrentes de outros dispositivos decorrentes de Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil seja signatária como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1969) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

Atualmente, os Direitos Humanos tem como referência a Convenção Americana de Direitos Humanos também chamada de Pacto de San José de lá Costa Rica. Apesar de ser data de 22 de novembro de 1969 somente foi firmada internacionalmente em 18 de julho de 1978. O Brasil se tornou signatário em 25 de setembro de 1992 e a positivou através do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

No artigo 1º da Convenção é falado sobre a obrigação de respeitar os direitos. É necessário que os Estados Partes pactuem temáticas como respeitar os direitos e liberdades, garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa sujeita à sua jurisdição, não discriminar por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social (OEA, 2008).

A sua condenação injusta foi arquitetada por Chad Falwright, o típico promotor de justiça de cidade pequena (GRISHAM, 2020, p. 14).

Há 22 anos dentro de uma prisão, onde presumivelmente está protegido do mundo lá fora, e mesmo assim continuar preocupado, é revelador. Keith Russo foi assassinado por um motivo. Alguém que não foi Quincy planejou o homicídio, conseguiu realizá-lo com precisão e em seguida fugiu. (...) Jogaram a culpa num homem inocente. Pessoas inteligentes (...). Encontrá-las pode ser impossível. Mas se eu não acreditasse que somos capazes de provar a inocência de Quincy eu não estaria aqui (GRISHAM, 2020, p. 65).

(...) se ficarem sabendo que ele mandou Duke Russell pra prisão e que este quase foi executado por conta de um assassinato cometido por outra pessoa, pode ser que ele perca alguns votos. Em vez dele tentar atingir um grande objetivo, como encontrar a verdade e desfazer uma injustiça, ele me ataca porque estou tentado provar que ele está errado e libertar um inocente (GRISHAM, 2020, p. 204).

(...) Se o teste descartar Duke Russell, vamos está diante de uma condenação injusta. (...) pois ela foi baseada em análises consideradas não confiáveis. (GRISHAM, 2020, p. 209).

É notório a articulação que envolve pessoas poderosas ao entorno dos contextos do livro. As passagens mostram o quanto os direitos e garantias são lesados e dificultam o acesso à justiça. Além disso também é possível extrair a ideia de que os interesses privados se sobrepõem aos princípios fundamentais inerentes ao indivíduo.

Em seguida a Convenção trata sobre o dever de adotar disposições de direito interno. O exercício dos direitos e liberdades deverá está garantido por disposições legislativas ou de outra natureza e os Estados Partes devem comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições da Convenção, as medidas legislativas ou de

outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades (OEA, 2008).

A Convenção ainda apresenta outros aspectos. A norma determina que toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral e que ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários (OEA, 2008).

Na minha vasta experiência, sei que este é um fardo quase insuportável. Um sistema corrupto o encarcerou, e não existe ninguém lutando contra esse sistema. Seu fardo já é pesado demais por ser inocente, mas ele fica em absoluto desamparo por não ter voz.

Rossi (2018), argumenta sobre a classificação dos Direitos Humanos em gerações ou dimensões. O termo dimensões prevalece para evitar uma compreensão equivocada de que direitos de maior expressão numérica se sobreponha aos demais, visto que toda a abordagem desses direitos deve ser relacionada reciprocamente para uma efetiva concretização do seu intuito primordial.

Ao realizar essa abordagem é possível afirmar que de os primeira dimensão são aqueles relacionados à liberdade do indivíduo, nele inclusos os direitos civil e político, por exemplo. Apresentam característica negativa, isto é, necessita da abstenção do Estado em relação a seu povo (PESTANA, 2017).

Os direitos de segunda dimensão estão ligados os direitos positivos ou de prestação. Esses direitos dizem respeito à titularidade coletiva, apresentam a obrigação na intervenção pelo Estado. Já os direitos de terceira dimensão são possíveis identificar valores à fraternidade ou solidariedade, progresso, meio ambiente, à autodeterminação dos povos, direito de propriedade patrimônio da humanidade e ao direito de comunicação. São considerados transindividuais e sem apresentam apenas em rol exemplificativo (PESTANA, 2017).

O racismo é uma doutrina ou ideologia que defende a existência de hierarquia entre grupos humanos, ou seja, algumas raças são superiores a outras, assim os superiores teriam o direito de explorar e dominar os inferiores. [...] trata-se de um equívoco, pois além das dificuldades de definir uma raça pura, não existem raças superiores, e sim culturas e valores diferentes (ROMANELLI, BOECHAT, 2018).

Diversas falas racistas são apresentadas durante o enredo, a exemplo é possível citar:

A dois quarteirões uma viciada em drogas, chamada de Carrie Holland viu um homem negro fugindo da região. Ele parecia estar carregando um pedaço de madeira ou algo assim, ela não tinha certeza. Quincy

é negro. Seabrook tem população 80% branca, 10% negra e 10% hispânica. Carrie não conseguiu identificar Quincy, mas jurou que ele tinha a mesma altura e a mesma estrutura física do homem que havia visto (GRISHAM, 2020, p. 51).

(...)

O advogado nomeado pelo tribunal para defender Quincy conseguiu mudar o local do julgamento, que acabou sendo realizado no condado vizinho, com uma população 83% branca. Havia uma única pessoa negra no Júri (GRISHAM, 2020, p. 51).

(...)

Se estamos considerando que sua prisão, a denúncia e a condenação formam cautelosamente planejadas para incriminar um homem negro inocente, a gente precisa levar em consideração também que a polícia pressionou a June a dizer que a lanterna pertencia a você (GRISHAM, 2020, p. 62).

(...)

Nos Estados Unidos dos negros, esses espaços (prisões) são utilizados como depósitos para manter as minorias longe das ruas (GRISHAM, 2020, p. 69).

(...)

Os policiais brancos, o promotor branco e o júri branco disseram que ele matou um advogado branco. Mas não foi isso que aconteceu. (GRISHAM, 2020, p. 69).

(...)

Gostamos de dizer que a cor da pele não importa, mas isso nem sempre é verdade. (GRISHAM, 2020, p. 72).

(...)

Um jurado negro salvou sua vida, Caso contrário, ele teria ido direto para o corredor da morte numa época em que a Flórida estava executando a torto e á direita (GRISHAM, 2020, p. 89).

O racismo e a discriminação racial, assim como na narrativa, apresentam-se no cenário atual como desafios para a humanidade. A instrumentalização do racismo, o aumento dos discursos de ódio afeta a paz e a segurança internacional. Além desses fatores, o racismo enfrenta diversos contratempos mesmo com uma sociedade predominantemente negra.

A busca pelos Direitos Humanos, perpassa pela vertente de gerar igualdade social entre os povos, independentemente de cor, classe social ou influência política, pois atitudes contrárias afetam a democracia e impossibilitam a concretização dos direitos (CASTRO JÚNIOR, 2016). Claramente, fica demonstrado no livro o quanto o racismo foi influenciador e determinante na trajetória do personagem, provocou sua condenação e seu encarceramento por mais de duas décadas.

A literatura apresenta algumas descrições dos tipos de racismos existentes. Em destaque é possível argumentar sobre o Racismo Institucional. Essa nomenclatura descreve uma forma de racismo caracterizada pelo tratamento diferenciado entre raças nos mais diversos ambientes, seja no interior de empresas, organizações, associações, grupos, ou instituições congêneres (PELIZZARO, 2018).

No Brasil, embora tenha sido decretada a liberdade dos escravos, não foi observada nenhuma referência jurídica no que diz respeito a distinção de raça e cor, que só foi amparada legalmente em 1951 com a “Lei Afonso Arinos”, em que transformou em contravenção penal a recusa se hospedar, servir, atender ou receber cliente, comprador ou aluno por preconceito de raça ou de cor (GIRARDI, 2020).

Além disso, a CF/88, em seu artigo 4º, VII, apresenta o repúdio ao racismo como um de seus princípios nas relações internacionais. Posteriormente, foi criada a lei nº 7.716 de 05 de janeiro de 1989, que tornou o crime de racismo inafiançável. Além disso, também é imprescritível, ou seja, quem praticou pode ser punido independente de quando cometeu o crime. Portanto, a questão do racismo está entrelaçada na população e ainda desvela suas raízes nos pensamentos e ações da população através de diversos atos.

2.3 Ineficácia do sistema jurídico, os erros judiciários e o impacto da pena de morte para o acusado

“A acusação teve dois meses para responder, então qual motivo da demora? Esses atrasos são injustos e desarrazoados (GRISHAM, 2020, p. 208)”. Essa fala de Post demonstra

o quanto o sistema jurídico apresentado na narrativa e que condenou os acusados era falho, ineficiente e parcial.

A Convenção Americana dos Direitos Humanos intertextualiza os preceitos do princípio do devido processo legal quando diz que toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (MENDES, 2011).

Os juízos não tem prazo correndo para força-los a tomar a decisão e são notoriamente lentos. A maioria dos juízes de segunda instância estaduais e federais, despreza esses casos porque eles se arrastam por décadas (GRISHAM, 2020, p. 210)“.

No Brasil esse prazo razoável está colocado como 24h após a detenção do preso, em caso de prisão em flagrante. Se o flagrante for legal poderá ser homologado e manter prisão preventiva ou domiciliar cautelar, como também poderá decidir por liberdade provisória. Se a prisão foi ilegal, por vício formal ou material a prisão deve ser relaxada (ROSA; LOPES JR., 2019). Em tempo, é possível afirmar que um processo deve transcorrer da forma mais eficaz para que não haja injustiças com acusados que sejam inocentes.

Dentro da eficácia do sistema jurídico é possível abordar o abuso de autoridade, que pode ser conceituado como o ato humano de se prevalecer de cargos para fazer valer vontades particulares. Em relação ao agente público, este atua em confronto com o interesse público, burlando um dos princípios basilares, que finalidade pública (NOVO, 2019). Dentro desse aspecto o enredo apresenta diversas falas que demonstram isso:

A condenação injusta de Duke foi arquitetada por Chad Falwright, o típico promotor de justiça de cidade pequena (GRISHAM, 2020, p. 14)“

(...)

Esse palhaço ganha a vida prestando depoimentos em todo o país, sempre a favor da acusação e por bons honorários. Um outro perito, especialista em pelos e fios de cabelo encontrou 7 fios de pelos pubianos e convenceu o júri de que eram de Duke (GRISHAM, 2020, p. 20)“.

(...)

Dois anos depois, a injustiça da condenação veio à tona. O promotor ocultou provas exculpatórias e apresentou um depoimento falso de um detento dedo-duro. A polícia havia plantado provas e mentido para o júri. Quando o verdadeiro assassinato foi identificado pelo exame de DNA (GRISHAM, 2020, p. 16 e 17)“.

(...)

Quincy abaixa o fone e olha para o teto, como se a pergunta fosse delicada demais. Levanta o fone novamente e pergunta: - você confia nesses interfones, Post ?

É ilegal a prisão espionar conversas confidências entre um advogado e seu cliente, mas isso acontece. Balanço a cabeça. Não.

- Nem eu - diz ele.

- Mas é seguro eu mande uma carta para você, certo?

- Certo.

(GRISHAM, 2020, p. 46)“

Os cidadãos, quase sempre os pobres, diariamente são vítimas de abusos de autoridades. Os direitos são desrespeitados quando: presos ilegalmente, sem terem cometido qualquer crime; revistados sem motivo e com violência; barracos são invadidos por policiais, em busca de marginais que nem se conhece; confissões são exigidas à força, com torturas ou obrigados a testemunhar o que não viram e nem ouviram; policiais prendem em batidas, simplesmente porque não estarem com a Carteira de Trabalho, mesmo que alegue ter outro documento que identifica que são trabalhadores ou que estão desempregados (NOVO, 2019).

A arma do crime jamais foi encontrada. Quincy jurou nunca ter tido uma espingarda, mas sua ex mulher, contou à polícia que achava que ele tinha uma. O caso deu uma guinada duas semanas depois após o assassinato, quando a polícia confiscou o carro dele com mandato de busca e apreensão. No porta-malas encontraram uma lanterna com pequenas manchas de uma substância espalhadas na lente. Presumiram que fosse sangue. Quincy alegou nunca ter tido uma lanterna, mas sua ex-mulher disse que achava que o objeto pertencia a ele (GRISHAM, 2020, p. 50)“.

(...)

A lanterna desapareceu meses antes do julgamento (GRISHAM, 2020, p. 51)“.

(...)

Porra, eles não conseguiram nem trazer uma lanterna para o julgamento (GRISHAM, 2020, p. 62)“.

(...)

A lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019 dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído. É sujeito ativo do crime de abuso de autoridade qualquer agente público, servidor ou não, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território, compreendendo, mas não se limitando a (BRASIL, 2019).

Na minha vasta experiência, sei que este é um fardo quase insuportável. Um sistema corrupto o encarcerou, e não existe ninguém lutando contra esse sistema. Seu fardo já é pesado demais por ser inocente, mas ele fica em absoluto desamparo por não ter voz (GRISHAM, 2020, p. 88)“.

Na sociedade é possível encontrar diversas jurisprudências que demonstram como ocorrem as situações de abusos de poder relacionadas à prisão ilegal.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. PRISÃO ILEGAL. ATO ILÍCITO. ABUSO DE PODER CONFIGURADO. EXISTÊNCIA DE DANO. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.1. Na responsabilidade direta do Estado, a apuração da responsabilidade afasta a necessidade de provar a "culpa" do agente ou da Administração, face a adoção da teoria do risco administrativo pelo ordenamento jurídico vigente, ou seja, afasta a culpa subjetiva, adotando a culpa objetiva. Na hipótese dos autos, diante de todo o conjunto processado, ficou suficientemente demonstrado, que os agentes públicos agiram com excesso ao abordarem o autor, ora apelado, o qual teve violado injustamente o seu individual de liberdade,

ofendendo, assim, seus direitos da personalidade, como, por exemplo, a honra.³ Houve visível ofensa à honra, não se tratando de mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada, constituindo, na verdade, agressão aos direitos da personalidade, geradora de vexame e sofrimento, que interfere intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. A situação não se equipara aos simples incômodos e dissabores cotidianos. 4. No que se refere ao cálculo da correção monetária, no presente caso, deverá¹ observar a regra seguinte: a) no período anterior a 30/06/2009 - data da alteração da Lei nº 9.494/97, pela Lei nº 11.960/09, o INPC (porque previsto no texto original); b) na vigência da Lei 11.960/2009 - 30/06/2009 até 25/03/2015, o Índice Oficial de Atualização Básica da Caderneta de Poupança - TR (artigo 1º-F, da Lei nº 9.494/97, na redação da Lei nº 11.960/09; c) após 25/03/2015, o IPCA-e (em atenção ao que deliberou o STF, modulando os efeitos das ADIs nº 4.357 e nº 4.425). O dies a quo será a data em que cada parcela deveria ter sido paga. 5. Quanto à incidência de juros de mora, assim devem operar-se: a) no período anterior à vigência da Lei nº 11.960/2009 (30/06/09), no percentual de 0,5% a.m.; b) de 30/06/2009 a 25/03/2015, com base na Remuneração Básica da Caderneta de Poupança (artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, na redação da Lei nº 11.960/09), e c) após 26/03/2015, no percentual de 0,5% a.m. (artigo 1º- F da Lei 9.494/97). Tais parcelas deverão incidir a partir da citação válida do apelante, na forma do art. 214, § 1º, do CPC/73, e ainda, os mesmos não devem incidir no período compreendido entre a homologação dos valores devidos e a expedição do precatório, nos termos da Súmula Vinculante nº 17. 6. Honorários reduzidos para o montante de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. Recurso conhecido e parcialmente² provido à unanimidade.

É possível verificar com a descrita jurisprudência que a decisão proferida apresenta abuso cometido pelo Estado frente aos direitos do indivíduo, bem como os transtornos decorrentes da situação.

Outro ponto a ser abordado é a pena de morte é a condenação à morte de alguém que cometeu um crime. Essa conjuntura é falada desde ao longo dos séculos em diversas culturas de diversas regiões no mundo. O intuito de fortalecer essa prática entre os povos era desestimular a execução dos mais diversos crimes (PANONT; MOURA, 2019).

Dentro do contexto histórico sobre pena de morte a execução era realizada em um intervalo de tempo curto, além disso deveria ocorrer em cerimônia pública e provocar o máximo de sofrimento ao condenado. A ideia de gerar esse espetáculo era aterrorizar a toda população para que não cometessem o mesmo delito. Existiam as mais diversas formas de executar as penas de morte, poderiam ocorrer por enforcamento, garrote, degola, desmembramento, guilhotina ou fogueira (PANONT; MOURA, 2019).

O livro apresenta esse cenário na seguinte passagem:

Sua contagem regressiva ainda não era relevante para o jornalismo nacional. Cada um dos estados nos quais a pena de morte é aplicada tem seus próprios rituais idiotas, criados para acrescentar o máximo de dramaticidade possível no momento da execução (GRISHAM, 2020, p. 10).

Com o passar dos anos e aumento das tecnologias surgiram as armas, como a espingarda. As forças armadas começaram assim a adotar práticas de fuzilamento que aos poucos foram incorporadas pela justiça comum. Já no século XX, com o surgimento da eletricidade, inicia-se uma nova era na forma de execução, a cadeira elétrica (PANONT; MOURA, 2019).

Atualmente, o contexto da pena de morte preza pela humanização principalmente porque há uma relação direta com Direitos Humanos. Contudo, mesmo com todas as repercussões que esse tema provoca na sociedade ainda há exemplos de execuções que ocorrem com erros na administração. A exemplo é possível citar casos americanos em que supervisão do suprimento de drogas de forma inadequada levaram a problemas nas duas últimas execuções do estado de Oklahoma no Estados Unidos, como mostrado na reportagem no site G1, no dia 28 de outubro de 2021.

Além disso durante o cumprimento de pena até a execução ocorre uma oscilação de humor no detendo como retratado no seguinte trecho:

(...) O humor dele tem oscilado da raiva absoluta para depressão profunda. A prisão é um pesadelo mesmo para aqueles que, de algum modo merecem estar lá. Para aqueles que não merecem, manter um grau de sanidade mental é uma luta diária. (...) a situação é literalmente enlouquecedora (GRISHAM, 2020, p. 10)".

Para o Brasil é inviável do ponto de vista jurídico, a prática da pena de morte. Isso porque, a Constituição Brasileira protege o direito à vida e a considera como um direito

fundamental, constituindo-se como cláusula pétrea. Destarte, não há previsão da pena de morte como pena comum adotada pelo sistema penal brasileiro, a exceção poderá ocorrer apenas em caso de guerra declarada, como é dito no art. 5º, XLVII da CF/88.

Certamente, há controvérsias nas questões relacionadas à pena de morte últimos tempos. Entre opiniões contra e a favor é possível desvelar alguns argumentos que alegam a possibilidade da pena de morte prevenir a criminalidade que atualmente atenta contra a vida e a liberdade dos cidadãos. Infelizmente, o Brasil perpassa a ideia de impunidade do ordenamento jurídico e isso enfatiza essa assertiva. Destarte, alegam que a pena de morte seria útil, pois intimidaria o cometimento de ilícitos e reduziria a população carcerária brasileira (ALVARENGA, 2014).

Um outro segmento da população é contra a aplicação da pena. Com embasamento essa parte da sociedade relaciona a carga ideológica massiva que é capaz de gerar verdadeiras fissuras de valores sociais, situações que não são buscadas pelo Direito, mas que alcança através da desvalorização indireta do ser humano. Outrossim, o sistema judiciário está suscetível a equívocos na execução de um condenado e, portanto, geraria um risco irreparável numa condenação errada e injusta (BECCARIA, 2012).

Apesar da humanização do direito penal, e que não ser adota no sistema jurídico brasileiro, a pena de morte ainda é aplicada em diversos países. Outro fator desestimulador são os altos custos desse sistema, contrário ao que muitos pensam, a pena de morte não gera custos mínimos ao Estado. Além disso os estudos não apresentam resultados de que essa prática possui maior efeito de intimidação do que as penas privativas de liberdade, pode resultar em fissuras na moral e na ética da sociedade e ainda não apresenta eficácia concretamente provada (ALVARENGA, 2014).

2. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito tem por finalidade precípua promover a justiça social e garantir que os direitos inerentes ao cidadão sejam aplicados. Possui características que regulam as ações e devem ser adotadas para que não contamine e invalide o processo. Fica nítido que a obra gera uma crítica social a partir de uma perspectiva dos direitos humanos lesados, com personagens vivenciando um sistema corrupto, ineficiente e racista.

Foi possível ainda relacionar com as leis, normas e doutrinas o quanto o sistema jurídico ainda é falho e perpassa situações desgastantes e injustas, dessa forma a obra desencadeiam no leitor uma insatisfação diante de injustiças sociais e preconceitos

A conexão entre o direito e a literatura na obra possibilitaram demonstrar ao leitor realidades que são vivenciadas pelo indivíduo, problemas sociais que perpassam o tempo

e permanecem como dilemas. Além disso ao longo da obra foi possível observar os abusos do Estado e do Sistema Jurídico em relação aos Direitos Humanos.

Destarte, ainda vivemos numa sociedade com características plúrimas, com postura política determinada ainda vivencia um sistema jurídico violento, lento, preconceituosos e desarmônico, sem garantias para os direitos do indivíduo, principalmente aos desprovidos de recursos sejam financeiros, sociais ou intelectuais. Portanto, busca-se um apoderamento entre indivíduos e estado.

À vista disso a obra permite uma reflexão sobre o sistema judiciário atual, os bens tutelados e as normas que devem ser respeitados e assegurados para permitir que o princípio da dignidade da pessoa humana possa alcançar a todo e qualquer indivíduo.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, R. Z. Direitos Humanos e Direitos fundamentais. **Revista Prática Jurídica**, v. XIII, n. 153, dez., 2014. Disponível em: Acesso em: 15 out. 2021.

ARAÚJO, F. V. Direitos humanos e conteúdo de História: relações possíveis a partir das perspectivas de professores. **Revista de História e Ensino**, v. 9, n. 17, ano 2020. Disponível em: Acesso em: 09 set. 2021

BECCARIA, C. **Dos Delitos e das Penas (1764)**. Versão para eBook. São Paulo: Editora Hunter Books, 2012.

BRASIL. **Lei 13.869 de 05 de setembro de 2019**. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: 16 out. de 2021.

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

CAMPOS, R. P. P. A crise de credibilidade no sistema de Justiça brasileiro. A crise de credibilidade no sistema de Justiça brasileiro. **Revista Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-06/mp-debate-crise-credibilidade-sistema-justica-brasileiro>. Acesso em: 09 set. 2021.

CASTRO JÚNIOR, O. A. Os direitos humanos no Brasil e a sua garantia através dos instrumentos processuais constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33 n. 130, p. 83-97, abr./jun. 2016. Disponível em: Acesso em: 15 out. 2021.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. v. 1.

G1. **Oklahoma executa 1º condenado a morte em seis anos; procedimento com injeção letal foi questionado após falhas**. Rio de Janeiro, 28 de outubro de 2021. Disponível em: Acesso em: 30 out. 2021.

GIRARDI, Y. **Primeira lei antirracismo do Brasil completa 70 anos**. Jornal do Comércio. Disponível em: https://www.jornaldocomercio.com/conteudo/especiais/jornal_da_lei/2020/07/747205-primeira-lei-antirracismo-do-brasil-completa-70-anos.html. Acesso em: 22 out. 2021.

GOMES, L. F. Novo CPP e o devido processo legal, constitucional e internacional. **Revista JusBrasil**, 2010. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121918040/novo-cpp-e-o-devido-processo-legal-constitucional-e-internacional-3-4>. Acesso em: 16 out. de 2021.

GRISHAM, J. **Cartada Final**. Editora Arqueiro. Ed. 1. Ano, 2020.

LEAL, R. G.; SILVA, I. S. As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea. **EDUNISC**, Santa Cruz do Sul, 2014. Disponível em: https://www.unisc.br/editora/as_multiplas_faces_red.pdf. Acesso em: 06 set. 2021.

MATOS, R. A. Os direitos fundamentais nas Constituições brasileiras com ênfase na Constituição Federal de 1988. **Revista Jus Navigandi**, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57926/os-direitos-fundamentais-nas-constituicoes-brasileiras-com-enfase-na-constituicao-federal-de-1988>. Acesso em: 06 set. 2021.

MENDES, G. F. Segurança Pública e Justiça Criminal. OBSERVATÓRIO CONSTITUCIONAL. **Revista Consultor Jurídico**, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-04/observatorio-constitucional-seguranca-publica-justica-criminal>. Acesso em: 10 set. 2021.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. São Paulo, 6. ed. Saraiva, 2011. p. 434.

NEVES, D. A. A. **Manual de direito processual civil**: volume único. São Paulo, 3. ed. Método, 2011.

NOVO, B. N. Abuso de autoridade: caracterização. **Direito Net**, 2019. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11251/Abuso-de-autoridade-caracterizacao>. Acesso em: 15 out. 2021.

NUZZI, V. Racismo no Judiciário reflete senso comum e 'imaginário' brasileiro. **Rede Brasil. Atual**, 2020. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2020/09/racismo-no-judiciario-reflete-senso-comum-e-imaginario-brasileiro/>. Acesso em: 04 set. 2021.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Sage Publications ,1 ed., 2008. Disponível em: Acesso em: 15 out. 2021.

ONU - Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, 1948. Disponível em: Acesso em: 15 out. 2021.

PANONT, D. A. C. MOURA, S. M. G. PENA DE MORTE: RETROCESSO OU AVANÇO? **Facnopar**. Disponível em: <https://facnopar.com.br/conteudo-arquivos/arquivo-2019-08-28-1567011649484.pdf>. Acesso em: Acesso em: 10 set. 2021.

PESTANA, B. M. Direitos fundamentais: origem, dimensões e características. **Conteúdo Jurídico**, out. 2017. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50756/direitos-fundamentais-origem-dimensoes-e-caracteristicas>. Acesso em: 15 nov. 2021.

PELLIZZARO, V. U. Racismo institucional, o ato silencioso que distingue as raças. **JusBrasil**, 2018. Disponível em: <https://pellizzarovinicius.jusbrasil.com.br/artigos/517128023/racismo-institucional-o-ato-silencioso-que-distingue-as-racas>. Acesso em: 15 jun. 2021.

RODAS, S. Criminalistas analisam principais causas de erros judiciais e suas consequências. **Revista Consultor Jurídico**, setembro, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-06/criminalistas-analisam-principais-causas-erros-judiciais>. Acesso em: 10 set. 2021.

ROMANELLI, R. C. BOECHAT, W.S.F.L. O preconceito e a discriminação da sociedade ante os estereótipos dos criminosos. **Revista Direito em Foco**. Ed n. 10, 2018. Disponível em: http://portal.unisepe.com.br/unifia/wp-content/uploads/sites/10001/2018/07/004_O_PRECONCEITO_E_A_DISCRIMINA%C3%87%C3%83O.pdf. Acesso em: 14 nov. 2021.

ROSA, A.M.; LOPES JR. A. Juiz não pode converter flagrante em preventiva de ofício na audiência de custódia. **Revista Consultor Jurídico**, outubro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-11/limite-penal-juiz-nao-converter-flagrante-preventiva-oficio-custodia>. Acesso em: 15 out. 2021.

ROSSI, M. As gerações/dimensões dos Direitos Fundamentais. **Conteúdo Jurídico**, 2018. <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51931/as-geracoes-dimensoes-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 15 nov. 2021.

SILVA, F. B. A. F. **Direitos Humanos no Brasil e seus mecanismos de proteção.**

O STF E OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA A EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS

ANTONIA JOSENEIDE DA COSTA CRUZ MOTA:
Graduanda em Direito pelo Centro Universitário
Santo Agostinho - UNIFSA¹¹⁴

RESUMO: A presente pesquisa tem relevância na conjuntura pátria, pois funda-se em uma decisão inovadora do Supremo Tribunal Federal (STF), deveras bastante discutível, que ocorreu na alçada jurídico tributário. Tem-se como problema de pesquisa: qual é a fundamentação jurídica para a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS? Portanto, a pesquisa em questão se predispôs a explorar a decisão do STF acerca do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR analisando os argumentos construídos ao longo do julgamento desta ação. Assim, ambicionou-se analisar a fundamentação jurídica em cima das decisões do STF acerca da exclusão da incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS ponderando os votos a favor e os votos contrários.

Palavras-chave: direito tributário, RE 574.706/PR, impostos, contribuição social.

Sumário: 1 Introdução. 2 Uma breve análise do sistema tributário brasileiro. 2.1 Competência e espécies tributárias. 2.2 Obrigação tributária. 2.3 Princípios tributários. 2.3.1 Princípio da legalidade tributária. 2.3.2 Princípio da anterioridade tributária. 2.3.3 Princípio da irretroatividade. 2.3.4 Princípio da capacidade contributiva. 2.3.5 Princípio de vedação ao confisco. 2.3.6 Princípio da uniformidade geográfica. 3 Tributos. 3.1 Icms. 3.2 Pis-pasep e Cofins. 4 Análise do recurso extraordinário 574.706/PR. 4.1 Fundamentos da exclusão do ICMS da base de cálculo do Pis/Cofins. 4.1.1 Análise dos votos a favor da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins. 4.1.2 Análise dos votos contra a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins. 4.3 Modulação dos efeitos da decisão do RE 574.706/PR. 5 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Todo país, de acordo com as leis por ele instituídas, tem o poder de criar e cobrar impostos para poder manter a sua ordem social e econômica, até mesmo porque é por

¹¹⁴ Acadêmica do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Santo Agostinho. *E-mail:* joseneide.ray@hotmail.com.

meio dos impostos que são pagos pelos contribuintes que se torna possível sustentar a máquina estatal de forma que atenda as garantias que a legislação oferece a população, como a seguridade social.

Dessa forma, o direito tributário contribui para que essa instituição de impostos ocorra conforme a constituição federal e as demais leis pertinentes, fiscalizando a arrecadação dos tributos e determinando os deveres e obrigações do Estado e dos contribuintes. Neste sentido, é importante ressaltar que existe um devido processo legal para que possam ser realizadas as cobranças, o qual deve ser observado.

No Brasil, de acordo com os dados do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário, tem-se uma das mais altas cargas tributárias do mundo e por essa razão a legislação não deixa a desejar, sendo deveras complexa. Por meio dos tributos podem-se cobrar impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições sociais. Todavia, neste caso, a abordagem gira em torno de três tributos, quais sejam: o ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação), o PIS (Programa de Integração Social) e o COFINS (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social).

O ICMS é um imposto de competência dos Estados membros ou pelo Distrito Federal, devendo contribuir para tanto toda pessoa que movimente produtos ou serviços de transporte de modo habitual ou em grande quantidade, de forma que caracterize uma ação comercial. Já o PIS/COFINS trata-se de contribuições sociais não cumulativas de recolhimento mensal que são de competência da União Federal, que tem como finalidade o financiamento da seguridade social e que incidem sobre a totalidade das receitas do contribuinte.

Na última década, houve grande discussão acerca da incidência no ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS para solução de controvérsias de receita e faturamento para determinar a base de cálculo dos tributos em questão, e, não obstante, o STF tem tido papel importante ao definir a competência constitucional para o financiamento da seguridade social, que se encontra positivado no artigo 195, da Constituição Federal e é regulamentado pela lei complementar nº 70/1991. Já o ICMS regulamentado pela lei nº 87/1996 – Lei Kandir.

Em razão disso, a pesquisa se volta para o estudo de uma atual e iminente decisão por parte do Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário 574.706/PR. Destarte, tem-se por delimitação do tema desta pesquisa a incidência da exclusão do ICMS

da base de cálculo das contribuições sociais PIS e COFINS neste RE.

Assim, justifica-se a presente pesquisa em assentar-se na compatibilidade com o ramo do direito tributário e a importância que a exclusão da incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS, traz para o mundo jurídico na seara tributária. Destarte, entendendo sobre as consequências positivas e negativas que a decisão inovadora do STF acarreta, emerge a responsabilidade de transmitir esclarecimentos para os contribuintes, integrantes da sociedade.

Neste ínterim, o problema de pesquisa definido para se debater é: qual a fundamentação jurídica para a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS?

Ademais, tem-se como objetivo apreciar, analisar e compreender a fundamentação jurídica em cima das decisões do STF (Supremo Tribunal Federal) acerca da exclusão da incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS verificando os votos a favor e os votos contrários, bem como as repercussões positivas e negativas.

A metodologia desta pesquisa se desenrola por meio de pesquisa bibliográfica, análises jurisprudenciais e legislativas com abordagem dedutiva, tendo em vista a colheita de ideias de vários autores diferentes que serão filtradas e aprimoradas, para trazer informações acerca dos princípios tributários, bem como a competência tributária, as espécies de tributo, a obrigação tributária, os impostos ICMS, PIS e COFINS.

Contudo, para uma melhor compreensão da exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, impende-se pautar a pesquisa acerca dos seus fatos geradores, suas especificidades e a forma como estes impostos são constituídos, bem como sobre a inconstitucionalidade de sua incidência, analisando os fundamentos inclusos no RE nº 574.706/PR, comparando os votos contra e os votos a favor dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

2 UMA DISCUSSÃO A RESPEITO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

O Sistema Tributário Brasileiro foi organizado nos artigos 145 a 162 da Constituição Federal de 1988. O capítulo I, que faz parte do título VI do dispositivo supra, foi fracionado em seis seções, a primeira delas dedicada aos princípios gerais. A seção II do capítulo do sistema tributário nacional determina os refreamentos constitucionais ao poder de tributar atribuído aos entes federados, assegurando alguns princípios dos quais serão tratados

adiante. As seções III, IV e V se dedicam a determinar os impostos a serem instituídos e cobrados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Por fim, a seção VI prescreve acerca das repartições das receitas tributárias, em que estão determinados quais produtos pertencem a cada ente tributante.

2.1 Competência e espécies tributárias

Seguindo o posicionamento de Jardim (2019, p. 409), “Competência tributária é a aptidão para legislar sobre matéria tributária. É o meio pelo qual o constituinte outorgou às pessoas políticas a faculdade de versar leis sobre tributação”. Entende-se, dessa forma, que por uso da competência tributária é dada aptidão aos entes federados, quais sejam, União, Estados, Distrito Federal e Municípios de elaborar leis para cobrar tributos ou alterar a lei que o instituiu. Ou seja, os mencionados entes políticos desempenham sua competência tributária outorgando a deliberadas ocorrências, sejam elas fatos, atos ou negócios, o impacto de gerar a obrigação de pagar tributos (PAULSEN, 2021).

A seguir, é mister que se faça a enumeração dos tributos que podem ser instituídos e cobrados mediante lei autorizada pela competência tributária. Aquém de adentrar no conteúdo de espécies tributárias, convém discutir acerca do conceito de tributo. Conforme Carneiro (2020, p.409), “tributo não é uma terminologia moderna, ao contrário, deriva do latim *tribuere*, que significa repartir, dividir”. Assim, o Código Tributário Nacional define tributo como “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

Partindo da essência dada pelo Código Tributário Nacional, o tributo tem natureza jurídica de obrigação de dar coisa certa, isto é, pagamento em dinheiro, prevista por determinada lei, sendo que o tributo a ser pago pelo sujeito passivo está especificado desde a sua constituição. Nesse sentido, é importante evidenciar, que a despeito da preclusão manifesta em lei quanto ao aspecto monetário da prestação, não há objeção ao recebimento de tal prestação por meio de bem díspar a moeda (CARNEIRO, 2020).

Além disso, o tributo não pode ter como fato gerador algo que seja pena derivada da prática de crime ou por descumprimento de mandamento legal, como as multas e as receitas que dela derivam (SCHOUER, 2021). E, deve ser cobrado por meio de atividade administrativa plenamente vinculada, isso quer dizer que o Fisco não tem liberdade de escolha no momento da cobrança do tributo, pois o lançamento tributário é um ato administrativo vinculado que deve obediência a lei instituidora do tributo.

Diante do esclarecimento acerca da noção do que é o tributo, passa-se à enumeração das espécies tributárias. No ordenamento jurídico tributário brasileiro, seguindo a teoria pentapartite adotada pelo STF, através do RE 138.284-8/CE, em 1º de julho de 1992, temos as seguintes espécies de tributos: impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e as contribuições sociais (CARNEIRO, 2020).

Algumas das espécies tributárias estão enumeradas no art. 145, nos incisos I, II e III, da Constituição Federal, sendo eles os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria, respectivamente. Segundo Nunes (2020), os impostos são categorias tributárias das quais a possibilidade de tributação propõe a ser indício de capacidade contributiva (justificativa para a imposição), não se vinculando, pois, a atividade estatal; excetuados os casos previstos na Constituição Federal, a receita dos impostos não se afeta a qualquer órgão, fundo ou despesa, servindo, portanto, para cobrir os gastos gerais do ente tributante.

Conforme Barreto (2019), as taxas são uma espécie tributária que se vincula a uma atuação estatal diretamente ligada ao contribuinte, podendo ser cobrada em corolário do aproveitamento de serviço público típico e decomponível, concedido ou posto ao dispor do usufrutuário ou em virtude do funcionamento do poder de polícia.

Ademais, de acordo com o artigo 148, da CRFB/88, a União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios, outra espécie de tributo, para satisfazer dispêndios excepcionais, resultantes de calamidade pública impossíveis de serem supridos com os recursos disponíveis, de guerra externa ou sua iminência e no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional. Assim, a destinação do empréstimo compulsório, nesse entremeio, indica propósito consagrado constitucionalmente, do qual a sua inexistência bloqueia a viabilidade de sua cobrança e, havendo motivo apto a efetuar tal cobrança existe um regime jurídico formal próprio a ser seguido (SCHOUER, 2021).

Ainda, têm-se como espécies de tributo as contribuições de melhoria que acordo com Caparroz e Lenza (2021, p. 250) "são tributos destinados a ressarcir gastos públicos na realização de obras e aprimoramento de infraestrutura". O foco da contribuição de melhoria, conforme o Código Tributário Nacional (Art. 81), é fazer os preparativos ao valor das obras construídas pelo Poder Público, na ocasião que em decorrência de tais obras suceder o aumento no valor dos imóveis adjacentes. Acarretando, em razão disso, na exigência do mencionado tributo dos donos dos imóveis que estiverem lotados no

perímetro que direta ou indiretamente obtiveram proveito financeiro por causa da obra pública, tendo como consequência, portanto, a valorização do imóvel (LENZA E CAPARROZ, 2021).

Por último, tem-se as contribuições sociais que têm o condão de financiar a Seguridade Social. Esta seguridade aqui tratada compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa do Poder Público e da sociedade para garantir aos seus beneficiários os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, conforme artigo 194 da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, seguindo o artigo 195 da CF, a seguridade social será financiada da contribuição do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada de acordo com o que dispuser a legislação competente podendo incidir sobre a folha de salários, a receita ou faturamento e o lucro, do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, exceto dos aposentados e pensionistas pelo regime geral de previdência social. Também pode incidir sobre a receita de concursos prognósticos ou do importador de bens ou serviços do exterior, ou a quem a ele se equipara.

Conforme Mazza (2022), são exemplos de contribuições sociais o Programa de Integração Social (PIS), a Contribuição para o financiamento da Seguridade Social (COFINS), o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP), a COFINS-Importação, a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e a Contribuição Social do Trabalhador.

2.2 Obrigação tributária

Como discutido em competência tributária, esta tem como consequência a obrigação tributária, isto é, quando os entes tributantes exercem seu papel de criadores e cobradores de tributos, por meio de legislação competente, geram, por consequência, a obrigação de pagar tais tributos. Ademais, em conformidade com o que explica Costa (2022) as normas que se dediquem a versar sobre obrigação tributária somente podem ser instituídas por meio de legislação complementar e tal lei se trata do Código Tributário Nacional, que aborda sobre o tema em seu artigo 113.

O seu *caput* determina que existem a obrigação principal e a obrigação acessória. Portanto, observa-se que o legislador trata a obrigação como gênero que se ramifica em duas espécies. De acordo com o parágrafo primeiro do dispositivo supra, a obrigação principal é aquela que emerge com a perpetração do fato gerador e tem como objeto o

pagamento de tributo ou penalidade pecuniária, no caso de multa, e, extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

De outro ângulo, a obrigação acessória é aquela que tem por fundamento “as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos”. No mesmo raciocínio, o artigo 115 dispõe que o “fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal” (COSTA, 2022).

Assim, as obrigações acessórias consistem em atos resultantes de uma ação, comissivos, ou atos decorrentes de uma abstenção, omissivas, que são reivindicados dos contribuintes com o escopo de garantir a efetivação da obrigação principal. Envolvem, continuamente, um ato de fazer ou não fazer, canalizados para incumbências de controle e arrecadação tributária.

2.3 Princípios tributários

2.3.1 Princípio da legalidade tributária

Em consonância com o artigo 150, inciso I da Constituição da República Federativa do Brasil, os entes federados ou tributante, União, Estados, Distrito Federal e Municípios são proibidos de instituir, cobrar ou aumentar tributos sem que haja lei prévia autorizando tal ato. Ademais, o parágrafo 6º do dispositivo supracitado estabelece ser indispensável lei específica para qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições.

Nesse sentido, assevera Sabbag (2017, p. 110):

É fato que o preceptivo em epígrafe é a franca especificação do indigitado art. 5º, II, da CF/88, permitindo-se a adoção do importante afo-rismo *nullum tributum sine lege*. Em outras palavras, o tributo depende- de lei para ser instituído e para ser majorado. Se o tributo é veículo de invasão patrimonial, é prudente que isso ocorra segundo a vontade popular, cuja lapidação se dá no Poder Legislativo e em suas Casas Legis-lativas. Tal atrelamento, no trinômio “tributo-lei-povo” assegura ao particular um “escudo” protetor contra injunções estatais feitas por instrumento diverso de lei.

Diante do ensinamento, percebe-se que o princípio da legalidade tributária protege o contribuinte de ter seu patrimônio invadido por parte do Estado, através da cobrança de tributos, sem que haja alguma lei que estabeleça os limites de atuação estatal, evitando que ocorram abusos na cobrança. Assim, há segurança jurídica, bem como torna salubre a relação entre contribuinte (devedor) e o Estado (credor).

2.3.2 Princípio da anterioridade tributária

O princípio da anterioridade tributária se encontra exposto no art. 150, inciso III, alíneas “b” e “c”, dividindo-se, portanto em duas vertentes. A alínea “b” remete-se ao princípio da anterioridade anual que determina ser vedado à União, Estado, Distrito Federal e Municípios cobrar tributos “no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou”.

Ao se tratar de exercício financeiro o legislador está se referindo ao ano fiscal, que tem seu início em 1º de janeiro e finda em 31 de dezembro. Portanto, o membro legislativo constitucional notifica acerca da viabilidade de se gerar novo tributo ou altear tal tributo quando lhe aprovar, no entanto decreta que a vigência da lei que criou ou aumentou o tributo permaneça sobrestada até a entrada do ano consecutivo (SABBAG, 2017).

Em contrapartida, a alínea “c” diz respeito ao princípio da anterioridade nonagesimal que determina ser defeso aos entes federados-tributantes a cobrança de tributos cuja a lei que os instituiu ou os aumentou não tenha transcorrido pelo menos 90 dias a contar da data de publicação. Este complemento ao princípio da anterioridade anual surgiu com o advento da Emenda Constitucional nº 42/2003.

2.3.3 Princípio da irretroatividade

Em conformidade com o artigo 150, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, os entes federativos não podem cobrar tributos em cima de fatos geradores ocorridos antes da vigência de determinada lei que institua ou aumente os tributos em questão. Assim, a irretroatividade, com alicerce nos princípios da segurança jurídica e do Estado de Direito, salvaguarda a confiabilidade do vínculo entre o contribuinte e o Estado, assegurando ao devedor de crédito tributário, o direito de não ser aturdido em razão de criação de novo tributo ou aumento de tributo já existente que gerem efeitos retroativos em fatos geradores acontecidos antes do advento da lei (COSTA SOUZA, 2013).

2.3.4 Princípio da capacidade contributiva

Em consonância com a Lei Maior, em seu artigo 145, parágrafo 1º, “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”. Assim, no início da redação dada ao primeiro parágrafo pelo legislador, ele usa a expressão “sempre que possível”, o que dá sentido de enfraquecimento da regra estabelecida e abre brecha para o não cumprimento do princípio da capacidade contributiva.

Nesse sentido, em conformidade com o que lecionam Lenza e Caparroz (2021, p. 653) “graduar a tributação de acordo com a real capacidade de os contribuintes suportarem o ônus que lhes é imposto pela lei não somente é norma salutar, mas, sobretudo, indica a razão de ser de todas as garantias do direito tributário”.

Não obstante, convém destacar que ao tributar determinado contribuinte se deve levar em consideração a renda que ele aufera, bem como as despesas realizadas por ele, para fins de deduções no valor do tributo, cobrando um montante realmente justo e de acordo com a capacidade contributiva do devedor. Contudo, “a capacidade contributiva exige o reconhecimento de despesas necessárias, que devem ser deduzidas da base de cálculo do tributo. Nesse contexto, se fosse editada uma lei que acabasse com todas as deduções, ela seria inconstitucional, porque impediria a aplicação do princípio” (LENZA E CAPARROZ, 2021, p. 664).

2.3.5 Princípio de vedação ao confisco

Em concordância com o artigo 150, IV, da Constituição Federal, “é vedado a União, Estados, distrito federal e Municípios instituir tributo com efeito confiscatório”. Nesse sentido, de acordo com o posicionamento de Novais (2018, p. 138):

O dever de colaborar com a manutenção da máquina pública não pode ser utilizado como fundamento para conceder aos entes políticos o direito de retirar riquezas da população sem respeito a parâmetros mínimos. Um absurdo seria o trabalhador entregar quase a totalidade de suas receitas ao estado e passar necessidades e privações com sua família.

Com base nisso, o princípio de vedação ao confisco tem como objetivo impedir que os entes tributantes ultrapassem os limites, retirando mais do que devia dos contribuintes. Todavia, por mais que esteja o referido princípio presente na Lei que se encontra no topo

da pirâmide hierárquica do direito, este é ignorado, especialmente por parte dos órgãos administrativos e do Poder Judiciário (DA SILVA, 2020).

O Poder Público utiliza como explicação para frustrar a aplicação do princípio de vedação ao confisco, a característica de conceito jurídico indefinido, tendo em vista que hipoteticamente, não detém de critérios valorativos claros para a representação do efeito de confiscar traçado na redação da Constituição, atribuindo ao intérprete a avaliação e a extensão do conceito (DA SILVA, 2020).

2.3.6 Princípio da uniformidade geográfica

Conforme o artigo 151, inciso I, os tributos instituídos e cobrados pela União devem ser iguais em toda a extensão do território nacional, não podendo haver disparidades entre os Estados, portanto, o tratamento tributário às unidades federativas deve ser idêntico. Caso a União se privasse de obediência seria uma ofensa aos princípios da isonomia e uniformidade geográfica (CREPALDI, 2012).

3 TRIBUTOS

3.1 Icms

De acordo com o que dispõe o artigo 155, inciso II, da Constituição Federal de 1988, o ICMS é um imposto de competência dos Estados-membros e do Distrito Federal. Assim, conforme assevera Sabbag (2017, p. 3500):

"O ICMS, imposto estadual, sucessor do antigo Imposto de Vendas e Consignações (IVC), foi instituído pela reforma tributária da EC n. 18/65 e representa cerca de 80% da arrecadação dos Estados. É gravame plurifásico (incide sobre o valor agregado, obedecendo--se ao princípio da não cumulatividade – art. 155, § 2º, I, CF), real (as condições da pessoa são irrelevantes) e proporcional, tendo, predominantemente, um caráter fiscal. Ademais, é imposto que recebeu um significativo tratamento constitucional – art. 155, § 2º, I ao XII, da CF, robustecido pela LC n. 87/96, que substituiu o Decreto-lei n. 406/68 e o Convênio ICMS n. 66/88, esmiuçando-lhe a compreensão, devendo tal norma ser observada relativamente aos preceitos que não contrariarem a Constituição Federal."

Neste sentido, em obediência ao art. 155, §2º, foi instituída a Lei Complementar nº 87/96, que tem como competência dispor sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal, sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, conhecida também como Lei Kandir.

Assim, conforme supracitada legislação, em seu art. 4º, o sujeito passivo contribuinte do ICMS é qualquer pessoa física ou jurídica que proceda com operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação de forma constante ou em dimensão que evidencie o propósito de comercialização, mesmo que tais operações e prestações de serviços se iniciem no exterior. Incorrendo como contribuinte, do mesmo modo, quem importa mercadorias, bens independentemente da finalidade, e/ou é destinatário de serviços prestados no exterior ou que se iniciem no exterior, e/ou obtenha por meio de licitações mercadorias ou bens apreendidos ou abandonados, e/ou adquira lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização.

O ICMS tem como fato gerador (SABBAG, 2017) a circulação de mercadorias, a prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e a prestação de serviço de comunicação, consoante art. 2º, da Lei Kandir. Quanto à circulação de mercadoria, ou seja, o objeto de uma venda, trata-se de circulação jurídica do bem em que ocorre a alteração na titularidade, que passa de uma pessoa para outra definitivamente, tanto que, conforme súmula 166, do STJ, o imposto não incide sobre mercadoria que passa de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte.

No tocante aos transportes intermunicipais e interestaduais, a prestação de serviço de transporte que ocorre entre Município do mesmo Estado-membro, denominado intermunicipal, ou de um Estado-membro para outro, denominado interestadual, configura-se como fato gerador de ICMS, mesmo que tenham dado início no exterior. E, por fim, no que se refere aos serviços de comunicação, também são fato gerador do ICMS, conforme art. 2º, inciso III, da Lei Kandir.

Ademais, no que concerne à base de cálculo do ICMS, encontra-se disposta no art. 13, da Lei Kandir, e, de modo geral, conforme Souza (2002), se trata do valor da operação de que decorre a saída da mercadoria, sendo que tal valor corresponde ao âmbito

pecuniário sobre o qual incide o tributo, embora estando integrada a carga fiscal que encarece o preço do objeto disposto à venda, levando em consideração que o valor do ICMS se encontra embutido no preço do produto.

Por esse entendimento, verifica-se que o valor do ICMS integra a nota fiscal de cada produto que será destinado à venda por determinado estabelecimento. E, por conseguinte, esta nota fiscal vai integrar o faturamento da empresa. Partindo dessa premissa, para melhor elucidação de conteúdo, cabe-se apontar que a definição de faturamento é o montante da receita auferida por meio da venda de mercadorias, bem como de prestação de serviços, ou seja, entende-se por faturamento o somatório do valor de todas as notas fiscais emitidas decorrentes dos produtos vendidos e/ou serviços prestados.

Neste diapasão, entende-se que o faturamento faz parte da receita bruta das vendas e serviços do estabelecimento, sendo nele incluído tanto o valor dos produtos como os impostos incidentes sobre eles (ANDRADE JUNIOR; CUNHA, 2018). Diferindo, assim, da receita líquida, que é o resultado da receita bruta menos as deduções, sendo que nestas deduções estão incluídos cancelamentos, despesas e impostos (ANDRADE JUNIOR; CUNHA, 2018). Diante dessa discussão, infere-se que todo faturamento é receita, porém nem toda receita é faturamento.

Contudo, compreende-se que o ICMS vai integrar a receita bruta ou o faturamento da empresa apenas por um determinado tempo, tendo em vista que este não permanece nas contas da empresa, e sim, é repassado aos cofres públicos. Portanto, restará incluído nas deduções a serem feitas da receita bruta.

3.2 Pis-Pasep e Cofins

O PIS-PASEP e a COFINS são contribuições sociais de competência da União Federal destinadas ao financiamento da seguridade social, que incidem sobre a receita ou o faturamento das empresas, nos termos do art. 195, I, "b" da Constituição Federal. Tratam-se, portanto, de tributos cuja receita não é compartilhada com estados, Distrito Federal e municípios. A sua arrecadação ocorre mensalmente, antes do advento das novas leis elas recaiam sobre o faturamento, o resultado da venda de mercadorias ou da prestação de serviços, agora incidem sobre o total das receitas do contribuinte (FRASCINO; MOURA, 2021).

A tributação por meio da contribuição ao PIS/PASEP e da COFINS é regulamentada pela Lei nº 9.718/98, Lei nº 10.637/02 (PIS não cumulativo) e Lei nº 10.833/03 (COFINS não cumulativa), que define que tais impostos são devidos por pessoas jurídicas de direito

privado, sendo calculado em cima de seu faturamento mensal, isto é sua receita bruta, que corresponde a somatória das receitas colhidas, não interessando para tanto a atividade que a pessoa jurídica desempenha, tampouco a categoria contábil utilizada para tais receitas. A somatória das receitas diz respeito a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo o valor da receita bruta, o faturamento, sua base de cálculo.

Conforme Barreni (2017, p. 6), a Lei n. 12.973/2014 alterou, por intermédio de seu art. 2º, a redação do art. 12 do Decreto-lei n. 1.598/1977, determinando, que se incluem na receita bruta os tributos sobre ela incidentes. Também, a mencionada lei modificou art. 3º, da Lei nº 9.718/98, que dispõe sobre a base de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS. Assim, a legislação vigente prevê que as contribuições ao PIS/PASEP e a COFINS devem ser recolhidas levando-se em conta todas as receitas auferidas pela pessoa jurídica (BARRENI, 2017, p. 7).

De acordo com o que ensinam Frascino e Moura (2021), de modo geral o PIS e a COFINS são tributos não cumulativos, consoante as disposições das Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03. Assim, para os sujeitos pagadores beneficiários da apuração não cumulativa, a alíquota da contribuição ao PIS é de 1,65%, enquanto a da COFINS é de 7,6%. Os percentuais que integram o cálculo do tributo podem sofrer alteração de acordo com o modo em que forem apuradas as contribuições do sujeito pagador (FRASCINO; MOURA, 2021).

4 ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 574.706/PR

O episódio iniciou-se em virtude de mandado de segurança preventivo impetrado contra a delegacia da Receita Federal de Curitiba/PR, com o propósito de afugentar a incidência do ICMS da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS. O magistrado responsável pelo julgamento em primeira instância depreendeu ser inadequada a cobrança, outorgando, dessa forma, a retirada e a viabilidade de ressarcimento dos montantes arrecadados.

Não obstante, a decisão prolatada por meio de sentença do juízo singular foi suprimida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que ao examinar o recurso de apelação interposto pela Fazenda Nacional, deliberou seguindo a fundamentação de que,

como o ICMS constitui a sua própria base de cálculo, poderia, portanto, integrar a base de cálculo de outros tributos.

Em 2008, o recurso extraordinário 574.706/PR fora submetido à análise de repercussão geral com mais de dez mil processos aguardando seu julgamento, tendo o Supremo Tribunal Federal concluído pela sua existência, principalmente por versarem o Recurso Extraordinário 240.785, com julgamento já iniciado, e a Ação Declaratória de Constitucionalidade Nº18, sobre o mesmo do recurso extraordinário analisado. O entendimento pela exclusão começou a ser construído no RE 240.785/MG e restou consolidado no RE 574.706/PR, este julgado em março de 2017. Cuida-se do Tema 69 de repercussão geral.

Diante disso, passa-se à análise do Recurso Extraordinário 574.706/PR:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

A tese dominante que se sobressai no julgamento é concernente à definição de faturamento exposta no art. 195, inciso I, "b" da CRFB/88, tencionando assimilar se os conceitos de faturamento manifestos na Carta Maior tangeriam aos tais difundidos no art.12, § 5º da Lei 12.973/14. Assim, a tese sustentada pela recorrente, Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos Ltda., é de que, considerando o faturamento como a totalidade da receita alcançada com a venda de mercadorias ou a prestação de serviços, é inadmissível o englobamento de outras parcelas que fogem à sua estrutura, o que aconteceria com a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS, tendo em vista que o ICMS não constitui o patrimônio da empresa, tratando-se apenas de ônus fiscal ao qual está sujeita.

Os contribuintes sustentam que o fato de incluir o ICMS na base de cálculo da COFINS amplia a definição de faturamento que está delineada na Constituição Federal, lesando, dessa maneira, a capacidade contributiva dos sujeitos passivos da obrigação tributária. Utilizando outros termos, a União estaria se apropriando injustamente de valores que não se encontram disponíveis financeiramente, tendo em vista que o valor correspondente ao ICMS é repassado aos Estados, não integrando, portanto, a receita das empresas.

Todavia, a União, ora recorrida, argumentou acerca da pacificação da jurisprudência pátria que concorda com a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS-PASEP e da COFINS. Neste sentido, alegou que o ICMS por ter parte no valor atribuído à mercadoria vendida ou ao serviço prestado deve compor a receita bruta da pessoa jurídica de direito privado, considerada a base de cálculo da COFINS, por mais que o ICMS venha a ser recolhido aos cofres públicos, não tendo relevância jurídica tal recolhimento.

Portanto, após discutidos os autos do RE 574.706/PR, acordaram os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia, por maioria, e deram provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto da Relatora, proferido na Sessão de 09 de março de 2017. Vencida a tese sustentada pelos Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Em seguida, verifica-se a argumentação dos ministros do STF ao acolher a tese da recorrente, excluindo, portanto, o ICMS da base de cálculo do PIS-PASEP e da COFINS.

Concluídos, os votos e os debates a tese vencedora foi a de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins. Tendo como partidários da tese a Ministra Carmém Lúcia,

Ministra Rosa Weber, Ministro Luiz Fux, Ministro Ricardo Lewandowski, Ministro Marco Aurélio, Ministro Celso de Mello. Por outro lado, a tese teve como opositores os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes.

Observa-se que presentes neste julgamento estiveram apenas dez ministros. Isto ocorreu em razão do falecimento do saudoso Ex-ministro do STF Teori Zavascki, datado em 19 de janeiro de 2017. Seguindo a linha do tempo, o RE 574.706 PR foi julgado na data de 15 de março de 2021. Todavia, somente no dia 22 de março de 2017 aconteceu a posse do então ministro Alexandre de Moraes, ou seja, após o julgamento do mencionado recurso extraordinário.

4.1 Fundamentos da exclusão do ICMS da base de cálculo do Pis/Cofins

4.1.1 Análise dos votos a favor da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins

Segundo o voto da relatora Ministra Cármen Lúcia e considerando a discussão acerca da possibilidade jurídica de se incluir o valor do ICMS na definição de faturamento para definição de base de cálculo do PIS e da COFINS, defende que, apesar de haver determinações que dizem ser recolhidas aos cofres públicos, de forma imediata, apenas uma parte do ICMS e a outra é aproveitada pelo contribuinte integrando a sua receita, esta parte aproveitada também será recolhida em algum momento, de forma mediata, ele será recolhido, portanto, não integraria o faturamento do contribuinte. Isto é, pelo fato do ICMS ter recolhidas suas partes em momentos diferentes, este não deve ser considerado como base de cálculo do Pis-Pasep e da Cofins, tendo em vista que não integra a receita bruta do contribuinte, pois, afinal, tem como destinatário fiscal os cofres da Fazenda Pública, para os quais será transladado. Neste sentido, depreende-se a Ministra Carmen Lúcia:

O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços. Esta é a chamada análise contábil ou escritural do ICMS. [...] É igualmente verdadeiro que também o momento das diferentes operações não pode alterar o regime de aplicação de tributação, num sistema que, quanto a esse caso, se caracteriza pela compensação para se chegar à inacumulatividade constitucionalmente qualificadora do tributo.

Assim, entende-se que o recolhimento do ICMS é recolhido da empresa na entrada da mercadoria e na saída da mercadoria, e esse tempo entre a entrada e a saída é que o

ICMS transita pelos cofres da empresa, mas com destino final aos cofres da Fazenda Pública. Portanto, de acordo com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, pelo fato dessa passagem rápida pelos cofres da empresa o ICMS não integra o faturamento, não podendo, então, compor a base de cálculo para fins de incidência do Pis-Cofins.

De acordo com a Ministra Rosa Weber (2017), o conceito de receita trazido pelo artigo 195, da Constituição Federal, difere-se daquele discutido na área contábil, pois as próprias leis que regulamentam o PIS/PASEP e a COFINS não cumulativos (lei nº 10.637/02 e nº 10.833/03, respectivamente) determinam a incidência das contribuições sobre o total das receitas "independentemente de sua denominação ou classificação contábil". Dessa forma, assevera que não tem como buscar "equivalência absoluta entre os conceitos contábil e tributário". Ademais acrescentou no que diz respeito "ao conteúdo específico do conceito constitucional, a receita bruta pode ser definida como o ingresso financeiro que se integra no patrimônio na condição de elemento novo e positivo, sem reservas ou condições".

Consoante Ministro Luiz Fux (2017, p. 82):

Então, essa primeira premissa realmente me conduz a uma exegese do artigo 195, inciso I, no que concerne à expressão "faturamento". Onde é que vou buscar essa expressão "faturamento"? Eu vou buscá-la no Direito que regula o faturamento das empresas, que é o Direito Comercial, que, ao regular o faturamento das empresas, menciona - como Vossa Excelência citou no seu voto fazendo remissão ao Ministro Cezar Peluso - o artigo da Lei nº 6.404, a Lei das Sociedades Anônimas, que prevê a exclusão de impostos para se entrever faturamento. Essa - digamos assim - recepção, pelo Direito Tributário, dos conceitos derivados de outras ciências é comuníssimo: compra e venda, inúmeros institutos de Direito Privado, transmissão causa mortis, transmissão inter vivos. Toda essa tributação se vale de conceitos privador.

Além disso, o Ministro Luiz Fux (2017), acompanhou o posicionamento da ministra relatora, asseverando que o ICMS não integra o faturamento da empresa, uma vez que seu destino final são os cofres do poder público. "O que nós estamos analisando aqui é como

se faz a exegese de uma expressão constitucional, a ponto de respeitar-se os limites do poder tributário do Estado” (FUX, 2017, p. 85).

Em consonância com o Ministro Ricardo Lewandowisk (2017, p. 99):

O faturamento sempre foi entendido pela doutrina, e mesmo pela prática comercial, como receita oriunda da venda de mercadorias ou da prestação de serviços. É isso que é, singelamente, faturamento. Basta perguntar para qualquer pessoa que passa na rua, qualquer indivíduo que se dedique à mercancia. Singelamente compreendido, faturamento, ou receita, é simplesmente isso.

Ainda, explicou que “não se pode considerar como ingresso tributável uma verba que é recebida pelo contribuinte apenas com o propósito de pronto repasse a terceiro, ou seja, ao Estado”. E, citando o tributarista Roque Carrazza que denomina a presença do ICMS nos cofres da empresa como “mero trânsito contábil”, declara ser a passagem do ICMS pela empresa um “simples trânsito contábil” que “não ingressa no patrimônio da empresa, do contribuinte”. Então, considera que a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS corrompe o conceito de faturamento ou de receita.

Conforme Ministro Marco Aurélio (2017), dá no mesmo considerar o faturamento conforme transcrito no texto do artigo 195, inciso I, da CF/88, como receita bruta, pois “o contribuinte não fatura e não tem como receita bruta, tributo, ou seja, o ICMS”. Também, considera não ser o ICMS fato gerador da contribuição e que o valor do imposto não integra o faturamento em receita bruta da empresa, tendo em vista que o valor é repassado ao Estado-membro ou Distrito Federal e que a empresa não é titular dele. Portanto, explica que para ser configurada como receita os valores que ingressam na empresa, devem ser consideradas duas condições (2017, p. 185): “a) que a incorporação dos valores faça-se positivamente, importando em acréscimo patrimonial; e b) que essa incorporação revista-se de caráter definitivo”.

4.1.2 Análise dos votos contra a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS

Em contrapartida aos que defendem a exclusão, se posiciona o Ministro Edson Fachin (2017, p. 40):

Logo, embora não haja incremento patrimonial, o valor relativo ao ICMS destacado e recolhido referente a uma operação concreta integrará a receita efetiva do contribuinte, pois gerará oscilação

patrimonial positiva, independentemente da motivação do surgimento da obrigação tributária ou da destinação final desse numerário ao Estado em termos parcial ou integral, após devida compensação não automática na qual se considera a técnica da não cumulatividade, como, por exemplo, pela metodologia de conta gráfica, por sua vez expressamente referida no libelo da demanda veiculado no mandado de segurança impetrado pela parte Recorrente.

Em suma, foi firmada a opinião firme no aspecto “de que o faturamento, espécie do gênero receita bruta, engloba a totalidade do valor auferido com a venda de mercadorias e a prestação de serviços, inclusive o quantum de ICMS destacado na nota fiscal”.

No mesmo sentido, assevera o Ministro Luís Roberto Barroso, “É constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS”, pois alega que “a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS tem um potencial de desequilíbrio sistêmico”, tendo em vista que o julgamento pode acarretar em “efeitos cascatas imprevisíveis”. Com base nisso, pondera que não há definição constitucional para faturamento e, também, não há vedação constitucional à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como considera não ser direito fundamental do contribuinte a exclusão discutida no Recurso Extraordinário em questão.

Ademais, adotando a inclusão do ICMS, segue o posicionamento do Ministro Dias Toffoli:

Ocorrendo o fato gerador do ICMS, como uma operação relativa à venda de mercadoria ou à prestação de serviço de transporte interestadual ou intermunicipal, surge para o contribuinte (parte recorrente) o dever de pagar a exação, o que é reconhecido como despesa nas suas escritas. Dependendo das condições, poderá ele repassar para o adquirente da mercadoria ou do serviço (consumidor final) o ônus financeiro do tributo (e não o tributo), assim como o pode fazer com parte ou mesmo a integralidade do ônus financeiro de vários gastos próprios da exploração da atividade econômica, como o custo da mão de obra (isto é, os salários de seus

empregados) e o custo da energia elétrica utilizada na industrialização da mercadoria (ou seja, a tarifa de energia elétrica).

Ainda, assevera que ao retirar da base de cálculo do PIS/Cofins o encargo monetário do ICMS que provavelmente fora repassado pelo contribuinte legal para o “contribuinte de fato”, que seria o consumidor final da mercadoria, através do valor estabelecido resulta em converter essas contribuições em não cumulativas com o imposto, proporção essa que não foi idealizada nem pelo constituinte nem pelo legislador.

Por fim, de acordo com o Ministro Gilmar Mendes, “o montante relativo ao ICMS incorpora-se ao preço, de forma que é pago pelo comprador e é recebido pelo vendedor ou pelo prestador de serviço, ingressando em seu domínio, em consequência da respectiva operação”. Em seguida destaca, que o valor total do ICMS recebido pelo contribuinte não é repassado ao Estado sempre, pois em determinados casos tem crédito de operações antecedentes a serem apurados ou o “fenômeno da substituição tributária” pode ter ordenado o recolhimento do tributo de forma anterior.

Depois, relata que o ICMS constitui “disponibilidade econômica” que faz parte do valor da mercadoria, sendo fixado de acordo com discricionariedade do vendedor, ainda que eventualmente seja contabilizado o ônus tributário, após consideração dos respectivos créditos no período de apuração. Dessa forma, aduz que o deferimento de medidas tortuosas para reduzir o encargo da COFINS, de acordo com a pretensão da recorrente, apenas implicará na comutação por novas modalidades de financiamento da seguridade social, uma vez que o Estado deve, por mandamento constitucional, encarregar-se dos custos dela decorrentes.

4.2 Modulação dos efeitos da decisão do RE 574.706 PR

Logo que exarada a decisão, via acórdão, que determinou a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) opôs Embargos de Declaração, alegando obscuridades e contradições sobre qual o montante do ICMS que deve ser considerado para efeitos de exclusão do referido imposto (ZAGO; DA SILVA; RIGO, 2022).

Assim, requereu que o ICMS a ser excluído teria que ser o efetivamente recolhido na operação e não o que se salienta na nota fiscal da venda realizada pelo contribuinte. Ademais, solicitou que a modulação dos efeitos da decisão discutida ocorresse somente após o julgamento dos embargos de declaração (MONGUILOD; GUEIROS NETO, 2022).

Diante do julgamento dos referidos embargos opostos pela fazenda pública ficou concluído pelo Supremo Tribunal Federal que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da Cofins é o que se encontra presente na nota fiscal que representa a venda, e não tão somente o que foi efetivamente recolhido, bem como determinou a modulação dos efeitos da decisão a partir do dia 15 de março de 2017, data esta em que ocorreu o julgamento da tese primordial.

Destarte, aqueles que ingressaram com ação até o dia 15 de março de 2017, poderiam deixar de recolher o PIS e a COFINS ou readquirir o que fora pago a mais nas datas antecedentes, considerando para tanto as datas até os cinco anos que precederam ao ajuizamento da ação de cada litigante. Em contrapartida, para os que não proporam ações até a data do julgamento do recurso extraordinário em questão não era mais compelido a recolher o PIS e a COFINS incluindo o ICMS, bem como poderiam requerer o que foi pago a maior a partir do dia do julgamento (MONGUILOD; GUEIROS NETO, 2022).

5 CONCLUSÃO

Diante das discussões trazidas à baila, pagantes das contribuições sociais PIS e COFINS conquistaram a vitória em sua ambição. Conquanto que ao apreciar o RE nº 574.706/PR em 15 de março de 2017, o STF concluiu em seu acórdão pela exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, tornando a inclusão, portanto, inconstitucional, estabelecendo a tese de que “o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da Cofins”.

Nesse sentido, a tese vencedora foi a de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins. Os ministros que aderiram a tese foram a Ministra Carmém Lúcia, Ministra Rosa Weber, Ministro Luiz Fux, Ministro Ricardo Lewandowski, Ministro Marco Aurélio, Ministro Celso de Mello. Em contrapartida, os ministros que não aderiram a tese foram os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes.

Diante disso, concluíram que por mais que o ICMS seja embutido no valor da mercadoria, como se pode constatar por meio da leitura do artigo 155, inciso II, da Constituição Federal, e o contribuinte devedor ICMS seja a empresa, o STF, em seguida a prolongada mesa-redonda, deliberou na perspectiva de que o ICMS justaposto no preço dos produtos objetos de venda carece de retirada do faturamento para fins de cálculo das

contribuições sobre a receita, sobrepujando as Súmulas 69 e 94 do STJ, as quais seguiam fundamentos em sentido díspar.

Assim, a Suprema Corte entendeu que o ICMS corresponde a valores passageiros nas contas das pessoas jurídicas devedoras e que, em seu epílogo, tais valores são repassados para o Poder Público, ora Estado arrecadador. Portanto, a fração do ICMS de modo algum toleraria ser compreendida como faturamento ou receita bruta e, por conseguinte, não poderia se conformar com sua incidência na base de cálculo do PIS e da COFINS. Por fim, para fixação, frisa-se que em consonância com o posicionamento validado pelo Supremo Tribunal Federal, o ICMS é receita do Estado e de forma alguma dos contribuintes.

Diante disso, os contribuintes que proporam ação antes da data do julgamento, 15 de março de 2017, podem reaver o valor pago a maior, em até cinco anos anteriores ao ingresso da ação

REFERÊNCIAS

ANDRADE JUNIOR, Ailton José de; CUNHA, Carlos Renato. Conceito Constitucional de receita e faturamento, e a inclusão de tributos - STF x STJ. **Revista de Direito Tributário Contemporâneo**. vol. 11. ano 3. p. 135-156. São Paulo: ed. RT, mar.-abr. 2018.

ÁVILA, Humberto. O ICMS na base do PIS e da COFINS: incompetência, iniquidade e desigualdade. **Revista Dialética de Direito Tributário**, v. 195, p. 69, 2011.

BARRENI, Smith. RE 574.706/PR: exclusão do ICMS das bases de cálculo das contribuições são PIS/PASEP e da COFINS. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**. Ano 2, n. 1, 2017.

BARRETO, Simone Rodrigues Costa. Taxa. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. Ed. 1, maio. 2019. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/299/edicao-1/taxa>. Acesso em: 26 abr. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. Lei Complementar n o 70, de 30 de dezembro de 1991. Institui contribuição para financiamento da Seguridade Social, eleva a alíquota da contribuição social sobre o lucro

das instituições financeiras e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp70.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro 1996 (Lei Kandir). Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp87.htm#art36. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003. Altera a Legislação Tributária Federal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.833.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 574.706/PR. Recurso extraordinário com repercussão geral. Exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS. Definição de faturamento. Apuração escritural do ICMS e regime de não cumulatividade. Recurso provido. Recorrente: Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos Ltda. Recorrido: União. Relator(a): Ministra Cármen Lúcia. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Paraná, 2017.

CARNEIRO JÚNIOR, Péricles José. A exclusão do ICMS destacado da base de cálculo do PIS/COFINS sob o prisma do RE 574.706/PR. **Repositório Institucional da UFPB**. 2021.

CARNEIRO, Cláudio. **Curso de direito tributário e financeiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

COSTA SOUZA, Filipe. O princípio da Irretroatividade e o Fato Jurídico Tributário. **Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA**. Assis, 2013.

CREPALDI, Silvio Aparecido. **Princípios constitucionais tributários**. 2012.

DA SILVA MARTINS, Ives Gandra; DE SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues. Exclusão do ICMS-ST da base de cálculo do PIS e da COFINS (RE 574706). **Revista de Direito Brasileira**, v. 21, n. 8, p. 422-428, 2019.

DA SILVA, Gustavo Pires Maia. O "esquecido" princípio constitucional da vedação ao confisco. **Migalhas**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/321018/o--esquecido--principio-constitucional-da-vedacao-ao-confisco>. Acesso em: 04 maio 2022.

DE SOUZA, Luís Henrique Neris. A BASE DE CÁLCULO DO ICMS. **Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta**, v. 3, n. 4, p. 85-90, 2002.

DELGADO, José Augusto. Aspectos Gerais das Espécies Tributárias. **Revista Fórum de Direito Tributário - RFDT**, Belo Horizonte, ano 1, n. 5, p. 9-39, set./out. 2003.

TOSTES, Alexandre Chow de Martino; GURGEL, Cláudia. **PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS**. Rio de Janeiro: 2008.

FERREIRA, Dayana Rodrigues. Exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS: posicionamento final do Supremo Tribunal Federal no RE 574.706 julgado em repercussão geral. **Direito Izabela Hendrix**. Vol. 25, p. 34-38, 2020.

FRASCINO, Glaucia Lauletta; DE MOURA; Adriano Rodrigues. PIS/Cofins: Os tributos sobre a receita que você só encontra no Brasil. **JOTA**. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/pis-cofins-13052021>. Acesso em: 21 out. 2021.

GONÇALVES, Danilo Oliveira; SOUZA, Rogério da Silva e. Segurança jurídica, constitucionalidade e justiça social da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS: uma análise dos julgados nos TRFS. **Revista Científica do UniRios**. 2020.2, p. 232-253, 2020.

GRAVINIS, Claudete Rodrigues Teixeira; GAUBERT, Leonardo Rodrigues. Financiamento da Seguridade Social: as contribuições sociais sobre a receita, o faturamento e o lucro. **JURIS-Revista da Faculdade de Direito**, v. 26, p. 205-217, 2016.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. **Manual de direito financeiro e tributário**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book.

LENZA, Pedro; CAPARROZ, R. **Direito tributário esquematizado®**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

LOPES, Hélio Benigno. **Financiamento da seguridade social: análise do entendimento do STF sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS–recurso extraordinário nº 574.706/PR**. Mossoró/RN: 2017.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; SOUZA, Fátima Fernandes rodrigues de. EXCLUSÃO DO ICMS-ST DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS (RE 574706). **Revista de Direito Brasileira**. v. 21, n. 8, p. 422-428, 2018.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Tributário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. Ebook.

MINKE, Paloma. **Brasil tem alta carga tributária, mas continua oferecendo menor retorno à população**. Disponível em: <https://ibpt.com.br/brasil-tem-alta-carga-tributaria-mas-continua-oferecendo-menor-retorno-a-populacao/#:~:text=Pela%20quarta%20vez%20consecutiva%2C%20o,%2C%20seguran%C3%A7a%2C%20transporte%20e%20outros>. Acesso em: 26 abr. 2022.

MONGUILOD, Ana Carolina; GUEIROS NETO, Carlos Alberto. 'Tese do século': Entenda o julgamento sobre ICMS na base do PIS/Cofins. **JOTA**. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/tese-do-seculo-entenda-julgamento-icms-base-pis-cofins-07032022>. Acesso em: 27 maio 2022.

NOVAIS, Rafael. **Direito tributário facilitado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2018. E-book.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

ROSA, André Santos de; MURTA, Antônio Carlos Diniz. Reflexões sobre os efeitos da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS eda COFINS: a (im)possibilidade de incidência de tributos sobre tributos à luz do princípio da capacidade contributiva. In: RIBEIRO, Adriano da Silva; BERNARDES, Bruno Paiva; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). **Empresa, tributação e processualidade democrática**. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2020. E-book. p. 95-111.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário Manual de Direito Tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.

SCHOUER, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

SEHN, Solon. Exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS-COFINS. **Revista dos Tribunais Online**. vol. 992, p. 195 – 218, 2018.

ZAGO, Jéssica Andressa; DA SILVA, Letícia Twardowski; RIGO, Vitor Paulo. Impacto da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS: estudo sobre a decisão do STF e seus efeitos em uma empresa do segmento alimentício. **REVISTA AMBIENTE CONTÁBIL-Universidade Federal do Rio Grande do Norte-ISSN 2176-9036**, v. 14, n. 1, p. 69-87, 2022.

A CONTRIBUIÇÃO DO PSICÓLOGO JURÍDICO NA RESOLUÇÃO DOS CASOS DE VIOLÊNCIA CONTRA MULHER

HÍTALO ROBERTO RAMOS DE CARVALHO:
bacharelado em Direito pela UniCatólica do Tocantins.

GUILHERME AUGUSTO MARTINS SANTOS

(orientador)

RESUMO: O propósito do presente artigo é abordar a importância do psicólogo jurídico na resolução dos casos de violência contra mulher, pois o mesmo sendo um profissional com conhecimento jurídico e psicológico, torna um profissional completo no amparo, e no desenvolver desses casos que tem tomado grandes proporções na sociedade, embora sua função do psicólogo jurídico ainda seja pouco conhecida. Esse estudo teve como base a revisão bibliográfica, meio utilizado com intuito de abordar teorias sobre a violência contra mulher e o papel do profissional de psicologia jurídica na resolução e amparo as vítimas de violência. O profissional atualmente esse profissional é o que faz o primeiro contato com as vítimas de agressão, devido estarem nos atendimentos nas delegacias, sendo assim pode se concluir que é de suma importância a atuação de profissional na resolução e amparo as essas vítimas.

Palavras-chave: Violência contra mulher, Psicólogo jurídico, Lei Maria da Penha.

INTRODUÇÃO

Argumentar sobre a violência contra a mulher é um assunto que permeia todos os tipos de comunicação seja formal ou informal, seja nas mídias televisivas seja nas redes sociais. E por muito tempo questionava se uma forma de combater e socorrer a vítima de agressão. Até que uma Lei foi sancionada com intuito de extinguir a violência contra mulher, a Lei 11.340/2006 que leva o nome de uma mulher que durante anos sofreu violência doméstica Maria da Penha, mulher que ficou paraplégica depois de sofrer agressão de esposo.

A Lei Maria da Penha é considerada umas das leis mais completa no que diz respeito ao amparo da vítima de agressão, pois além da condenação do agressor, ela discorre sobre o atendimento que deve ter a mulher, dentre os atendimentos, a assistência psicológica, onde o profissional de psicologia que será tratado é o psicólogo jurídico. Profissional presente nos primeiros atendimentos a vítima de agressão. Então levantou se problema de

qual seria a importância do mesmo na resolução dos casos de violência contra mulher? O psicólogo jurídico teve seu reconhecimento no ano de 1980, com o Estatuto da Criança e do Adolescente, onde buscava se junto ao Poder Judiciário inovações na prática de psicodiagnóstico, foi então que nos anos 90 instituiu-se o psicólogo jurídico, que viria atender em diversas áreas.

Uma dessas áreas de conflitos intrafamiliares e violência doméstica, pois o psicólogo jurídico além da análise do comportamento juridicamente relevante do indivíduo, em lugar regulado pelo direito, bem como estudo do nascimento, evolução e a modificação da regulação jurídica, conforme a necessidade da pessoa.

O psicólogo jurídico é o profissional cuja a especialização está ligada a psicologia e ao direito, sendo assim apto ao atendimento a vítima de violência doméstica. Lembrando que a junção dessas duas áreas de atuação visa o mesmo objetivo.

Os relatos sobre a violência contra mulher, descreve que um dos maiores danos deixado nessas vítimas é o psicológico, deixando inúmeros problemas emocionais, nesse caso a atuação do psicólogo jurídico, seria de extrema importância, pois além de tratar o emocional da vítima, consegue aliar a esse tratamento o respaldo jurídico, podendo orientar em diversas outras questões.

Embora não tenha encontrado muitos artigos sobre a atuação do psicólogo jurídico e sua atuação na violência contra mulher, acredito ter alcançado os objetivos deste trabalho, onde descrever a origem da profissão de psicólogo jurídico, relatar a violência contra mulher e a importância da atuação do psicólogo jurídico na resolução dos casos de violência contra mulher, sabendo-se que esse profissional é atuante dentro da Delegacia de Proteção a Mulher, sendo ele o que ouve e aconselha durante e depois a denúncia, pode-se concluir que todos os objetivos foram alcançados, isso através de uma revisão bibliográfica.

PSICOLOGIA JURIDICA

A Psicologia é uma ciência que trata dos estados e processos mentais do ser humano, estudando o comportamento e suas interações com o âmbito físico e social. Essa ciência tem esferas que estuda problemas psíquicos, e que tenham conflitos mentais e comportamentais, seja ela individual ou em grupo. Através das diversas áreas e linhas de atuação, ela procura compreender a complexidade do ser humano. Dentre as diversas áreas da psicologia, ressaltaremos a psicologia jurídica. Área atuante em conflito intrafamiliar. Dentre os vários fatores de conflito, destaca-se a violência contra a mulher.

Psicologia, ciência que trata dos estados e processos mentais, do comportamento do ser humano, de sua interação com um ambiente físico e social. Conjunto de traços característicos de um sujeito ou de grupo de indivíduos.

Segundo o conselho federal de psicologia, as áreas de atuação são inúmeras, cada um com sua especificidade (REVISTA PSICOLOGIA: CIÊNCIA E PROFISSÃO, 2012), a saber:

1. Análise do Comportamento
2. Avaliação e Medidas em Psicologia
3. História da Psicologia
4. Métodos em Psicologia
5. Neurociências, Neuropsicologia
6. Processos Psicológicos Básicos
7. Psicobiologia, Psicologia Evolucionista, Psicologia Animal
8. Psicologia Ambiental
9. Psicologia Clínica, Psicanálise
10. Psicologia Cognitiva
11. Psicologia Comunitária
12. Psicologia da Aprendizagem
13. Psicologia da Saúde
14. Psicologia do Desenvolvimento, Psicomotricidade
15. Psicologia do Esporte
16. Psicologia do Trabalho e Organizacional
17. Psicologia do Trânsito
18. Psicologia Educacional e Escolar, Psicopedagogia

19. Psicologia Jurídica
20. Psicologia Social
21. Saúde Mental e Psicopatologia
22. Temas transversais
23. Teorias e Sistemas em Psicologia

Dentre as áreas de atuação, o presente artigo destaca a psicologia jurídica, elemento de estudo no decorrer deste trabalho, apontando o início da Psicologia Jurídica, sua importância da atividade desse profissional e sua contribuição no processo de agressão contra mulher.

A psicologia jurídica pode ser descrita como o análise do comportamento juridicamente relevante do indivíduo ou grupo de indivíduo em lugar regulado pelo direito, bem como estudo do nascimento, evolução e a modificação da regulação jurídica, conforme a necessidade da pessoa ou grupo (TRINDADE, 2014).

Porém Pinheiro (2019 p. 27) acredita que psicologia jurídica

No entanto, acreditamos que essas definições, mesmo que aparentemente abrangentes de todas as possibilidades no âmbito da intercessão entre direito e psicologia, são incompletas se pensarmos na psicologia jurídica em três dimensões: a psicologia do direito, a psicologia no direito e a psicologia para o direito. A psicologia do direito tem por objetivo explicar a essência do fenômeno jurídico, ou seja, a fundamentação psicológica do direito, uma vez que este está repleto de conteúdos psicológicos. O direito nasce, conforme estudado em outras disciplinas afins, por conta da necessidade de sobrevivência e de organização dos homens em sociedade. Nesse sentido, a psicologia jurídica poderia ser definida de forma mais completa como o ramo da psicologia portador de conteúdos tendentes a contribuir na elaboração de normas jurídicas socialmente adequadas, assim como promover a efetivação dessas normas ao colaborar com a organização do sistema de aplicação das normas jurídicas.

A psicologia se ligou ao direito por meados de século XX dando origem a “psicologia do testemunho”, onde se buscava conferir, através de estudos experimentais psicológicos, a veracidade do relato do indivíduo, envolvido num processo jurídico, buscava conferir a

veracidade da narrativa. Tal verificação dava-se por aplicação de testes, onde observava-se o comportamento do indivíduo implicado na ação jurídica (MAIA, 2015). A autora ainda relata que as maneiras de obtenção de confissão, foram gradualmente substituídas por técnicas de exploração psicológicas, essas formas eram empregadas com intuito de “exploração psicológica da memória, consciência, atenção, imaginação, quociente intelectual, os chamados interrogatórios estressantes”.

Mas o que marcou a caminhada da psicologia jurídica, foi a reformulação do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, (ECA), Lei nº 8.069/90, onde nos artigos.

Os artigos 150 e 151 do ECA tratam exclusivamente dos serviços auxiliares da Justiça, que devem ser exercidos por uma equipe interprofissional: Art. 150 – ECA: Cabe ao Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, prever recursos para manutenção de equipe interprofissional, destinada a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude. Art. 151 – ECA: Compete à equipe interprofissional, dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação de ponto de vista técnico.

Com isso ocorreu mudanças no atuar do profissional de psicologia, especialmente no que se refere as Varas de família e Vara da Infância e Juventude, onde inúmeros debates e questionamentos foram levantados sobre a prioridade de um profissional, atuante. Buscando inovação junto Poder Judiciário, para prática prioritária na elaboração de psicodiagnóstico. E nos anos 90 desencadeou uma batalha dos psicólogos, para criação do cargo de psicólogo jurídico, junto ao Poder Judiciário e atualmente o psicólogo jurídico atua em diferentes instituições, em várias atribuições. Como por exemplo, no que diz respeito ao relacionamento entre homem e mulher e nas resoluções de existentes conflitos que nem sempre são somente ações processuais ou burocráticas, mas que envolve inúmeras situações (MAIA, 2015).

No diz respeito relação conjugais, a atuação do psicólogo jurídico, será atuante em vários problemas como: a guarda dos filhos, alienação parental, abuso e maltrato aos filhos e a violência contra mulher.

Atividade da psicologia jurídica no processo de agressão contra a mulher, embora, não seja um assunto muito debatido e conhecido na sociedade, vem sendo um papel bastante importante. Embora cerca de boa parte da sociedade feminina já tenha sofrido algum tipo de violência física, verbal e mental, vale ressaltar, que a contribuição do psicólogo na investigação de violência feminina é uma das principais funções para desmitificar o fato de quem cometeu a agressão, e ajuda no estudo de comportamento do agressor. A relatos, que os psicólogos jurídicos na entrevista criminal, foi fundamental para que a mulher comprove a agressão psicológica e verbal do seu conjugue. (MONTEIRO, 2012).

Segundo os autores, Macarini, Miranda; 2018, o psicólogo jurídico está direcionado para os compromissos sociais e práticos. Atualmente, o profissional da psicologia está presente nos mais diversos contextos de atuação, incluindo as delegacias de atendimento à mulher em circunstância de violência doméstica.

A autora Silva (2009, p.05). Psicologia jurídica é uma área que vem crescendo muito, a cada ano o psicólogo jurídico vem crescendo conforme o processo de conhecimento e atuação. A área faz ligação com o direito e ambos caminham lado a lado com a função de planejamento e execução de políticas de cidadania, observando o direito humanos, e combate à violência, e com orientação familiar entre outras formas.

A psicologia jurídica é a área da psicologia, que integra os profissionais e se dedicam a interligação da psicologia e o Direito. E auxilia o ser humano em questão a sua saúde mental após o envolvimento em um processo jurídico. "A Psicologia Jurídica é um dos campos de conhecimento e de investigação dentro da psicologia, com importantes colaborações nas áreas da cidadania, violência e direitos humanos." (NOVO; 2018)

O psicólogo Jurídico que atua como perito, é nomeado um profissional de confiança do juiz, neste caso, os Psicólogos que trabalha nos Foros Regionais e Tribunais de Justiça Estaduais, e Delegacias, deverão ser concursados, e fazem parte do quadro funcional do judiciário.

Os autores Arruda; Ivo; Parraga (2019) o seu artigo teve o objetivo de manter a principais consequências psíquicas vivenciadas por uma mulher vítima de agressão em seu próprio lar. Mostrando como o psicólogo jurídico ampara a vítima, e ressaltando os poderes da agressão. Como podemos ver, a violência contra a mulher é dividida em várias formas, por exemplo existe a violência física, violência psicológica e sexual. A violência física é conhecida por empurrões, murros e chutes, agressões que gera marcas no corpo da mulher. A violência psicológica é aquela composta por gritos, ameaças sarcasmos, humilhação e proibição.

Diante de vários relatos, existem diversos casos de violência feminina, embora nem todos sejam denunciados, devido a mulher ter inúmeros receios. A mulher que se relacionou ou conviveu, por algum tempo com a violência cometida pelo conjugue, parente ou agressor, geralmente desenvolve algum tipo de problema psicológico, como a dificuldade de mudar sua realidade, até mesmo chegando a se acostumar com as agressões. Devido alguns casos ser denunciados por terceiros, é de suma importância a atuação do Psicólogo Jurídico, para estudar, e garantir a saúde mental da mulher vítima de agressão.

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO TOCANTINS

A violência contra a mulher é um assunto sempre presente na sociedade, e põe luz nas diversas violências praticadas, ainda hoje. Nos últimos anos vários direitos foram alcançados, com muitas lutas, resistências e organizações sociais, que aguçaram a curiosidade, levando a conscientização dos direitos das mulheres para um outro patamar.

Mesmo com essas conquistas a violência contra mulher continua não considerando, cor da pele, etnia, posição social. A violência ocorre de diversas formas desde a mais sutil até a forma mais violenta como as agressões físicas e o feminicídio (SILVA *et al.*, 2019).

As diferentes formas de violência começaram a ser debatidas no século XIX. Entretanto, no Brasil os debates sobre assunto tiveram início a partir de 1980. A violência pode ser caracterizada ou descrita de várias formas podendo ser: física, psicológica, sexual ou comportamento controlador, sendo mais usual a violência física, provocada na maioria das vezes por seus parceiros, porém quando a violência chega a esse ponto, a vítima já passou pelas demais formas de violência (COELHO *et al.*, 2014).

O mesmo autor descreve segunda a Lei Maria da Penha, as diversas formas de violência sofrida pela mulher e passíveis de punição.

O texto identifica as diversas modalidades de violência inspirado na classificação adotada pela Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), no art. 7º, ou seja: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

I - Violência física é aquela conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal da mulher;

II - violência psicológica é qualquer conduta que causa danos emocional e diminuição da autoestima ou que prejudica e perturba o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar as ações,

comportamentos, crenças e decisões da mulher, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - violência sexual é aquela conduta ofensiva à mulher que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - violência patrimonial é qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral é qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. (COELHO *et al.*, 2014 p. 13).

Alguns relatos descrevem que desde a Revolução Francesa no século XVIII, a mulher já travava uma luta pelos seus direitos. E em meados do XIX início do século XX essa luta chega ao patamar de campanha para leva las ao direito de votar. Já no Brasil no século XIX, essa luta começava de uma forma tímida, pois era quase de forma individual, somente algumas mulheres eram contrarias a opressão que viviam no âmbito familiar. Em 1910 um grupo de mulheres montaram o Partido Republicano Feminino, onde as participantes reivindicavam, a emancipação e independência feminina, porém só nos anos de 1960/1970, o movimento feminista brasileiro consegue pautar penalmente assuntos como aborto, violência doméstica, estupro enquanto violência de gênero (SILVA, 2019).

Com isso, a luta pela emancipação da mulher ganha maior visibilidade e apoio, fazendo com que a mulher se fortalecesse e engajassee ainda mais, e sua luta se fortalecesse ainda mais, levando a uma vitória grandiosa que foi a criação de uma lei que as amparasse em todas as áreas e condições. Foi uma grande vitória esse acontecimento.

Um dos acontecimentos marcantes para o movimento feminista no enfrentamento contra a violência a mulher, foi a sanção da lei Maria da Penha 11.340/2006, em 07/ 08/ 2006. Sendo vista pelas Nações Unidas, uma das melhores leis do mundo (SANTOS, 2017).

Segundo Lourenço (2015 p 34) outra conquista aconteceu no dia 3 de março de 2015:

Projeto de Lei nº. 8.305/2014, de iniciativa do Senado Federal, que foi sancionado pela Presidência da República em 09 de março de 2015, transformando-se na Lei Ordinária nº. 13.104/2015, publicada no Diário Oficial da União de 10 de março de 2015. A citada Lei nº. 13.104/2015 alterou o art. 121, do Decreto-Lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. Também alterou o art. 1º da Lei nº. 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos) para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Definiu o feminicídio como o crime praticado por razões de gênero, considerando que há razões de gênero quando o crime envolve violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher. As penas podem variar de 12 a 30 anos de prisão, que podem ser aumentadas de 1/3 até a metade se o crime for praticado das seguintes formas: a) durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; b) contra pessoa menor de 14 (quatorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; c) na presença de descendente ou de ascendente da vítima. A aprovação do Projeto de Lei era uma reivindicação da bancada feminina e significa mais um grande passo na luta pelos direitos das mulheres (LOURENÇO, 2015).

Porém a violência contra mulher infelizmente ainda é algo que vem acontecendo com frequência no Brasil, trazendo uma grande revolta na sociedade feminina e na sociedade em geral. Mas diante de movimentos, paralisações e manifestações virtuais, rádio, TV, banner, entre outras, as denúncias têm crescido bastante. No entanto, não é suficiente para punir os agressores e proteger as vítimas, pois na maior parte do tempo os agressores são indivíduos do convívio da vítima, a exemplo das violências domésticas.

A violência acontece em qualquer tipo de ato que é baseado no gênero masculino, que tenha o intuito de prejudicar o dano físico da mulher, que é gerada por agressão física, sexual e psicológica que pode acontecer tanto em ambientes públicos ou em ambientes privados. Neste caso, a violência que é sofrida por mulheres pode ser chamada por dois nomes, violência de gênero ou doméstica, que tem um fenômeno extremamente complexo, que afeta mulheres por toda parte do mundo (SILVA, 2013).

Constata-se que as mulheres são vítimas de atos nocivos a sua integralidade apenas por pertencerem ao sexo feminino. Este fato leva a pensar que a sociedade ainda tem uma concepção de mundo associada a superioridade masculina. A violência apresenta uma natureza sete de padrões diferenciados, violência interpessoal quanto ao agressor pois, apesar de existir inúmeros perpetradores, normalmente os agressores são pessoas do próprio convívio familiar das vítimas, sejam eles marido, pai, padrasto, tios, primos e conjugues.

No ano de 2019, no Tocantins, os índices de agressão contra a mulheres caíram, mesmo assim, a sociedade feminina alerta o reforço de que as denúncias são essenciais para o movimento, e para a diminuição dos casos, neste sentido nos mostra a secretaria da segurança do estado:

Os números de registros de violência contra mulher caíram no Tocantins em relação ao mesmo período de 2019, na contramão do aumento dos números de denúncias feitas aos canais da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos (ONDH). Diante desse cenário e com o intuito de reforçar o embate contra esse tipo de crime, a Secretaria de Estado da Cidadania e Justiça (Seciju), por meio da Gerência de Políticas e Proteção às Mulheres, reforça a necessidade de denunciar com a finalidade de coibir, prevenir e erradicar a violência doméstica e familiar contra a mulher, garantindo sua integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial. (SECRETARIA DA SEGURANÇA DO ESTADO DO TOCANTINS; 2019).

Porém de acordo com o mesmo órgão pesquisas mais recentes indicam que o índice de casos de agressão contra a mulheres no Tocantins, aumentaram devido a pandemia. Os relatos descrevem, que o convívio, com o agressor veio ser maior, que gerou um aumento nos casos trazendo uma grande percentagem nas denúncias, como podemos ver:

A violência de gênero contra a mulher que é, "qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado" (Art. 1º da Convenção de Belém do Pará - 1994), aumentou com a pandemia, sendo agravada no ambiente doméstico e familiar devido aos longos períodos em que as vítimas estão obrigadas a ficar na presença de seus possíveis agressores. No Tocantins, as Centrais de Denúncias de Direitos Humanos, disque 100 e ligue 180, vinculadas ao Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), registraram, somente no primeiro semestre de 2020, 400 denúncias de 2.622 violações contra a mulher, ou seja, em uma única denúncia há

relatos de mais de um tipo de violência sofrida. Os dados podem ser verificados no Painel de Direito Humanos. (SECRETARIA DA SEGURANÇA DO ESTADO DO TOCANTINS 2020).

Diante dos diversos casos de agressão visando a melhor forma de combater esse tipo de violações dos direitos humanos e das mulheres, a Secretaria de Estado da Cidadania e Justiça vem fazendo ações com as vítimas, por meio de palestra oficinas, debates, e ressaltando o direito de cada uma dessas mulheres que já sofreram agressão tanto faz física, mental ou verbal. (SECRETARIA DA SEGURANÇA DO ESTADO DO TOCANTINS, 2020).

A lei 11. 340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher é fundamental para que aja respeito e amor. A autora ressalta em seu livro que a Constituição Federal explica que o princípio maior é o respeito à dignidade da pessoa humana, além de assegurar a proteção a família brasileira que é a base da sociedade. Diante das pesquisas, vale ressaltar como os danos psicológicos sofrido pela mulher, tem a necessidade da assistência, após todo ocorrido (DIAS, 2008, p.60).

Embora debata-se com frequência o assunto violência contra mulher, saiba-se não ser fácil para a mesma relatar o que sofre seja no ambiente de trabalho, por medo de perder o emprego, seja na rua por vergonha de ser desacredita, seja casa, dos pais, irmãos, cônjuge. Esse quadro se agrava, em se tratando do companheiro, pois em grande parte a vítima depende inteiramente do agressor. Porém existem casos, em que a vítima, mesmo tendo uma vida financeira independente, não consegue denunciar o agressor, por vergonha de se expo devido sua posição, por ser desacreditada, ou mesmo por nutrir sentimento pelo mesmo e acreditar em promessas de mudança.

A mulher após a eventualidade, tem muitas dificuldades em manter ou iniciar um relacionamento, demonstrando ansiedade, estresse pós-traumático, abuso de álcool e outras drogas, mantendo com ela o pensamento de culpa, e os principais sintomas, depressão, baixa autoestima, a falta de convívio social, junto a outros sentimentos trazidos por circunstâncias de violência.

Neste caso, entra a importância do psicólogo jurídico, com a intenção de promover atendimento e acompanhamento psicológico às mulheres com intuito de elas recuperem, sua autoestima, seus desejos e vontades, que ficaram reprimidos e suprimidos durante todo o período em que conviveram em uma relação marcada pela violência.

LEIS QUE AMPARAM O PSICOLOGO JURIDICO, LEI MARIA DA PENHA

Em maio de 1983, Maria da Penha Maia Fernandes, ficou paraplégica decorrente da agressão sofrida por seu esposo Marco Antônio Viveiros. Maria da Penha nascida no Ceará sofria agressão desde o início de seu casamento, sendo ela vítima de diversas formas de agressão, mãe de três filhos, veio a ficar paraplégica depois de uma tentativa de homicídio, sofrida pelo companheiro. O acontecido foi investigado, o agressor julgado e condenado em 1991, há oito anos de prisão, não chegando a cumprir a totalidade da pena devido aos benefícios de recursos jurídicos, com isso o caso repercutiu, ganhando a atenção da Comissão Internacional dos Direitos Humanos da Organização dos Estados da Americanos, que acusou a Justiça Brasileira pela negligência nos casos de violência contra a mulher. A interferência da Comissão, foi de suma importância na criação da lei Maria da Penha, e no enfrentamento a violência contra mulher (MOMTEIRO, 2012).

Diante de tanta violência, descaso e críticas no dia 07 de agosto de 2006, sancionada a lei 13.340 Lei Maria da Penha, que recebeu esse nome em homenagem a farmacêutica Maria da Penha que veio a ficar paraplégica depois de sofrer violência doméstica. Como cita acima (LOURENÇO, 2015).

O objetivo da lei é inibir, evitar, intimidar e ou pelo menos fazer com as agressões contra a mulher fosse reduzida.

Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências (BRASIL, 2006).

Monteiro (2012) cita em seu artigo a lei tem por definição que:

A violência doméstica e familiar contra a mulher, no artigo 5º, como: Qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. Sendo que a violência doméstica contra a mulher pode ocorrer: "no âmbito da unidade doméstica

No artigo 9º da Lei Maria da Penha, resguarda e assegura a vítima quanto a sua integridade física e mental, garantindo seu atendimento e acompanhamento junto a uma equipe multidisciplinar, onde a mesma tem atendimentos medico, proteção nos casos apoiando quando necessário sua saída de casa e atendimentos psicológico, nesse caso inicia se o papel do psicólogo jurídico.

Segundo Jesus (2010 p53) uma das funções do psicólogo jurídico é amparar a vítima e colaborar para que a vítima, consiga melhorar sua situação e recobrar a saúde mental de forma que a mesma consiga voltar a sua vida no meio social.

Com isso a psicologia Jurídica tem sua importância, pois, a violência contra a mulher é considerada um fato problemático de saúde pública para a Organização Mundial de Saúde. Pois a violência afeta a integridade física da vítima, deixando seu estado emocional desequilibrado gerando vários outros problemas como, insegurança sendo que esses sintomas corroboram para as mulheres agredidas tenham incidências de problemas que as fazem voltar diversas vezes em busca de assistências aos serviços de saúde. “As consequências da violência doméstica são delicadas, além das marcas físicas, a violência, causa vários danos emocionais, como: influências na vida sexual da vítima; baixa autoestima e dificuldade em criar laços” (PINHEIRO *et al.*, 2016).

Barbieri e Leão (2012) descreve em seu artigo, que a interferência do psicólogo além de ajudar a vítima no processo de relatar o fato também consegue com a mesma sinta se mais segura em relação a si mesma, tendo em vista que a mesma em grande parte dos casos sente medo ou vergonha de expor todos os fatos, fazendo com muitas vezes ela venha a desistir da denúncia.

Conforme Castilho (2018), dados obtidos pelo Ministério da Saúde em 2010 revelaram que as agressões intrafamiliares na sua maioria eram cometidas por companheiros e marido, visto que a grande maioria dos agressores cultivavam o conceito de que a mulher era um ser submisso, deixando marcas relevantes na mulher, frisando a importância do atendimento e acompanhamento da vítima, sejam realizados por profissionais que tenham carisma e consigam ajudar a tratar as diversas marcas deixada na vítima. Ele ainda ressalta a importância do psicólogo jurídico está apto atuar, no amparo a vítima e seus familiares.

Segundo Monteiro (2012)

O psicólogo, independente, da abordagem ou método escolhido para realizar esse tipo de atendimento, deverá primeiramente criar um “rapport” e um vínculo terapêutico com a vítima, fazendo com que ela se sinta num ambiente seguro e confiável, pois, somente desta forma, ela conseguirá compartilhar as experiências vividas que lhe causaram sofrimento. Outro objetivo do atendimento psicológico às vítimas é fazer com que elas resgatem sua condição de sujeito, bem como sua autoestima, seus desejos e vontades, que ficaram encobertos e

anulados durante todo o período em que conviveram em uma relação marcada pela violência. Desta forma, elas poderão ter coragem para sair da relação que, durante muito tempo, tirou delas a condição de ser humano, tornando-as alienadas de si mesmas. Este é um processo que continua ativo durante um longo período no psiquismo da mulher, mesmo que ela já tenha colocado um ponto final na relação. Pois, no período em que sofreu as violências, o parceiro a desqualificava de todas as formas, através da violência psicológica e moral. A introjeção das mensagens impostas pelo seu agressor fez com que sua autoestima se tornasse cada vez menor, fazendo-a se sentir cada vez mais como um objeto, deixando de ser um sujeito dotado de vontades e saberes.

A Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha, é apontada como principal referência na atuação do psicólogo, vista como uma lei completa e esclarecida. De maneira que o profissional de psicologia que atende, esse tipo de caso deve ter ciência da referida legislação, e os direitos assistidos a mulher. O psicólogo jurídico é o profissional cuja a especialização está ligada a psicologia e ao direito, sendo assim apto ao atendimento a vítima de violência doméstica. Lembrando que a junção dessas duas áreas de atuação visa o mesmo objetivo (MACARI, MIRANDA; 2018).

“O trabalho do profissional da psicologia aliado à área jurídica acarreta um grande crescimento no campo de atuação dessa área, já que a psicologia contribui para o campo investigativo, nas avaliações e perícias” (MACARI, MIRANDA; 2018).

De acordo com as autoras Mengisztcki et al. (2018) em seu artigo publicado, a Psicologia Jurídica é uma forma de favorecer o Poder Judiciário na tomada de decisões mais justas, pois o psicólogo jurídico além de analisar o comportamento das pessoas, analisam também seus aspectos emocionais e cognitivos, trazendo à tona, fatos ou situações importantes que poderiam passar despercebidos sem a análise adequada.

Embora encontra se diversos artigos relatando a relevância da união da psicologia e o direito, e alguns relatos da atuação do psicólogo jurídico nos processos de mediação familiar, ainda são poucos os relatos de sua atividade na violência contra a mulher, mesmo sabendo que a psicologia é uma das áreas de maior relevância na assistência a vítima de violência e que o profissional jurídico tem o conhecimento da legislação que ampara a vítima, falta sua atuação nas equipes multidisciplinar de assistência a mulher.

Atualmente tem se visto que em algumas delegacias de defesa da mulher, a atuação de psicólogos jurídico para atender as vítimas que chegam para denunciar a agressão sofrida, esse primeiro contato é de suma importância para a mulher, pois a mesma

necessita de alguém que possa além de redigir sua denúncia, possa ouvir, orientar, aconselhar e acolher no momento muito difícil.

A atuação do psicólogo jurídico é de extrema importância no que diz respeito ao comportamento humano, por isso sua atuação diante de um caso de violência, a mulher seja qual for a agressão é de suma importância, pois sua visão pode livrar a vítima da opressão que está vivendo e ajudar a retomar sua vida.

CONCLUSÃO

O presente estudo pode comprovar através de pesquisas bibliográficas que atuação do psicólogo jurídico, na atenção e resolução aos casos de mulheres vítimas de violência e ou agressão seja ela doméstica ou não é de suma importância no desenvolvimento e recuperação da mesma, pois o período de maior insegurança da vítima é quando ela entra em uma delegacia para relatar o que fato de ter sido agredida, principalmente em se tratando do seu companheiro. Pois mesmo sabendo que lhes são garantidos todos direitos e ampara, a mesma ainda tem receio de denunciar por diversos outros motivos. Então o acolhimento de profissional na área de psicologia como o psicólogo jurídico, ajuda a esclarecer e acolher melhor essa vítima.

REFERENCIA BIBLIOGRAFICA

ARRUDA, Eliandra Souza Correa de; IVO, Felipe da Mata; PARRAGA, Maria Beatriz Bastos. VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO CONTEXTO INTRAFAMILIAR: UM ESTUDO A PARTIR DA PSICOLOGIA JURÍDICA. 2019. 23 f. TCC (Doutorado) - Curso de Psicologia, Univag, Mato Grosso, 2019. Disponível em: www.repositoriodigital.univag.com.br/index.php/Psico/article/view/635/632 Acesso em: 28 out. 2021.

BARBIERI, Camila Monter; LEÃO, Thassia Maria Soares. **O PAPEL DO PSICOLOGO JURIDICO NA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS FAMILIARES**. 2012. 13 f. TCC (Graduação) - Curso de O Papel do Psicologo Juridico na Mediação de Conflitos Familiares, Pontificia Universidade Catolica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2013. Disponível em: <https://www.psicologia.pt/artigos/textos/A0660.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2022.

BARI, Luciana Mancini. Violência contra a mulher: os graves riscos à saúde mental das mulheres e como oferecer ajuda? 2020. Hospital Santa Mônica. Disponível em: <https://hospitalsantamonica.com.br/violencia-contra-a-mulher> Acesso em: 26 out. 2021.

BRASIL. Código de Processo Civil (1988). Artigo nº 421 ao 424, de 1973. . 26. ed. SÃO PAULO, SP: Saraiva, 2018. BRASIL. Constituição Federal Brasileira (1988) Artigo 5º de 1988.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm Acesso em: 12 maio 2022.

CASTILHO, Heloísa Natalino Valverde. **Lei Maria da Penha e a atuação do psicólogo jurídico**. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67110/lei-maria-da-penha-e-a-atuacao-do-psicologo-juridico>. Acesso em: 13 maio 2022.

COELHO, Elza Berger Salema *et al.* **VIOLÊNCIA: DEFINIÇÕES E TIPOLOGIAS**. 2014. 32 f. TCC (Graduação) - Curso de Atenção A Homens e Mulheres em Situação de Violência Por Parceiros Íntimos - Modalidade A Distância., Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciências da Saúde, Florianópolis - Sc, 2014. Disponível em: https://violenciaesaude.paginas.ufsc.br/files/2015/12/Definicoes_Tipologias.pdf. Acesso em: 28 fev. 2022.

DIAS, Maria Berenice. A LEI MARIA DA PENHA NA JUSTIÇA. 2. ed. São Paulo: Revistados Tribunais, 2004. LOPEZ, EMILIO. MANUAL DA PSICOLOGIA JURIDICA. In: MANUAL DA PSICOLOGIA JURIDICA. [S. l.: s. n.], 2011. cap. 1, p. 28

JESUS, Fernando de. **Psicologia Aplicada á Justiça**. Goiânia: Abeditora, 2010. 199 p.

LOURENÇO, Edssandra Barbosa da Silva. **A LEI MARIA DA PENHA ENTRE O DIREITO FORMAL E O DIREITO DE FATO: A NECESSIDADE DE FORMAÇÃO PERMANENTE DA REDE DE PROTEÇÃO ÀS MULHERES EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO ESTADO DO TOCANTINS**. 2015. 131 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-Graduação (Mestrado) em Prestação Jurisdicional em Direitos Humanos, Universidade Federal do Tocantins - Campus Universitário de Palmas -, Palmas - To, 2015. Disponível em: <https://repositorio.uft.edu.br/bitstream/11612/110/1/Edssandra%20Barbosa%20da%20Silva%20Louren%C3%A7o%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2022.

MACARINI, Samira Mafioletti; MIRANDA, Karla Paris. **Atuação da psicologia no âmbito da violência conjugal em uma delegacia de atendimento à mulher**. 2018. 16 f. TCC (Graduação) - Curso de Psicologia, Escola Superior de Criciúma (Faculdades Esucri), Santa Catarina, 2018. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-494X2018000100013. Acesso em: 28 jan. 2022.

MAIA, Camila Yamaoka Mariz. **A TRAJETÓRIA DA PSICOLOGIA JURÍDICA**. 2015. 13 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, – Instituto de Educação Superior da Paraíba (Iesp), Paraíba, 2015. Disponível em: <https://www.iesp.edu.br/sistema/uploads/arquivos/publicacoes/a-trajetoria-da-psicologia-juridica.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2022.

MENGISZTKI, Eva Daik et al. **Violência contra a mulher: um toque da psicologia forense no âmbito multidisciplinar**. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68830/violencia-contra-a-mulher-um-toque-da-psicologiaforense-no-ambito-multidisciplinar> Acesso em: 29 out. 2021.

NOVO, Benigno Núñez. **A importância da psicologia jurídica**. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/imprimir/64532/a-importancia-da-psicologia-juridica> Acesso em: 29 out. 2021.

PINHEIRO, Ângela Fernanda Santiago *et al.* **INTERFACE ENTRE A PSICOLOGIA E O DIREITO EM CASOS DE VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES NO NUDEM**. 2016. 6 f. TCC (Graduação) - Curso de Psicologia, Faculdades Integradas Pitágoras de Montes Claros, Montes Claros, 2016. Disponível em: https://congressods.com.br/quinto/anais/gt_06/INTERFACE%20ENTRE%20A%20PSICOLOGIA%20E%20O%20DIREITO%20EM%20CASOS.pdf. Acesso em: 28 jan. 2022.

PINHEIRO, Carla. **Manual de psicologia jurídica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 188 p.

REVISTA PSICOLOGIA: CIÊNCIA E PROFISSÃO, 2012. Porto Alegre: Conselho Federal de Psicologia, 2012. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/publicacoes/revista-psicologia-ciencia-e-profissao/>. Acesso em: 27 fev. 2022.

SANTOS, Mara Cleide Oliveira dos. **VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES EM PALMAS, TOCANTINS: O QUE REVELAM OS DADOS DO SISTEMA DE INFORMAÇÃO DE AGRAVOS DE NOTIFICAÇÃO - SINAN?** 2017. 72 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Saúde Coletiva, Instituto de Saúde Coletiva. Universidade Federal da Bahia., Salvador - Ba, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/26067>. Acesso em: 28 fev. 2022.

SILVA, Otacisio Pereira da *et al.* **UM ESTUDO SOBRE AS VÁRIAS FORMAS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER**. **Direito em Foco**, Amparo - Sp, v. 12, n. 19, p. 31-38, 2019. Disponível em: <https://portal.unisepe.com.br/unifia/wp-content/uploads/sites/10001/2019/12/UM-ESTUDO-SOBRE-AS-V%C3%81RIAS-FORMAS-DE-VIOL%C3%81NCIA-CONTRA-A-MULHER.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2022.

SILVA, Laura Lemos e. **MÍDIA ONLINE E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER: O discurso como instrumento de poder estruturante da sociedade patriarca.** 2019. 33 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Uberlândia (Ufu), Mg., Uberlândia - Mg, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/28701/4/M%C3%ADdiaOnlineViol%C3%A4ncia.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2022.

TOCANTINS, GOVERNO. Tocantins registrou 400 denúncias de violências contra a mulher no primeiro semestre de 2020. **SECRETARIA DA JUSTIÇA**, [s. l.], 2019. Disponível em: <https://www.to.gov.br/noticias/tocantins-registrou-400-denuncias-de-violencias-contra-a-mulher-no-primeiro-semester-de-2020/5q5qfhur1skz> Acesso em: 25 out. 2021.

TOCANTINS, GOVERNO. Números de registros de violência contra mulher caem no Tocantins e a Cidadania e Justiça reforça a necessidade de denunciar. **SECRETARIA DA JUSTIÇA E CIDADANIA**, [s. l.], 2020. Disponível em: <https://www.to.gov.br/cidadaniaejustica/noticias/numeros-de-registros-de-violencia-contra-mulher-caem-no-tocantins-e-a-cidadania-e-justica-reforca-a-necessidade-de-denunciar/20izzf7t6ic9> Acesso em: 25 out. 2021

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica PARA OPERADORES DO DIREITO.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/79135094.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2022.

JULGAMENTO *DOCA STREET*: INFLUÊNCIA DA MÍDIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

GABRIELA MARIA LIMA ARAÚJO VIEIRA:
Acadêmica do Curso de Direito do Centro
Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.¹¹⁵

BRUNO CARNEIRO BRITO ¹¹⁶

(coautor)

JULIANO DE OLIVEIRA LEONEL ¹¹⁷

RESUMO: A presente pesquisa tem por objetivo analisar a influência exercida pela mídia no processo penal brasileiro, valendo-se de seus meios de massificação da informação e formação da opinião pública, usando como exemplo o famoso caso do *Doca Street*. Embora a mídia tenha papel fundamental e indispensável para um estado democrático de direito, por exercer papel de informar a sociedade, por diversas vezes tem feito o que podemos chamar de desinformação, utilizando sua força e poder, faz uso do sensacionalismo nos casos de grande repercussão, influenciando o pensamento comum da sociedade. Nesse sentido, a mídia aparece como um quarto poder, fazendo alusão aos três poderes de um estado democrático de direito. Assim, abordaremos um contexto histórico para entender quando a mídia começou a alcançar esse patamar e como ela usa da criminologia midiática para alcançar uma camada significativa da sociedade e como o processo penal do espetáculo coloca em risco o devido processo legal. Para a realização da presente pesquisa, usaremos o método dedutivo, consistindo na pesquisa bibliográfica e doutrinária, partindo dos pressupostos da mídia, entendendo o que seria criminologia

115 *E-mail*: gabimariafdl@outlook.com

116 Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. *E-mail*: brunocarneiro.brito@hotmail.com

117 Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília – UBC/DF; Doutorando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. *E-mail*: julianoleonel@hotmail.com

midiática e o processo penal do espetáculo, e ao final, fazer uma correlação entre esses pontos e o caso Doca Street.

Palavras-chave: mídia, criminologia midiática, processo penal do espetáculo, influencia na sociedade, Doca *Street*.

ABSTRACT: The present research aimed to analyze the influence of the media in the Brazilian criminal process, using its means of massification of information and formation of public opinion, taking as an example the widely known Doca Street's case. Although the media has a fundamental and indispensable role for a democratic state of law, as it plays the role of informing society, it has often done what can be called disinformation. By using its strength and power, the media uses sensationalism in cases of great repercussion, influencing the common thinking of society. In this sense, the media appears as a fourth power, alluding to the three powers of a democratic state of law. Thus, we approach a historical context to understand when the media started to reach this level and how it uses media criminology to reach a significant layer of society, as well as how the criminal process of the spectacle enriches the due process of law. In order to carry out the present research, we will use the deductive method, consisting of bibliographic and doctrinal research. Firstly, considering the assumptions of the media, we will understand what media criminology and the criminal process of the spectacle would be, and finally, we will make a correlation between these points and Dock Street's case.

Keywords: media, media criminology, criminal process of the spectacle, influence on society, Doca Street

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Pressupostos da mídia; 2.1. Surgimento; 2.2. Conceito; 2.3. Mídia como fonte de controle social – 4º poder; 2.4. Mídia como instrumento de formação de opinião. 3. Criminologia; 3.1. Criminologia como ciência; 3.2. Criminologia midiática; 4. Processo penal; 4.1. Breves considerações a respeito da materialização do processo penal; 4.2. Processo penal do espetáculo; 5. Doca Street e Ângela; 5.1 Ângela Diniz a “pantera de Minas”; 5.2. O homicídio; 5.3 Repercussão e influência da mídia do caso Doca Street; 5.4 Os julgamentos; 6. Conclusão; 7. Referências

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa se volta a compreensão do crescente problema a respeito da influência da mídia na sociedade e em especial, no processo penal brasileiro. Assim,

delimitando o tema para tal influência e utilizando o exemplo do famoso caso do *Doca Street*, como sendo um dos primeiros a sofrer grande influência da mídia.

A sociedade está em constante mudança e as evoluções tecnológicas estão proporcionando às pessoas um acesso mais rápido, fácil e sem filtros às mais diversas fontes de informações. Hoje em dia, o poder imensurável da mídia vem causando enorme preocupação no meio jurídico.

Em 1976, o caso *Doca Street* teve um desfecho em primeira instância e outro completamente diferente em segunda. O que mudou? A mídia televisiva da época, exercendo sua influência, deu rumos totalmente diferente ao julgamento. Dentre os poderes estabelecidos na sociedade contemporânea, não resta dúvidas de que a mídia atingiu maior relevância social e econômica, se propagando de maneira rápida para muitas pessoas em todas as esferas sociais, violando direitos fundamentais, tais como vida, honra e intimidade, e assim, influenciando a vida de milhões de pessoas.

Nesse sentido, o problema da pesquisa se volta ao entendimento da influência midiática, sem estabelecer se no total, tem sido boa ou má. Então, surge o questionamento: o fato de a mídia influenciar nas decisões de direito penal, cria margem para uma crise institucional do devido processo legal?

O desenvolvimento da pesquisa terá como base a revisão bibliográfica sobre o tema influência da mídia no devido processo legal e como o Direito tem se comportado sob essa influência, uma vez que a banalização da informação a respeito de crimes e seus, supostamente, autores, virou um mercado extremamente lucrativo.

A pesquisa tem como seu principal objetivo entender como se dá essa influência da mídia no processo penal, e quais os efeitos práticos que ela vem causando no devido

processo penal, sem a intenção de exaurir o assunto, nem de escolher onde ela tem sido benéfica ou não.

No artigo, iremos, num primeiro momento, trabalhar na análise do que é a mídia como um todo e qual o seu papel na sociedade e como tem exercido sua influência, valendo-se do que se entende como criminologia midiática. Em segundo momento, analisar o processo penal do espetáculo e como este está causando uma crise institucional no devido processo legal. Por fim, correlacionar com o caso *Doca Street*, buscando entender qual foi o papel da mídia no desfecho do caso.

2 PRESSUPOSTOS DA MÍDIA

2.1 Surgimento

O homem sempre se preocupou em encontrar mecanismos de comunicação e informação, ficando claro que desde a pré-história a troca de informações ou, podemos dizer, a mídia, esteve presente em sua evolução.

Dessa forma, Souza nos traz a ideia de que essa necessidade vinha da complexidade do pensamento humano. Segundo ele:

O ser humano é um ser eminentemente social. Nos primórdios da humanidade, os homens agregavam-se em pequenos grupos tribais e necessitavam de comunicar uns com os outros para garantir a sua sobrevivência. Quando o homem pintava as paredes das cavernas evidenciava a necessidade de comunicar que advém do pensamento complexo. (SOUSA, Jorge Pedro, 2006 pg. 129).

O termo em inglês *media*, que traduzido para português mídia, é derivado do latim, sendo introduzido no vocábulo americano para descrever, a princípio, três invenções para época e contexto sociocultural, a saber, o telégrafo, fotografia e a rádio.

A partir do século XV, com o surgimento de inúmeros acontecimentos políticos, econômicos, sociais e culturais, surgiu o registro de informações em papéis, que circulavam nos grandes centros dos principais países, num primeiro momento, na Europa e mais tarde nos Estado Unidos da América. Foi então que mais tarde, em meados do século XVII, surgiu o jornalismo, denominado nesse estudo como mídia.

A revolução industrial também teve papel fundamental na evolução do processo midiático. O advento da mecanização dos meios de produção de impressos, tonou o processo mais rápido e barato, levando mais uma vez ao aumento do público leitor, fazendo com que o processo de criação, divulgação e consumo se tornasse mais dinâmico e com maior alcance, como assim descreve Straubhaar.

Os meios de comunicação atravessaram vários estágios de desenvolvimento. A evolução desse meio vem dependendo do desenvolvimento das economias e sociedade a sua volta. Não poderíamos ter meios de massa disponíveis, por exemplo, antes que a Revolução Industrial tivesse tornado possível a produção e disseminação em massa de livros, jornais, rádio e televisão. (STRAUBHAAR, Joseph; LAROSE, Robert, pág. 26)

No decorrer de um dos maiores acontecimentos históricos da humanidade, a segunda guerra mundial, a mídia deu, até então o seu salto mais significativo, passando do meio impresso para o televisivo e radiofônico. A partir daí os rumos da imprensa mudaram, assumindo assim um papel empresarial, voltado para a obtenção de lucro. Segundo Sousa;

O conhecimento, a posse da informação, é a nova chave da riqueza. Durante a I Vaga (Revolução Agrícola) e nas épocas anteriores, a comunicação desenvolvia-se essencialmente dentro de pequenos

grupos (família, comunidade, etc.). A II Vaga (Revolução Industrial) permitiu o desenvolvimento dos mass media, unidirecionais, que, segundo Toffler (1984), contribuíram para padronizar e massificar a sociedade. A III Vaga, sustentada pelo crescimento econômico e pelo aparecimento de dispositivos de comunicação mais fiáveis, mais baratos, mais pequenos e mais performativos, gerou um processo de desmassificação dos media (SOUSA, Jorge Pedro, 2006 pg. 487)

O universo midiático tem passado por várias transformações com o passar do tempo. O surgimento de novos meios de comunicação passou a integrar ao processo midiático um alcance e força sem precedentes na história da humanidade. Em primeiro momento, veio a mídia televisiva e radiofônica, mudando os rumos de como a informação chegava a uma quantidade maior de pessoas, e mais tarde, nos tempos de hoje, a internet e as redes sociais levaram a mídia a um patamar tão elevado que estudos apontam que a mídia exerce o papel de um quarto poder na sociedade. Assim, surge o termo *mass media*, se referendo aos meios de comunicação em massa, capazes de exercer influência na sociedade.

2.2 Conceito

Mídia é o processo de comunicação de informações jornalísticas através de meios impressos ou eletrônicos. Em modos gerais, mídia é o conjunto de diversos meios de comunicação, com finalidade de levar informações com uma infinidade de variações de conteúdo.

A mídia abrange uma série de diferentes plataformas que agem em conjunto ou não, na disseminação de informações, são, em modos gerais, jornais, revistas, rádio, televisão e por fim, a internet.

A mídia está ligada de maneira íntima com o jornalismo, mas também abrange outras áreas da comunicação social como a publicidade e a propaganda, que usam dos meios para alcançar seus objetivos e exercer sua influência na sociedade.

Assim, a mídia se divide em duas principais categorias, a saber: analógica, sendo a mídia tradicional e digital, presente na internet.

2.3 Mídia como fonte de controle social – 4º poder

Denominar a mídia como Quarto Poder, faz referência aos três poderes do estado democrático de direito. Essa expressão foi criada no século XIX, para descrever ou mensurar o poder que a mídia alcançou, exercendo o controle social junto com o estado. Nas palavras de Sousa;

“A comunicação jornalística contribui para manter o controle social sem sacrificar a legitimidade de que os poderes dominantes necessitam para manter o seu domínio. Os meios de comunicação social dos países democráticos, apesar de não serem um monólito ideológico, servem uma função hegemônica por continuamente produzirem uma ideologia que, integrando valores e normas do senso comum, reproduz e legitima a estrutura e ordem sociais.”
(SOUSA, Jorge Pedro, 2006 pg. 228).

Controle social pode ser entendido como um conjunto de recursos materiais ou imateriais, disponíveis em uma sociedade para assegurar que cada indivíduo se comporte de acordo com as regras estabelecidas pela própria sociedade, assim, vivendo de maneira previsível de acordo com as regras e preceitos vigentes.

Nesse sentido, surge a mídia exercendo a sua função de quarto poder. A mídia, através de suas mais diversas plataformas, tem exercido grande influência no cotidiano das

peças e assim, influenciando a sociedade como um todo, tornando inegável o poder de facto da mídia em todas as camadas sociais, por consequência, no Devido Processo Penal.

Nas palavras de Rubens Casara,

“O direito, então, passa a estar subordinado à lógica da hiper-cultura midiática-mercantil (não mais uma sociedade influenciada pela televisão, mas agora também por um número crescente de meios de comunicação, de centros multimídias, de redes, de canais, de plataformas e ainda que, no caso brasileiro, nas mãos de poucas famílias ou grupos, da teatralização, do show business, que tem como característica principal, implantar-se sobre o signo hiperbólico da sedução, do espetáculo, da diversão em massa, mas que mistura as esferas do controle social, da economia, da cultura, da desinformação, das artes, da moda, tudo a esconder interesses de grupos bem definidos.” (CASARA, Rubens, pág. 30)

Tentar coibir ou regular esse poder é uma tarefa impossível, o que pode acarretar por dar mais poder a um dos “poderes”. Além dos perigos que é levar essa regulamentação ao um nível onde o estado democrático de direito seja ferido.

2.4 Mídia como instrumento de formação de opinião

Como já mencionado, a mídia exerce influência na sociedade em todas as suas camadas sociais, econômicas e culturais e para Hjarverd, a midialização é o ponto central dessa influência. Segundo ele:

O conceito-chave para a compreensão da influência da mídia na cultura e na sociedade é a midiatização. O termo tem sido utilizado em diferentes contextos para caracterizar a influência que a mídia exerce sobre uma série de fenômenos, mas poucos trabalhos foram

realizados para definir ou especificar o conceito em si. Apenas muito recentemente os pesquisadores da mídia buscaram desenvolver um conceito que exprimisse um conceito mais coerente e preciso da midiatização como um processo social e cultura (Hjarvard, 2012, p. 55)

Assim, o grande número de ocorrência envolvendo crimes tem sido tema das mais diversas reportagens e levada ao público na forma que os meios de comunicação acharem mais lucrativo, pois desde que se tornou algo comercial e econômico, a mídia abandonou o seu papel exclusivo de informação e passou a exercer o papel de influenciar na maneira que lhe convém. Hjarvard adverte de forma clara essa influência e o conceito do chamado midiatização

Por midiatização da sociedade, entendemos o processo pelo qual a sociedade, em um grau cada vez maior, está submetida a ou torna-se dependente da mídia e de sua lógica. Esse processo é caracterizado por uma dualidade em que os meios de comunicação passaram a estar integrados às operações de outras instituições sociais, ao mesmo tempo em que também adquiriram status de instituições sociais em pleno direito. [...] a lógica da mídia refere-se ao modus operandi institucional [...] a lógica da mídia influencia a forma que a comunicação adquire [...]; a lógica da mídia também influencia a natureza e a função das relações sociais, bem como os emissores, o conteúdo e os receptores da comunicação. O grau de dependência aos meios de comunicação varia entre as instituições e os campos da sociedade (Hjarvard, 2012, p. 64)

Através desse poder, a população se sente municiada para participar opinando e criticando qualquer decisão do poder público e da sociedade em si, principalmente as decisões de caráter jurídico e político.

Essa invasão da mídia tem sido benéfica em alguns aspectos e maléfica em outros. As opiniões da sociedade têm se pautado no que a mídia quer, se valendo pela não censura, o sensacionalismo tem tomado dê conta dos noticiários, principalmente os policiais.

3 CRIMINOLOGIA

3.1 Criminologia como ciência

A criminologia pode ser vista como uma ciência empírica, se validando na constatação por meio da experiência, reconhecida pela doutrina como uma ciência de caráter interdisciplinar por envolver vários outros ramos científicos. Ela se baseia na análise e observação da realidade, do qual tem como objetos principais a personalidade do autor, da vítima, do delito em si e por fim, do controle social das condutas. (GARCIA; MOLINA; GOMES, 2002, pág. 39)

Nesse sentido, temos o entendimento de Mayrink da Costa:

O conceito de delito fornecido pelo Direito Penal é o ponto referencial de operacionalidade da Criminologia. Sem dúvida que esta e aquele, trabalham com conceitos distintos. A criminologia conta com a intolerabilidade social do comportamento desviado (deviante behavior) avaliando a necessidade ou não do controle social normativo-formal, ditado pelo Direito Penal Mínimo. (MAYRINK, Álvaro, (2005, 4ª ed., p. 121)

Assim, reconhecendo a criminologia como ciência, identificar seu objeto de estudo e a análise é primordial. Entendendo que essa ciência não se pauta apenas no objeto do

crime, pois o fato concreto vai além do conceito objetivo do crime em si. Para a criminologia, o crime é visto como um fato ou fenômeno humano individual e social, que por sua vez, afeta toda a sociedade no seu cotidiano, entendendo ainda, que o delito está ligado ao produto do tempo-histórico, no qual se encontra inserido na sociedade o comportamento delitivo, que pode ser interpretado pelo viés subjetivo.

As concepções do comportamento delitivo dos agentes podem ser compreendidas de acordo com seu contexto histórico, social e cultural, assim, essas fases são conceituadas através de escolas criminológicas específicas. Seguindo essa linha histórica e social, podemos determinar a criminologia pelo aspecto de atuação e interpretação a respeito do estudo dessa ciência, sendo estes: delito, criminoso, vítima, e controle social do delito.

Partindo do pressuposto de que a criminologia é uma ciência, podemos identificar em suas fases dois tipos de classificação.

A fase pré-ciência, conhecida como escola clássica, que teve forte influência das ideias iluministas, onde predominavam a razão e crítica ao sistema político e social dos regimes absolutistas das monarquias, que tinham privilégios decorrentes desse sistema, assim tinha como ideia central um poder punitivo mais humanitário.

Nesse sentido, Salo de Carvalho leciona:

A teorias humanistas, plenamente apropriadas pelo discurso do liberalismo penal divulgado pela Escola Clássica, solidificarão a estrutura principiológica do direito e do processo penal, projetando (Formalmente) a racionalização do poder punitivo a partir dos conceitos de igualdade e autonomia entre sujeitos, independência e imparcialidade do julgador. (CARVALHO, Salo, 2013, pág. 154)

A segunda fase, ou fase científica, é reconhecida como escola positivista, que buscava entender as condutas delituosas dos agentes através de métodos empírico e dedutivo, pautando-se na observação e análise dos fatos concretos para alcançar decisão lógica

Nas palavras de Antônio Garcia:

[A Escola Clássica] concebe o crime como fato individual, isolado, como mera infração à lei: é a contradição com a norma jurídica que dá sentido ao delito, sem que seja necessária uma referência à personalidade do autor (mero sujeito ativo do fato) nem à sua realidade social ou ambiente, para compreendê-lo. O decisivo é mesmo o fato, não o autor. Falta na Escola Clássica uma preocupação inequivocamente etiológica (ou preocupação em indagar as causas do comportamento criminoso). É, pois, uma concepção mais reativa que etiológica e, em suma, só pode oferecer uma explicação situacional do delito. (MOLINA, Antônio, 2013, pág. 66)

Dessa forma, é possível perceber o contraste existente nas duas escolas, onde a escola clássica buscava o combate ao sistema monárquico com suas penas desumanas e a escola positivista se preocupou em superar o conhecimento teológico, mágico e abstrato por um conhecimento científico, mediante a observação da realidade fática.

3.2 Criminologia Midiática

A criminologia pode ser entendida como uma lente que captura a realidade criminal, explicitando essa realidade. Assim a criminologia midiática surge como uma tentativa dos meios de comunicação de entender como se dá a realidade criminal.

Nesse sentido, Zaffaroni leciona que:

“A Criminologia Midiática sempre existiu e sempre apela a uma criação da realidade através de informação, subinformação e desinformação em convergência com preconceitos e crenças, baseada em uma etiologia criminal simplista, assentada na causalidade mágica” (ZAFFARONI, 2013, p. 194)

Nesse sentido, a visão do delito é determinada por aquilo que meios de comunicação entendem como conceito de crime e como a sociedade entende esse conceito. Assim, o principal foco da mídia não é a exegese da criminologia em si, mas a atenção dos telespectadores, no qual se busca, em primeiro lugar a audiência.

Dessa forma, a democratização da mídia, passando a integrar infinitos meios, tais como, televisão, rádio, jornais, revistas, internet e suas variáveis ferramentas, possibilitou a produção e veiculação de informação em massa. Assim atrelado a liberdade e facilidade em produzir e propagar qualquer opinião para incontáveis números de pessoas, foi responsável pelo impacto imensurável que está trouxe a sociedade.

Essa midiatização está diretamente ligada a ideia no senso comum expressado no castigo ocasionado pela prática de um delito por parte de um indivíduo, se transforma em uma vingança da sociedade perante o delinquente. Assim, Zaffaroni, acredita que o populismo penal midiático busca instigar na sociedade um espírito vingativo e desumano. Segundo ele:

“A criminologia midiática não tem limites, que ela vai num crescendo infinito e acaba clamando pelo inadmissível: pena de morte, expulsão de todos os imigrantes, demolição dos bairros pobres, deslocamento de população, castração dos estupradores, legalização da tortura, redução da obra pública à construção de cadeias, supressão de todas

as garantias penais e processuais, destituição dos juízes. (ZAFFARONI, Eugênio, 2012) ”

Assim, o “produto” crime, que revestido de sensacionalismo, produz entretenimento, levando a altíssimos níveis de audiência, o que ocasiona em uma fonte altamente rentável financeiramente. Zaffaroni ainda firma que todo esse “teatro” criado em torno da criminologia como ciência recebe suporte e supervisão de especialistas na matéria criminal, a fim de poderem revestir-se como sendo um conhecimento técnico científico (ZAFFARONI, 2013, pág. 149).

Nesse sentido, Valverde também aponta seu entendimento sobre a criminologia midiática:

Como o tribunal do júri trata justamente sobre crimes dolosos, que tem grande repercussão, traz justamente o sentimentalismo da sociedade, a revolta e opiniões sobre tudo o que acontece no mundo do crime. Muitas vezes a mídia condena sem ter a certeza, com apenas especulações de que realmente é verdadeiro tal fato que está sendo noticiado, mas não imagina a influência que pode ter sobre os pensamentos das pessoas, que deveriam julgar apenas baseado em fatos reais, narrados no decorrer do processo e não em apenas especulações já preconcebidas antes mesmo do julgamento (VALVERDE, 2012, p. 21).

Tal aspecto faz com que a chamada criminologia midiática se encaixe perfeitamente no atual cenário da sociedade, levando não só o indivíduo a propagar suas ideias a incontáveis números de outros indivíduos, mas também à prática empresarial da imprensa privada, fazendo da mídia parte integrante do processo penal, criando o Punitivismo Popular Midiático.

4 PROCESSO PENAL

4.1 Breves Considerações a respeito da materialização do processo penal

O processo é entendido como o alicerce de materialização da tutela jurisdicional, dessa forma, o processo penal tem status de plataforma apta para dar segurança jurídica à apuração da autoria e materialidade de um crime, de forma a dar eficácia as garantias e direitos fundamentais consagrados na carta constitucional.

Assim, é possível identificar o caráter instrumental do processo penal, já que a aplicação de uma pena se torna impossível sem a existência do mesmo. Porém, esse caráter não se reduz apenas a aplicação de uma sanção. Nesse sentido, Lopes Junior leciona:

É fundamental compreender que a instrumentalidade do processo não significa que ele seja um instrumento a serviço de uma única finalidade, qual seja, a satisfação de uma pretensão (acusatória). (JR, 2013, pág. 78)

Portanto, o objetivo do processo penal vai além da mera aplicação da pena. Ele visa resguardar as garantias individuais de todos que se encontram submetidos à uma acusação. Assim, Ferrajoli leciona acerca das garantias procedimentais:

O que faz do processo uma operação distinta da justiça com as próprias mãos ou de outros métodos bárbaros de justiça sumário é o fato que ele persegue, em coerência com a dúplice função preventiva do direito penal, duas diferentes finalidades: a punição dos culpados juntamente com a tutela dos inocentes. (Ferrajoli, 2010, pág. 556)

Salvaguardar as garantias fundamentais não significa que o processo penal está praticando certa impunidade, mas sim limitando o poder do estado em punir, a fim de proteger o indivíduo que está submetido ao este. Nesse sentido, Lopes Junior leciona:

"Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal)." (JR., 2022, p.55)

Assim, temos o entendimento de que o Processo Penal deve ser regado de princípios democráticos que foram consolidados na Constituição Federal de 1988. Entre suas principais características, está a existência de paridade de armas entre as partes e a imparcialidade do julgador e assim legitimar o procedimento do exercício da função jurisdicional.

Nesse sentido, temos as palavras dos mestres Cintra, Grinover e Dinamarco:

Em conclusão, pode-se afirmar que a garantia do acesso à justiça, consagrando do plano constitucional o próprio direito de ação (como direito à prestação jurisdicional) e o direito de defesa (direito à adequada resistência às pretensões adversárias) tem como conteúdo o direito ao processo, como as garantias do devido processo legal. Por direito ao processo não se pode entender a simples ordenação de atos, através de um procedimento qualquer. O procedimento já de realizar-se em contraditório, cercado-se de todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar as razões, produzir provas, influir sobre a formação do

convencimento do juiz. E mais: para que esse procedimento, garantido pelo devido processo legal, legitime o exercício da função jurisdicional (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 90)

Vale destacar que temos como uma das principais características do processo penal, os chamados Princípios Limitadores do *Ius Puniendi*, chamados também de garantias e limites do poder punitivo, adotados pela Constituição Federal de 1988, que são: Princípio da Legalidade, Princípio da Presunção de não Culpabilidade, Princípio da Publicidade e Princípio da Busca da Verdade Real,

Assim, a instrumentalidade do processo penal está intimamente ligada a limitação do poder do estado. Nesse sentido, Lopes Junior leciona que:

"Com isso, concluímos que a instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais e de limitação do poder punitivo. É uma especial conotação do caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois se trata de instrumentalidade relacionada ao direito penal e à pena, mas, principalmente, um instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais. Está legitimado enquanto instrumento a serviço do projeto constitucional de limitação do poder e maximização dos direitos fundamentais." (JR., 2022, p.104)

Quando se entende a importância da materialidade do processo penal, que é a proteção do mais fraco, e sobre tudo, salvaguardar garantias como a liberdade, todos os mecanismos vinculados à efetivação do processo penal mínimo são justificados.

4.2 Processo Penal do Espetáculo

Com a criminologia midiática, surge o processo penal do espetáculo, onde a verdade e os fatos são trocados por um enredo que busca, não só a justiça, mas o entretenimento. Nesse sentido, Rubens Casara adverte que na sociedade do espetáculo, o processo penal também se torna apenas um simulacro. Uma mercadoria que precisa ser atrativa para ser negociada (CASARA, Rubens, pág. 15 e 16)

Partindo do entendimento de que o espetáculo é uma construção social, produzida por imagens e sons, como característica principal a relação intersubjetiva, medida por sensações, que se tornou um regulador das expectativas sociais quando as imagens produzidas e todo o enredo que a cerca passaram a condicionar ou a influenciar as relações humanas, podemos dizer que os espetáculos são, de fato, influenciadores da sociedade.

Nesse sentido, Debord afirma que:

“O espetáculo é a afirmação da aparência e a afirmação de toda a vida humana - isto é, social – como simples aparência”. O espetáculo seria, portanto, a produção ímpar da sociedade atual, em que as pessoas apreciam a aparência em lugar do ser, à ilusão à realidade. “Sob todas as suas formas particulares – informação ou propaganda, publicidade ou consumo direto de divertimentos –, o espetáculo constitui o modelo atual da vida dominante na sociedade” (DEBORD, 1997, p.14).

É sobre essa influência que o nosso sistema jurídico-penal tem se deparado no atual contexto histórico da humanidade, pois entende-se que está cada vez mais em evidência, ou podemos dizer, em cartaz, o produto crime e seus julgamentos.

O grande problema é que, o processo penal, que deve ser usado como instrumento de racionalização do poder penal, acaba sofrendo uma mudança significativa, na busca de atender a demanda da sociedade que é o entretenimento, pois nessa modalidade de

processo penal voltada ao espetáculo, inexistente a garantia de direitos fundamentais. Assim, afirma Rubens Casara que:

No processo penal do espetáculo, os valores típicos da jurisdição penal de viés liberal (verdade e liberdade) são abandonados e substituídos por um enredo que aposta na prisão e no sofrimento imposto a investigados e réus como forma de manter a atenção e agradar ao público. (CASARA, Rubens, pág. 28)

Instrumentos essenciais para o devido processo legal, como diálogo e dialética da solução do caso concreto, a partir da atividade das partes, são substituídos pelo parecer, ou discurso do Juiz, este feito para agradar uma maioria. Maioria essa que foi construída pelos grandes meios de comunicação, influenciando, no final, o magistrado. Assim, esses magistrados que, ocupando papéis de suma importância dentro do processo penal, acabam atendendo os desejos da sociedade e acabam violando leis e privando direitos fundamentais há quem está na condição de réu. Esses fatos levam a um paradoxo, de quem são esses magistrados, considerados como heróis, por parte da sociedade. É nesse sentido que Rubens Casara lesiona:

“No processo espetacular desaparece o diálogo, a construção dialética da solução do caso penal a partir da atividade das partes. Substituído pelo discurso dirigido pelo juiz: um discurso construído para agradar às maiorias da ocasião, forjadas pelos meios de comunicação em massa, em detrimento da função contra majoritária de concretizar os direitos fundamentais. (CASARA, Rubens, pág. 31)”

No processo penal democrático tem como ponto central a necessidade de uma construção o mais eticamente possível do fato concreto, atribuído ao réu, porém, o que

ocorre no processo penal do espetáculo é a construção de um enredo sobre o fato, algo que o torna incompatível com as garantias necessárias do devido processo legal. Assim, nas palavras de Rubens Casara:

O espetáculo, como percebeu Debord, 'não deseja chegar a nada que não seja ele mesmo'. A dimensão de garantia, inerente ao processo penal no Estado Democrático de Direito (marcado por limites ao exercício do poder), desaparece para ceder lugar à dimensão de entretenimento. (CASARA, 2015, pág. 498)

Assim, o enredo dramático que envolve as partes ou os personagens do "espetáculo", se faz conhecido antes de qualquer fato concreto, fazendo o processo caminhar até o final desejado pelo juiz, motivado pela vontade da sociedade.

Esse enredo acaba por inviabilizar a defesa e o contraditório, ficando claro que no processo penal do espetáculo, tais institutos não passam de uma farsa, pois já estão maculados por uma apresentação que está mais voltada a agradar o espectador.

5. OS JULGAMENTOS DE *DOCA STREET*

5.1 Ângela Diniz a "pantera de Minas"

Ângela Diniz, filha de um dentista e sua mãe uma dona de casa dedicada, que sempre costurava vestidos elegantes para que Ângela fosse à missa, despertando admiração em todos que a viam por sua beleza. Com 18 anos, se casa com Milton Villas Boas, por pressão da sua mãe que o considerava um "bom partido", com quem teve três filhos. (RÁDIO NOVELO, 2020)

Depois do desquite com Milton, ficou conhecida por sua vida conturbada cheia de amantes e incidentes, e assim lhe deram o apelido de "*Pantera de Minas*". Em 1973, Ângela confessa ter assassinado o vigia de sua residência, José Avelino dos Santos, encontrado morto na mansão de Ângela em Belo Horizonte. Mas após ter admitido, seu amante da

época, Artur Vale Mendes, o Tuca Mendes, assumiu que tinha assassinado o José Avelino em legítima defesa, assim foi julgado e absolvido, apesar dos rumores de tê-lo matado por ter sido visto pelo vigia.

Após a repercussão do caso em Minas Gerais, Ângela se mudou para o Rio de Janeiro, mas sua vida não deixou de ser menos polêmica e lá ocorreu outro incidente. Por ser desquitada de Milton Vilas Boas e ter perdido a guarda dos seus três filhos, Ângela pegou os filhos da casa dos avós paternos, em Belo Horizonte, sem autorização e os levou para o Rio de Janeiro. Assim, sendo acusada de sequestro e até condenada a seis anos de prisão, ela recorreu, mas morreu antes de ter novo julgamento.

Em 1975, foi presa no Rio de Janeiro por esconder em seu apartamento mais de cem gramas de maconha e outras drogas ilegais. Ângela admitiu ser viciada em drogas desde a morte do seu vigia em Belo Horizonte em 1973.

No meio dessa vida conturbada e marcada pela perseguição de jornais com suas matérias sensacionalistas, em que segundo amigos e familiares próximos Ângela estava desolada por estar longe dos filhos e ainda traumatizada com o episódio da morte do seu vigia. Em agosto de 1976 conheceu o seu assassino, Doca em um jantar em São Paulo, por intermédio da própria esposa do Doca.

5.2 O homicídio

Depois de um mês que se conheceram, Doca separa da esposa, a milionária Adélia Scarpa e do filho para viver essa paixão que ele mesmo identifica como uma paixão avassaladora, indo viver uma vida de festas, bebidas, sexo e drogas com a “Pantera de Minas”. Foram quatro meses de convivência, que foram cheios de brigas e ciúmes, além de viver à custa do dinheiro de Ângela, segundo informou Maria José de Oliveira, a empregada do casal. (ELUF, 2022)

Em 30 dezembro de 1976, a *socialite* Ângela Maria Fernandez foi morta por Raul Fernando do Amaral *Street* com quatro tiros, na Praia dos Ossos, em Armação do Búzios, no Rio de Janeiro, acabando com a história do casal. Ângela foi morta com apenas 32 anos, sendo desde muito nova presente nas colunas sociais de São Paulo, Rio de Janeiro e Belo Horizonte, onde nasceu.

Logo que souberam da morte de Ângela de forma tão trágica com 3 tiros no rosto tão admirado e invejado ao longo da sua vida, vários repórteres se mobilizaram para documentar o assassinato mesmo com a dificuldade de acesso ao local do crime e a dificuldade de comunicação pelos meios da época, não impedindo que nem mesmo no velório do lado a cova fosse deixado de lado dos jornalistas, causando desconforto para os amigos e familiares de luto (RÁDIO NOVELO, 2020).

5.3 Repercussão e influência da mídia no caso *Doca Street*

Na época do crime, o jornal Folha de S. Paulo, na edição de 06 de janeiro de 1977, o padre José Lemos, que oficiou a missa de sétimo dia de Ângela Diniz no Rio de Janeiro, afirmou que “se ela não tivesse sido assassinada, teria se suicidado em consequência da campanha mórbida e injusta movida por toda a imprensa que a apontava como má esposa, péssima mãe e adepta de vícios”, se referindo aos diversos ataques que Ângela sofria da mídia durante toda sua vida.

Doca Street fugiu e ficou escondido no Estado de Minas Gerais, e no dia 16 de janeiro de 1977, contratou o advogado Paulo José da Costa Jr, que imediatamente começou a construir a defesa de Doca, esmiuçando a vida de Ângela Diniz, com o objetivo de comprometer a vida da falecida.

Logo, Costa Jr. se junta a outro advogado famoso, Evandro Lins e Silva, e acordam de utilizar a imprensa para o reaparecimento de Doca, e não para polícia. Sendo escolhido

a quem e como seria registrado. Assim, concederam uma entrevista para a TV Globo, por Odilon Coutinho, e o redator Salomão Schwartzman da revista *Manchete*.

Aproveitando do fato que a população brasileira acompanhava ansiosa cada acontecimento do caso, como se fosse um espetáculo, e como relata Costa Jr., ele ajudou Doca a narrar uma história que beneficiasse a imagem de Doca e justificasse seu crime (ELUF, 2022), a entrevista foi ao ar.

Assim, a mídia cobriu o crime, onde ele foi colocado de forma que Doca *Street* exercesse o lugar de vítima, como segue o trecho da revista *Manchete*:

“Doca era um homem feliz, afável, simpático, queridíssimo na sociedade paulistana e estimado por gente humilde. Tinha um filho lindo, excelente situação financeira, residia no Morumbi, era bem-casado. Ângela lhe virou a cabeça”; “O que aconteceu com meu irmão foi uma trágica fatalidade. Simplesmente uma paixão desenfreada o alcançou em cheio e ele se descontrolou fatalmente [...] meu irmão teve uma paixão negra (Luís Carlos Street In. MANCHETE, 1977, p.12).

No dia 17 de janeiro, Doca foi parar no hospital, em coma alcoólico e só assim os médicos o entregaram para polícia. *Doca Street* confessou o crime, e em julho do mesmo ano foi liberado por *habeas corpus*, e aguardou o processo em liberdade.

5.4. Os julgamentos

Em 1979, aconteceu o primeiro julgamento, e tinha uma multidão na frente do fórum para ver o julgamento de *Doca*, multidão que era dívida entre aqueles que apoiavam o *Doca* e estavam munidos de cartaz, mesmo sendo réu confesso, e aqueles que fosse condenado, mas também havia a mobilização da imprensa, que era em grande número, só a emissora *TV Globo* levou treze carros de transmissão (RÁDIO NOVELO, 2020).

Com grande repercussão em mídia nacional, o caso de Doca Street contou com mais de 160 profissionais de mídia, entre repórteres e técnicos, das mais diversas emissoras de televisão do país. Não apenas pelo crime cometido, mas por se tratar de duas pessoas tidas como celebridades na época. Ângela Diniz, conhecida como uma socialite de personalidade forte e Raul Fernando do Amaral Street, o Doca, conhecido no mercado de capitais.

Reportagens da época mostram pessoas fazendo filas durante a madrugada, só para poder acompanhar o julgamento. Cabo Frio, no estado do Rio de Janeiro, que na época era uma cidade pacata, estava recebendo, até em tão, o julgamento de um dos crimes passionais de maior repercussão do país.

Em entrevista concedida ao Podcast Praia dos Ossos, produzido pela Rádio Novelo, o advogado Carlos Lins e Silva, filho do renomado advogado criminalista Evandro Lins e Silva, que na época foi o advogado de Doca, acompanhou de perto o seu pai e o acusado, Doca. Ele conta detalhes de como o clima era de muita tensão entre eles, pois se tratava do primeiro julgamento transmitido pela televisão e que a multidão era tão grande que mais se parecia uma data festiva na cidade. (RÁDIO NOVELO, 2020)

Doca foi condenado a uma pena diminuta, dois anos de reclusão com sursis (suspensão condicional da pena), ou seja, o condenado não precisa se recolher à prisão. Era uma vitória para Doca e seus advogados.

A Revista VEJA estampou em sua capa de 24 de outubro de 1979 o título:

“DOCA VAI MATAR E VENCER”, com a seguinte matéria: “A defesa provou que Ângela tinha má conduta. A promotoria disse que Doca era um rufião. A plateia foi uma festa e um crime deixou de ser julgado.” (Revista veja, 1979)

O advogado de Evandro Lins e Silva, utilizando da tese da legítima defesa da honra, com excesso culposo. Apresentou caso aos jurados, levando-os pela sua linha de raciocínio. Doca Street era um homem apaixonado, bom caráter, trabalhador, que amparava suas ex esposas, que não tinha cometido nenhum crime até aquele dia fatídico. Usou o fato de, segundo ele, ser um homem passional, que agiu no impulso e no calor da emoção e acabou matou Ângela Diniz. Não havia premeditação no seu ato. É um ato deslocado de um homem apaixonado que se viu desesperado com o rompimento do relacionamento, colocando que o comportamento sexual lascivo da vítima contribuiu para o desfecho da tragédia. (ELUF, 2022).

O jornal República foi mais duro na crítica e na sua edição de número 00047, no dia 19 de outubro de 1979, trouxe uma matéria onde tinha como título "CIRCO? PASTELÃO? NÃO, ERA UM TRIBUNAL. "

O jornalista Ricardo Kotscho escreveu a seguinte matéria nessa mesma edição:

"'Você tem problemas com sua mulher? A solução é simples. Vá com ela a Cabo Frio, compre uma casa em Búzios com o dinheiro dele e, na primeira oportunidade, acerte-lhe quatro tiros no rosto. Depois fuja para São Paulo e procure a fazenda de um amigo. Um bom advogado cuidará do álibi. Antes de se apresentar a polícia, acerte a publicação da sua versão do crime, contando todas as perversidades da sua mulher morta a algum órgão da imprensa sadia. O máximo que pode acontecer a você é ser condenado a dois anos de prisão com sirsus, ou seja, três anos de liberdade condicional. " (KOTSCHO, 1979)

O promotor do caso, entendendo que houve um erro por parte do tribunal, na pessoa do juiz e percebendo a mudança do pensamento crítico da sociedade em relação ao caso, recorreu a sentença, sobre a alegação de que a decisão havia contrariado as provas dos autos. Assim, a sentença teve sua anulação, ocorrendo novo julgamento, desta vez, na cidade do Rio de Janeiro.

Dois anos depois do primeiro julgamento, em 1981, a sociedade brasileira estava se posicionando contra o argumento que vitimizava Doca, onde o mesmo foi condenado a 15 anos de reclusão pelo crime de homicídio. Tal decisão teve forte influência da mídia, que como pudemos ver, logo após o primeiro julgamento, estampava nos telejornais e revistas a revolta sobre a decisão, colocada na época pelo renomado jornal República como “um puxão de orelhas”. (KOTSCHO, Ricardo, 1979).

O movimento das mineiras “quem ama não mata”, acabou sendo fundamental para o clima que se armou no decorrer do processo no segundo julgamento do Doca, mudando a ideia para Ângela Diniz não ser uma “vítima ideal”, que foi construída no primeiro julgamento.

A grande repercussão do caso e diversas matérias como as citadas, fez com que o segundo julgamento tivesse um desfecho completamente diferente. Não foi o sistema jurídico brasileiro que mudou, dois anos depois da primeira condenação, mas sim a opinião pública.

Municiada pelas matérias em jornais, revistas e programas televisivos, a sociedade que, no primeiro julgamento tinha *Doca* como uma “vítima” começou a olhar o então réu como assassino de Ângela Dias. (RÁDIO NOVELO, 2020).

Em entrevista concedida a revista Folha de São Paulo, em 01 de setembro de 2006, *Doca* afirmou que mereceu ser condenado, mostrando que ele mesmo havia sido influenciado:

“Fiquei com vergonha de ser absorvido. Não entendi. Também não entendi por que era aplaudido. ”; “As feministas fizeram um bom trabalho. Fui condenado muito bem. Ainda bem que fui”; e “Digamos que foi uma fronteira. Depois disso, o Brasil melhorou, sim. Que bom! Não se aceita mais que um homem maltrate uma mulher”

É nesse sentido que podemos observar a influência que a mídia exerceu no caso Doca Street e tem exercido no processo penal. Para essa pesquisa, não é mister entender quando e como essa é uma influência boa ou má, se os tribunais têm acertados em suas condenações e, em especial, se no caso Doca Street o tribunal acertou na primeira ou na segunda condenação, mas sim salientar que, pelo poder da mídia, *Doca* teve dois julgamentos completamente diferentes, num intervalo de dois anos e isso ocorreu graças a grande influência da mídia.

6. CONCLUSÃO

Compreendemos que a mídia tem grande influência na sociedade, visto que seu auge começou na Revolução Industrial, fato que deixou o processo de divulgação da informação mais rápido e fácil, conseguindo atingir praticamente todas as camadas sociais. O jornalismo ganhou força significativa com a expansão da mídia, assim, a divulgação da informação passou a alcançar a grande massa.

Hoje em dia, a mídia abrange outras áreas da comunicação social, como publicidade e propaganda e tem a internet e as mídias sociais como um forte aliado. O que possibilitou um alcance ainda maior, exercendo uma grande influência no cotidiano da sociedade e atingindo seus objetivos voltados a obtenção de lucro.

Também, pode-se perceber que coibir tal poder de influência da mídia é uma tarefa impossível, já que é um meio imprescindível para o estado democrático de direito. Assim,

surge a expressão da mídia como 4º Poder do estado democrático de direito, não só por sua importância, mas também por seu poder de controle social.

No segundo momento analisamos a ciência da criminologia, em que o crime é visto como um fenômeno humano individual e social, que afeta a sociedade no seu cotidiano, e está ligado ao tempo-histórico inserido na sociedade, sendo analisado subjetivamente. Como é visto no caso que foi estudado nessa pesquisa.

No primeiro julgamento de Doca Street, a sociedade aceitou a ideia de que o crime “matar por amor” era aceitável, porém no segundo julgamento, com uma vacância de apenas 2 anos do primeiro, a sociedade se mostrou totalmente contrária a sentença anterior, e exigia uma punição mais severa. O que mudou?

Surge, então, no contexto do caso Doca Street, a criminologia midiática, na análise feita pelos meios de comunicação, buscando entender como se deu a realidade criminal, levando seu foco não na exegese da criminologia em si, mas sim na busca da atenção dos telespectadores. O caso Doca Street ganhou os noticiários e a mídia conseguiu influenciar a sociedade que, à época, tinha a visão de que Doca era, na verdade vítima, mas dois anos depois se tornou o grande vilão.

Esse fenômeno ocorreu e continua a ocorrer atualmente, pois, os grandes números de ocorrência de crime, ou “produto” crime, que revestido de sensacionalismo, produz entretenimento, levando a altíssimos níveis de audiência, acaba ocasionando uma fonte altamente rentável financeiramente.

Dessa forma, influenciados pela mídia, a população se envolve opinando e criticando os crimes, e principalmente as decisões de caráter jurídica e política, com base no senso comum e movidos por emoções, se transformando numa vingança da sociedade, criando o Punitivismo Popular Midiático.

Contrário a esse sentido, Rubens Casara, destaca que é imprescindível para o estado democrático de direito a figura do devido processo legal, destacando os Princípios Limitadores do Ius Puniendi, chamados também de garantias e limites do poder punitivo, adotados pela Constituição Federal de 1988, devendo assegurar ao agente que está sendo julgado o não excesso punitivo do estado e a efetivação do devido processo legal. Porém, na busca de atender a demanda da sociedade que é o entretenimento, como é no processo penal do espetáculo propagada pela mídia, inexistente a garantia de direitos fundamentais, sendo este o grande problema que o processo penal deve combater.

O caso Doca Street reuniu alguns elementos que descrevem bem a criminologia midiática, o processo penal do espetáculo e a influência que a mídia exerceu na “plateia”.

Ângela Diniz foi assassinada e Doca estava foragido. Os advogados de dele, cientes da grande repercussão do caso, viram na mídia um meio de “limpar” a imagem do seu cliente criando um enredo em que, Doca seria o bom moço que foi levado uma paixão avassaladora por Ângela. Dessa forma a mídia divulgou a vida conturbada de Ângela, que sempre foi alvo da sociedade conservadora na época do crime. Podendo perceber que antes mesmo do processo ser julgado, a sociedade já estava opinando e acompanhando o caso de homicídio da *socialite* Ângela.

E como um espetáculo, a mídia acompanhou e propagou história narrada por Doca no primeiro julgamento, dividindo as pessoas em torcidas dividida naqueles que viam Doca como herói e Ângela era alguém que pelo seu modo de viver, que não era aceita pela sociedade conservadora, era merecedora de morte, e o outro lado queria que Doca fosse punido. Esse discurso era reforçado e complementado pela defesa, e assim influenciando o júri que praticamente absorveu o assassino

No segundo julgamento a pena foi mais severa. O judiciário, motivado pela pressão de movimentos feministas da época que desnaturalizava a violência contra a mulher, aplicou uma pena de 15 anos de reclusão a Doca.

A imprensa que antes tratava o crime como resultado de um comportamento da vítima que ocasionou sua morte, agora passa a fazer várias críticas a decisão do primeiro julgamento, gerando um clima de impunidade e insegurança para as mulheres brasileira. Dessa forma, percebe-se a discrepância que existe entre a decisão do primeiro julgamento para o segundo, em menos de 2 anos, a visão social mudou e a mídia com o poder de divulgação em massa teve papel fundamental nos julgamentos.

Tal acontecimento evidencia que a mídia tem um poder propagação da grande massa de suas ideologias, que acaba construindo o senso comum, influenciando a sociedade. Essa influência afeta as decisões dos magistrados que buscam responder a sociedade, sem se preocupar com os direitos e garantias estabelecidas pela Constituição Federal de 1988. E mesmo que o processo penal tenha mecanismos de proteção ao réu, advindos do devido processo legal, mostram-se insuficiente, afetando sua eficácia.

REFERÊNCIAS:

BATISTA, Tales et al. A morte da pantera. In: *Revista Manchete*, n.1291. Rio de Janeiro, 15 de

BOURDIEU, Pierre. Sobre a televisão. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 nov. 21;

CASARA, Rubens R. R. Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P: 12

CIRCO? Pastelão? Era um tribunal. Jornal República (SP), 19 out. 1979. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/Hotpage/HotpageBN.aspx?bib=194018&pagfis=804&url=http://memoria.bn.br/docreader#>. Acesso em: 28 nov. 21;

DEBORD, Guy. A Sociedade do Espetáculo. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. P: 14.

DOCA Street afirma que mereceu ser condenado. *Folha de S. Paulo*, 01 set. 2006. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0109200607.htm>. Acesso em: 28 nov. 21;

DOCA vai matar e vencer. *Revista veja*, ed. 24 out. 1979

ELUF, L. N. A paixão no banco dos réus. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza. Populismo penal midiático caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

HJARVARD, Stig. Midiatização: teorizando a mídia como agente de mudança social e cultural. Janeiro de 2012

JR., A. L. Fundamentos do Processo Penal. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

MAYRINK DA COSTA, Álvaro. Criminologia. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOLINA, Antonio Garcia Pablos; GOMES, Luiz Flávio. Criminologia – Introdução a seus fundamentos teóricos, introdução às bases criminológicas da Laei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais. São Paulo: Revistas dos Tribunais: 2011.

RÁDIO NOVELO. Praia dos Ossos, 2020. Página Inicial. Disponível em:

<https://www.radionovelo.com.br/praiadosossos/>. Acesso em 28 maio 2022;

RIO: padre e Justino têm a mesma opinião. Folha de S. Paulo, 06 jan. 1977.

SOUSA, Jorge Prado. Elementos de Teoria e Pesquisa da Comunicação e da Media 2ª edição revista e ampliada, 2006

STRAUBHAAR, Joseph; LAROSE, Robert. Comunicação, mídia e tecnologia. EDIÇÃO. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2004.

STREET, Doca. Mea Culpa. O depoimento que rompe 30 anos de silêncio. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2006

VALVERDE, Raquel Werneck Pires. A influência da mídia no tribunal do júri. Revista Argumentum, v.4, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. A palavra dos mortos: Conferência de criminologia cautelar, São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. A questão Criminal. Rio de Janeiro: Revan, 2013

O DIREITO SUCESSÓRIO DOS FILHOS NA MULTIPARENTALIDADE

DIMAS RAYAN MIRANDA VILARINHO:

Acadêmico em Direito pelo Centro
Universitário Santo Agostinho.¹¹⁸

FRANCISCA JULIANA CASTELLO BRANCO EVARISTO DE PAIVA¹¹⁹

(orientadora)

RESUMO: A presente pesquisa tem relevância no contexto nacional, posto que se volta ao estudo sobre O Direito Sucessório dos Filhos da Multiparentalidade, à luz de pesquisas bibliográficas e julgados de Tribunais. Tem-se por problema de pesquisa: Qual a importância da decisão do STF para os reflexos do Direito Sucessório no caso de multiparentalidade? Logo, tal pesquisa se propôs a fazer uma análise da importância da sucessão aos filhos multiparentais, assim como o reconhecimento da socioafetividade. Objetivou-se, desse modo, fazer um trabalho com o intuito de analisar a decisão do STF sobre a multiparentalidade: Abrangência e efeitos

Palavras-Chave: Multiparentalidade. Socioafetividade. Sucessão.

Abstract: The present research has relevance in the national context, since it turns to the study of The Succession Law of the Children of Multiparentality, in the light of bibliographical research and judgments of Courts. The research problem is: What is the importance of the decision of the STF for the consequences of the Succession Law in the case of multiparenthood? Therefore, this research proposed to analyze the importance of succession to multiparental children, as well as the recognition of socio-affectivity. Thus, the objective was to carry out a work with the aim of analyzing the STF's decision on multiparenthood: Scope and effects.

Keywords: Multiparentality. Socioaffectivity. Succession.

¹ *Email: dimasvilarinho23@gmail*

² Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho.
Email: fujuevaristo@yahoo.com.br

Sumário:1. Introdução;2. Família socioafetiva;2.1. Filiação;2.2. Reconhecimento de Filiação;3. Multiparentalidade;3.1. Princípio da afetividade;3.2. Princípio da dignidade da pessoa humana; 3.3; Princípio da igualdade jurídica de todos filhos; 3.4.; Princípio do melhor interesse da criança e adolescente; 3.5; Princípio da solidariedade familiar;3.6; Princípio da função social da família;4. Sucessão;4.1; Sucessões legítimas;4.2.; Sucessões dos ascendentes multiparentais;5. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa demonstrar se existe a possibilidade na ordem jurídica de uma pessoa possuir dupla paternidade ou maternidade, isto é, ter múltiplos pais ou mães, como também os direitos sucessórios inerentes. Para este propósito é de fundamental importância uma avaliação geral acerca do tema de direito sucessório dos filhos na multiparentalidade.

A metodologia aplicada neste projeto é de cunho bibliográfico, em que visa utilizar dos entendimentos de ordem doutrinária, julgados, em especial, aqueles decididos pelo Supremo Tribunal Federal para a construção de um pensamento científico acerca dos direitos sucessórios dos filhos na multiparentalidade.

Nesse contexto, a multiparentalidade visa a análise da coexistência entre um filho que possui vínculo com duas pessoas, em que um está relacionado com a ligação afetiva, e o outro por ligação biológica, e os dois sendo considerados os pais. Nesse sentido, por exemplo, que este filho poderia ter uma mãe e ter um pai afetivo e o outro procedente dos laços de sangue. Posto isto, é válido trazer à luz o que nos diz o Código Civil em seu artigo 1.593: O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. Desse modo, ao se tratar da expressão "outra origem" entende-se que está associado a vínculos por meio de adoção ou socioafetividade.

É consabido que a sucessão decorre do direito fundamental, o qual está estabelecido no artigo 5º, XXX, da CF/88, que visa garantir a herança, e a reunião de bens adquiridos pelo de cujus. Desse modo, o direito de sucessão trata acerca do direito de uma pessoa em dar continuidade ao bem de outro, e, portanto, suceder o direito de propriedade do de cujus, ou seja, em sentido restrito, no momento que ocorre a morte, o direito real de propriedade cessar para uma determinada pessoa, e nascer para outro.

Para o doutrinador Cassettari (2015), compreende-se que o vínculo afetivo tem de ser o fundamento definidor na determinação da filiação biológica, o que demonstra a

efetiva mudança de paradigma no direito de família. No momento atual, é importante mencionar que a instituição da família ultrapassa as fronteiras da consanguinidade, pois de fato o afeto, o amor e carinho, reflete na multiparentalidade, em que os filhos socioafetivos são tratados e reconhecidos como tal.

Acerca do direito de sucessões, no que diz respeito à sucessão legítima, e como ela fica com o advento da multiparentalidade. é válido considerar que o art. 1.784, CC/02, dispõe que: "Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários". É importante compreender que os herdeiros legítimos são aqueles que têm uma relação de parentesco, como indicado pelo art. 1829 do Código Civil.

É importante analisar o fato de que o estado de posse sobre um filho é uma condição significativa para entender como ocorre a paternidade. Em face do exposto, é possível a garantia do direito de personalidade ao nome. Desse modo, é interessante a posição dos Tribunais acerca da temática, conforme recurso extraordinário nº 898.060, sobre matéria de repercussão geral, o STF entendeu que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não é impedimento para o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais.

Esse trabalho é de grande relevância para a sociedade e para Centro Universitário Santo Agostinho, pois o mundo acadêmico está sempre em evolução para que possamos encontrar soluções, garantir direitos e deveres nos moldes em que a sociedade vem se modificando e o direito das relações familiares precisa se manter garantido, apesar de muitas formas de filiação não terem lei expressas que as definam e necessários estudos como este para corroborar com os entendimentos e com isso se preservar tais direitos adquiridos nas novas formações familiares.

2. Família Socioafetiva

A sociedade está sempre em evolução para se adequar as novidades que a evolução nos traz, as relações familiares sempre foram baseadas nas noções de família, nas quais temos codificadas em nossa constituição federal, que diz claramente que faz parte a família propriamente dita, mas, contudo, novas formações familiares sempre tiveram juntamente convivendo em nossa sociedade, formas de famílias a serem aceitas ou não para os efeitos

jurídicos e assim preservando ou não direitos que nem sempre de fato são incluídos e resguardados nessas relações familiares.

Novas formações familiares são feitas, com base na vontade das partes, por necessidades, conveniência e na maioria das novas formas de família baseada na afetividade, na qual muitos princípios do direito civil se norteiam nessa esfera, pois com base em direito, podemos ter precedentes para que os direitos sucessórios e assim seus respectivos ônus e bônus nos quais os direitos sucessórios estão inseridos. Garantindo assim segurança jurídica para essas novas formações familiares.

Para basear a novas famílias sempre serão pautadas em direitos fundamentais, direitos esses que são princípios para uma vida em sociedade com condições iguais para todos e suas famílias. O princípio da dignidade da pessoa humana onde todos são livres para tomar suas escolhas sejam elas de crença, modo de vida em sociedade, a solidariedade, condição imposta para se viver em sociedade tendo em vista que todos precisam de todos para um melhor convívio e assim ter poder, ter a liberdade que sempre deve ser dada ao ser humano nas relações familiares onde se tem segurança para agir e fazer suas escolhas, tudo isso faz com que a pessoa seja digna e assim poder ter uma vida em sociedade que algumas das vezes não temos por conta da privação de alguma forma na vida.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL .**Art. 1º III** - a dignidade da pessoa humana; (CF/88) BRASILEIRA. (BRASIL 1988)

A afetividade vem de encontro com o que podemos dizer que não é só com parentes consanguíneos que se pode formar família, a relação por afetividade vai além dos laços de sangue, onde o sentimento e a vontade entre as partes prevalecem na relação e sempre vai prevalecer para seu reconhecimento e aceitação.

“Essa nova importância dada a direito de família, dá início a um novo modelo familiar, na qual os laços afetivos de amor e segurança gerados pela convivência são utilizados como direção nas lides judiciais, denominadas dessa forma de família socioafetiva” (LENZA, 2012).

O pluralismo familiar está cada vez maior na sociedade moderna, como as famílias socioafetivas cada vez maiores e encontrado respaldo jurídico, na aceitação de novas modalidades familiares assim denominadas, pois mudando esse conceito de família que sempre foi pré-definido em conformidade com o matrimônio da relação assim baseamos, a partir de então na pura e simples relação de afeto, respeito e solidariedade entre seus entes.

A família é socioafetiva, em sentido geral, por ser grupo social considerado base da sociedade e unido na convivência afetiva. A afetividade, como categoria jurídica, resulta da transeficácia de parte dos fatos psicossociais que a converte em fato jurídico, gerador de efeitos jurídicos. Todavia, no sentido estrito, a socioafetividade tem sido empregada no Brasil para significar as relações de parentesco não biológico, de parentalidade e filiação, notadamente quando em colisão com os vínculos de origem biológica. (LÔBO, 2022, p.41).

Portanto, a família socioafetiva é formada por meio da posse de estado de um filho o qual constitui afeto, ou seja, em que duas pessoas se reconhecem e tratam-se como pais e filhos.

2.1 filiação

A filiação compreende-se como as relações de parentesco, as quais são estabelecidas por meio de duas pessoas, em que uma se designa como filho, e a outra a titularidade parental por vínculo biológico ou socioafetivo. Posto isso, é importante considerar que a relação de parentalidade ocorrida em favor do pai, denomina-se paternidade, quando ocorrida em favor da mãe, maternidade. O termo filiação advém do latim *filiato*, que tem por significado procedência, laços de parentesco dos filhos com os pais, sujeição (LÔBO, 2022).

Em sentido específico, a filiação configura-se como a relação jurídica que liga o filho ao seus pais. Visto que se considera a filiação propriamente no que diz respeito a ser vista pelo filho. Em sentido oposto, isto é, pelo lado dos pais em relação ao filho, o vínculo se qualifica como paternidade ou maternidade (GONÇALVES, 2022).

Desse modo, a filiação, quando pensada de uma maneira jurídica, é um elemento que visa assegurar o direito e a proteção dos filhos sejam eles socioafetivos ou biológicos, para que os seus direitos sejam resguardados, que sejam no âmbito do apoio do núcleo familiar, psicológico, social e sucessório.

2.2. Reconhecimento de filiação

Gagliano (2022) explica que o processo de reconhecimento de filiação pode ocorrer de duas formas, tanto de modo voluntário como também judicial. No primeiro caso, em geral, por via extrajudicial. No segundo caso, dá-se especialmente por meio de investigação. Nesse sentido, é interessante compreender detalhes que envolvem o processo de reconhecimento de filiação, conforme estabelecido no Código Civil. Desse modo, iniciaremos acerca do reconhecimento voluntário e sua ligação no âmbito do direito material.

É importante reiterar que as formas de reconhecimento voluntário se aplicam de modo especial aos filhos concebidos fora do contexto do casamento, em que os filhos são presumidos. Conforme dispõe o art. 1.597 do Código Civil de 2002.

Logo no primeiro inciso é abordado o prazo que justifica a gestação natural após estabelecido a união conjugal com o marido, considerando a possibilidade de a noiva está grávida.

Em contrapartida, é estabelecido um prazo mais amplo no que concerne o inciso II para que consiga englobar todo o intervalo de tempo de uma gestação, por conta da possibilidade de ocorrer a concepção precisamente no último dia antes da dissolução da união conjugal. Quanto aos três últimos incisos são novidades na lei codificada, pois não possuem semelhança com o Código Civil de 1916.

Nesse sentido, compreende-se que a concepção artificial homóloga que é feita com material genético de terceiro, isto é, de uma pessoa que não faz parte da relação conjugal. Desse modo, concebidos por meio de fecundação artificial homóloga, por conta de que o falecimento do cônjuge não afasta a suposição, tendo em consideração tratar-se de uma decisão consolidada.

Da mesma maneira, se a fecundação ocorreu com embriões excedentários, resultante de concepção artificial homóloga, conforme previsto no inciso IV, a suposição também prossegue, tendo em vista que o material genético utilizado corresponde a parte que compete a cada um dos cônjuges.

Por último, acontecendo uma inseminação artificial heteróloga, de modo com autorização prévia do cônjuge, conforme o inciso V, considerando a importância que este possui do procedimento optado, e mesmo que o material genético que for utilizado não seja dele, o mesmo é considerado pai, excluindo, portanto, o velho entendimento em identificar o vínculo paterno com ligação genética.

Gagliano (2022) diz que o reconhecimento judicial por laços paternos ou maternos que irá ocorrer especialmente por ação investigatória. A ação investigatória de paternidade é a mais frequente, mesmo que também seja viável a investigação de maternidade, como por exemplo em casos em que ocorre a troca de bebês em maternidade, conforme está estabelecido no artigo 1.608, CC.

É válido considerar que a certidão de nascimento em registro civil é um documento básico para que se tenha o reconhecimento de filiação. Portanto, no que diz respeito aos meios de prova, mesmo não havendo hierarquia, o exame de DNA constitui o mais importante deles. A causa a ser pedida na ação investigatória tem como objeto a relação sexual, e quanto ao foro competente é respectivamente o domicílio do réu, no entanto, se houver uma cumulação de alimentos, direciona-se ao domicílio do autor, conforme a súmula do 1 do STJ.

3. Multiparentalidade

A multiparentalidade visa o reconhecimento de modo coexistente entre um filho e dois pais e ou duas mães que possuem ligação socioafetiva, e outro por ligação biológica, sendo as duas situações possíveis para que seja considerado como pais (GONÇALVES, 2022).

De acordo com Cassetari (2022), a família que vive em multiparentalidade é aquela pessoa que possui a ligação através do registro de nascimento de três ou mais pais.

Para Lôbo (2022) o reconhecimento da parentalidade por vínculo socioafetivo, evoluiu com a finalidade de avaliar a multiparentalidade. O emprego da frase “filiação

concomitante" direciona a multiparentalidade. Isto é, no cenário explicado acima de paternidade, conforme com o caso que serviu de referência ao julgamento do STF. Desse modo, o registro civil precisa apreciar dois pais, seja biológico ou socioafetivo, e também a mãe biológica.

Assim, Lôbo (2022) a multiparentalidade tem tido destaque em casos julgados em diversos tribunais nacionais, incluindo o STJ, a qual admissibilidade de cumulação tanto de paternidade, como de maternidade, no registro civil, em contextos em que há pai ou mãe registrados, e solicita a inclusão do sobrenome de pai ou mãe biológicos.

Desse modo, encontra-se na doutrina e jurisprudência brasileiras o reconhecimento pelo STF, como repercussão geral 622 a temática acerca da socioafetividade com seu entendimento consolidado, em decisão plenária respectivamente no dia 22.09.2016, sendo o caso paradigma RE 898.060, como o seguinte conteúdo:

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.

Nesse contexto, Lôbo (2022) O Tribunal fundamentou-se declaradamente no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, ao qual engloba a tutela da felicidade, e também a proteção da realização pessoal, estabelecendo o reconhecimento jurídico de modelos familiares diferentes da família tradicional. Do mesmo modo, no princípio constitucional da parentalidade responsável, a qual não autoriza optar entre a filiação socioafetividade e a biológica, pois compete a todos os pais assumir as responsabilidades resultantes do poder familiar e permitido que o filho possa usufruir dos direitos inerentes a eles.

3.1. Princípio da afetividade

O princípio da afetividade, estabelecido no artigo 1.593 do Código Civil brasileiro e o 226 § 4º, e 227, caput e §5, na Constituição de Federal de 1988. considerado, portanto, um direito fundamental, inerente à pessoa.

De fato, interpretar o Direito de Família, nesse panorama de observância do princípio da afetividade, significa, em especial — mais do que aplicar ao caso concreto uma interpretação simplesmente racional-discursiva —, compreender as partes envolvidas no cenário posto sob o crivo judicial, respeitando as diferenças e valorizando,

acima de tudo, os laços de afeto que unem os seus membros.
(GAGLIANO, 2022, p.164)

Portanto, os laços de afeto derivam-se do convívio no âmbito familiar, e não meramente do sangue. Desse modo, o ato de posse do filho proporciona a segurança jurídica do afeto, a fim de proporcionar a esse filho subsistência, proteção e cuidado. Considerando que a família não se limita aos laços biológicos, pois ela ultrapassa barreiras antes existentes.

3.2. Princípio da dignidade da pessoa humana

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, está ligado à valorização da pessoa humana, para que possua condições emocionais e sociais, e conferindo à criança o direito de possuir uma família.

"O princípio do respeito à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) constitui, assim, base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente (CF, art. 227)."
(GONÇALVES, 2022, p.29)

Posto isso, o princípio da dignidade da pessoa humana visa valores espirituais, morais e de honra ao ser humano. Conforme a Constituição Federal, ela se encontra entre os primeiros princípios, considerando, portanto, a sua importância.

3.3. Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos

O princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, está amparado pelo artigo 227, § 6º e art. 1.596, CC/2002. Este princípio visa estabelecer a absoluta igualdade entre todos os filhos, impedindo a distinção ultrapassada entre filiação legítima e ilegítima, conforme existia no Código Civil de 1916.

O princípio ora em estudo não admite distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão; permite o reconhecimento, a qualquer tempo, de filhos havidos fora do casamento; proíbe que conste no assento

do nascimento qualquer referência à filiação ilegítima; e veda designações discriminatórias relativas à filiação. (GONÇALVES, 2022, p.31).

Juridicamente entende-se que todos os filhos são iguais, e que não há distinção entre eles, ainda que sejam havidos ou fora da constância do casamento, conforme preceitua a lei. Tal medida visa abranger de modo igualitário os filhos adotivos, os filhos socioafetivos, e também os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga (TARTUCE, 2021).

3.4. Princípio do melhor interesse da criança e adolescente

Em seguida, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, em que consiste na proteção da criança e adolescente na sua integralidade, proporcionando a possibilidade de crescer e se desenvolver de modo digno, conforme dispõe o artigo 227, caput, da Constituição Federal.

Conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se infante a criança de 0 a 12 anos incompletos, e adolescentes aqueles que têm entre 12 e 18 anos. Nesse sentido, compreende-se que ambos possuem os direitos mencionados no respectivo estatuto:

Art. 3.º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (CUNHA, 2020, p.99)

Art. 4.º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária." (CUNHA, 2020, p.101)

3.5. Princípio da Solidariedade familiar

A solidariedade do núcleo familiar compreende-se como a solidariedade mútua entre os cônjuges e companheiros, proporcionando assistência de ordem moral e material.

Quanto à solidariedade referente aos filhos compete o ato de ser cuidado até a fase adulta, ou seja, ser sustentada, ensinada e também educada para obtenção da sua total formação social.

O princípio da solidariedade familiar visa estabelecer a proteção, assim como a assistência material e moral de maneira mútua entre os familiares, em consideração ao princípio da dignidade da pessoa humana. É importante ponderar que ela legitima a obrigação alimentar entre parentes, cônjuges ou companheiros, ou na mesma ligação, pois é basilar ao poderio familiar desempenhado em favor dos filhos menores (GAGLIANO, 2022).

Desse modo, Lôbo (2022) regra central do princípio da solidariedade está fundamentada no inciso I, art. 3º da Constituição Federal/1988. Na parte designada à família, em que o referido princípio é tratado categoricamente como encargo à sociedade, ao Estado, e à família a qual protege o núcleo familiar (art. 226), à criança e ao adolescente (art. 227), como também a pessoas idosas (art. 230).

3.6. Princípio da função social da família

No que diz respeito a este princípio, Gagliano (2022) afirma que a função principal da família é a sua qualidade de instrumento para a realização de nossos anseios e desejos. Pois a família não tem fim meramente em si própria, mas, sim, o instrumento social para a busca da felicidade no relacionamento com o outro.

Dessa maneira, Gonçalves (2022) destaca que as alterações concernentes ao direito de família comprovam e evidenciam a função social da família no âmbito do direito brasileiro, principalmente a partir da declaração da igualdade absoluta entre os cônjuges e os filhos; da norma relacionada à guarda, manutenção e educação do filho.

4. Sucessão

A sucessão no direito brasileiro visa está ligada ao conjunto de divisão necessária, em que a vontade do autor não pode descartar certos herdeiros, ou seja, os herdeiros legítimos, pois deve ser partilhada entre eles, no mínimo, metade da herança, em partes iguais, conforme estabelece o código civil, nos seus artigos 1.789, 1.845 e 1.846. O herdeiro legítimo, desse modo, é o parente com direito a uma parte mínima de 50% dos bens, do qual não pode ser privado de recebê-lo. Essa ordem é composta pelo cônjuge,

descendentes do falecido (1.845, CC), sem limite de graus aos dois mencionados por último, isto é, os filhos, netos, bisnetos, etc., e pais, avós, bisavós, etc. São estes os que não podem ser excluídos da partilha de herança por mera vontade do testador, exceto em casos que envolvem deserdação, conforme a lei.

A sucessão ocorre após a morte de alguém, em que ele perde a titularidade dos bens que possuía, e os herdeiros passam a deter os bens, obrigações e dívidas.

No Brasil, o direito de herança ou se dá em virtude do parentesco e relação de família, pela denominada sucessão legítima, ou em virtude de testamento, quando a pessoa exerce a autonomia privada ao escolher quem deseja contemplar com seus bens após seu falecimento, seja ou não parente, pela denominada sucessão testamentária. (LÔBO, 2022, p.98).

Acerca do tema, a VIII da Jornada de Direito Civil do Conselho Federal de Justiça, posicionou-se da seguinte com a decisão:

“Enunciado 632. Nos casos de reconhecimento de multiparentalidade paterna ou materna, o filho terá direito à participação na herança de todos os ascendentes reconhecidos”

Nesse sentido, o Enunciado 642 da VII Jornada de Direito Civil do CJF/STJ visa tratar acerca da multiparentalidade e o direito sucessório, nestes termos:

Nas hipóteses de multiparentalidade, havendo o falecimento do descendente com o chamamento de seus ascendentes à sucessão legítima, se houver igualdade em grau e diversidade em linha entre os ascendentes convocados a herdar, a herança deverá ser dividida em tantas linhas quantos sejam os genitores.

Em vista disso, os sucessores substituem o autor da herança, em que receberam os bens, direitos e obrigações do falecido. É importante considerar que o direito das sucessões possui a função de regulamentar o destino dos patrimônios do de cujus, e desse modo, transferido aos seus herdeiros. A Constituição Federal garante a herança, conforme está previsto em seu artigo 5º, inciso XXX.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes

no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:XXX - é garantido o direito de herança.

Assim, Lôbo (2022) explica à luz do direito das sucessões que as consequências relacionadas à morte da pessoa física, também atingem respectivas ações que esse momento precede, mesmo que a maior parte de seus efeitos também dependa dela. Acontecimentos especiais podem gerar efeitos que antecedem a morte, tendo como exemplo o reconhecimento do filho em testamento, ainda que este ato resulte na revogação pela parte testamentária.

Lôbo (2022) explica que a transmissão dos bens para outras pessoas em virtude de sua morte, é um evento recente na história da sociedade, principalmente quando estes começaram a ocupar centros urbanos.

Para um melhor entendimento acerca do direito das sucessões, Lobo (2022) entende que a morte pode ser real ou presumida. No que diz respeito a morte real, é a que se prova no corpo da pessoa, com o fim da vida. O registro civil de óbito possui meramente a intenção de comprovar o fato, apontando o momento indicado pelo profissional em que foi confirmado e atestado. Já a morte presumida resulta da ausência, e assim por consequência a abertura da sucessão. Assim, a ausência está atrelada ao fato de não se saber o paradeiro da pessoa, seja por familiares ou conhecidos, comprovada pelo intervalo de tempo sem informações.

4.1. Sucessão legítima

Conforme preceitua o código civil brasileiro em seu artigo 1.788, ocorrendo a morte sem testamento, a herança é transmitida aos herdeiros legítimos, e do mesmo modo ocorre quando os bens que não forem claros no testamento, como também se estiver ultrapassado ou até mesmo se for considerado nulo.

Posto isso, feitas as considerações, é importante compreender à luz do artigo 1.829 do código civil, como funciona a ordem das sucessões legítimas, que se inicia da seguinte forma: Sucessão pelos descendentes, sucessão pelos ascendentes, sucessão pelo cônjuge ou companheiro sobrevivente; sucessão pelos colaterais; sucessão pelo Ente Público (GAGLIANO, 2022).

Nesse sentido, fica compreendido que os herdeiros legítimos são aqueles, conforme a lei, direcionados a receber a herança. Já os herdeiros testamentários conforme o testamento (GAGLIANO, 2022).

De modo semelhante preceitua Lôbo (2022) que a sucessão legítima é estabelecida pela lei, equivalente aos valores sociais nessa matéria. No que diz respeito à sucessão testamentária é aquela que expressa a vontade individual do testador, a qual designa o destino dos bens aos destinatários estipulados.

De acordo com Gagliano (2022), a sucessão legítima equivale ao conjunto de regras as quais explicam a cessão patrimonial post mortem, sem a existência de um testamento válido.

Gonçalves (2020) expressa que o herdeiro necessário é o descendente ou ascendente, e desse modo, por vínculo de parentesco em linha reta não é excluído por deserdação ou indignidade, como também o cônjuge, conforme está previsto no art. 1.845 do Código Civil.

Assim, o direito sucessório, na atualidade, foi tornando-se mais democrático, visando assegurar a participação de modo igualitário dos familiares na herança e sucessão legítima. Os moldes legais objetivam representar o modelo ideal de sucessão hereditária que se compreende na sociedade, em cada fase histórica. Desse modo, com essa representação, o uso da sucessão testamentária se torna menor (LOBO, 2022).

Portanto, a sucessão legítima é outorgada através de lei por vocação hereditária, em que a linha sucessória em preferência é obedecida conforme o chamamento.

4.2. Sucessão dos ascendentes multiparentais

O reconhecimento de formas distintas de parentesco, seja biológica ou socioafetiva, corroborou para debates acerca da família, e também no âmbito sucessório. O artigo 1.593, Código Civil trata acerca da possibilidade de paternidade socioafetiva.

“Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

À vista disso, Lôbo (2022) preceitua que os filhos matrimoniais e extramatrimoniais possuem igualdade sucessória, legisladores brasileiros compreenderam que os núcleos familiares merecem proteção do Estado, não somente os matrimoniais. Ou seja, os filhos

não podem ser excluídos ou descredibilizados por sua concepção. Fatos estes resultantes da evolução e observação de princípios sociais, aos quais também se tornaram jurídicos, como a igualdade, a solidariedade e a dignidade da pessoa humana.

Dessa maneira, O IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de família expressou o seguinte enunciado:

Enunciado 33 - O reconhecimento da filiação socioafetiva ou da multiparentalidade gera efeitos jurídicos sucessórios, sendo certo que o filho faz jus às heranças, assim como os genitores, de forma recíproca, bem como dos respectivos ascendentes e parentes, tanto por direito próprio como por representação.

Em síntese, Lôbo (2022) discorre que se o autor da herança não deixar descendentes, os ascendentes biológicos e socioafetivos herdarão concomitantemente, conforme as suas linhas maternas e paternas, em virtude do artigo 1.836, § 2º do Código Civil. O filho será, portanto, herdeiro do pai socioafetivo ou da mãe socioafetiva, assim como do pai biológico ou da mãe biológica, em que será resguardada a igualdade de direitos junto aos outros herdeiros necessários de cada uma.

5. Conclusão

Como referido durante este estudo, o direito sucessório dos filhos na multiparentalidade é compatível com o código civil brasileiro, tendo em vista que o respectivo tema tem tido notoriedade perante autores civilistas, assim, como entendimentos de Conselhos Federais e a Suprema Corte do nosso país.

Inicialmente, é tratado acerca da possibilidade do filho poder ter o direito da dupla paternidade ou maternidade, e obter o reconhecimento judicial para exercer os direitos sucessórios inerentes a sua filiação. Conforme o presente estudo, compreendeu-se que os laços familiares não se restringem à consanguinidade. Com a evolução da sociedade, a família também teve mudanças significativas, notou-se que vínculos socioafetivos, baseados no afeto, no amor e na dignidade da pessoa humana, em que é de suma importância a compreensão de tal temática. O direito de família e sucessões tratou de compreender a filiação socioafetiva, e também pode proporcionar a este o direito à sucessão. Nesse sentido, à luz dos princípios estabelecidos na Constituição Federal, em que busca nortear princípios e valores sociais e jurídicos.

A possibilidade da filiação socioafetiva assegura ao filho o direito de suceder os bens e obrigações do pai ou mãe, conforme entendimentos doutrinários, enunciados e julgados de tribunais. Ademais, a multiparentalidade propícia ao filho e também aos pais, biológicos ou socioafetivos, que o melhor interesse da pessoa seja preservado, tendo em vista a função social da família, ao qual está interligada a solidariedade familiar, e também em consideração ao afeto.

Como demonstrado neste artigo, a sucessão aos filhos na multiparentalidade, mediante o vínculo de parentalidade socioafetiva é prevista nos ordenamentos jurídicos. A situação jurídica, na qual o Supremo Tribunal Federal julgou que a paternidade socioafetiva, ainda que não seja declarada em registro público, não impossibilita o reconhecimento de filiação socioafetiva, assim como os efeitos jurídicos inerentes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n.º 898.060/SC. Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.09.2016, publicado no Informativo n.º 840. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf> . Acesso em 01 de jun de 2022.

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

BORDONI, I.B.A sucessão dos ascendentes em caso de multiparentalidade. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11990/A-sucessao-dos-ascendentes-em-caso-de-multiparentalidade> . Acesso em 31 de maio de 2022.

CASSETTARI, C. **Elementos de direito civil. 10. ed. São Paulo**: Saraiva, 2022. E-book. p.1450.

CASSETTARI, C. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva**: efeitos jurídicos / Christiano Cassettari. – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

CUNHA, R. S.; CUNHA, R. S.; ROSSATO, L. A.; ROSSATO, L. A.; LÉPORE, P. E.; LÉPORE, P. E. **Estatuto da criança e do adolescente**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book. P. 99,101.

COIMBRA, M. D. A, **Familia Socioafiva e a importância do Princípio Constitucional Da Afetividade**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-117/familia-socioafetiva-e-a-importancia-do-principio-constitucional-da-afetividade/>. Acesso em 19 maio de 2021.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. CJF- Enunciados. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/>. Acesso em: 31 de maio de. 2022.

GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. **Novo curso de direito civil - direito de família**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro. 19. ed. São Paulo**: Saraiva, 2022. E-book.

LÔBO, P. **Direito Civil. 8. ed. São Paulo**: Saraiva, 2022. E-book.

LÔBO, P. **Direito Civil. 12. ed. São Paulo**: Saraiva, 2022. p. 41.

LÔBO, P. **Direito Civil. 12. ed. São Paulo**: Saraiva, 2022, p. 558.

LÔBO, P. **Direito Civil. 12. ed. São Paulo**: Saraiva, 2022. E-book. p.633.

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

IBDFAM.**Instituto Brasileiro De Direito De Família**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em 03 de jun de 2022.

TARTUCE, F. **Manual de Direito Civil - volume único**. 11. ed. Método, 2021.

PRISÕES CAUTELARES: O USO EXACERBADO E SUA CONSEQUÊNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

JUAREZ DE ARAÚJO FERREIRA JÚNIOR:

Acadêmico do Curso de Bacharelado em
Direito do Centro Universitário Santo
Agostinho – UNIFSA¹²⁰

LARA STELLA RODRIGUES PIRES FERREIRA¹²¹

(coautora)

GUSTAVO LUÍS MENDES TUPINAMBÁ RODRIGUES¹²²

(orientador)

RESUMO: As prisões cautelares, no ordenamento jurídico brasileiro, possuem o escopo precípua de assegurar a eficácia do processo, garantir a sua instrumentalidade e a tutela jurisdicional. Todavia, hodiernamente, observa-se que esse instituto tem perdido a sua real função, pois apesar de ter caráter excepcional vem sendo aplicado com o intuito preventivo e retributivo. Nesse viés, o presente artigo visa analisar os motivos, bem como as consequências que incidem sob o uso demasiado das prisões cautelares, observando-se a necessidade da correta utilização desse instituto. Inicialmente, aborda-se como o processo penal brasileiro regula as prisões cautelares, a fim de discorrer sobre a sua real aplicabilidade. Em seguida, expõe-se sobre o princípio da presunção de inocência, a decretação de ofício da prisão preventiva e a não delimitação do conceito de ordem pública. Por fim, as consequências que ocorrem em decorrência do uso exacerbado das prisões cautelares, como por exemplo, a dilaceração dos direitos e garantias individuais dos presos. Conclui-se, diante do exposto, que o referido instituto deve ser utilizado como medida para garantir a finalidade processual e não como instrumento para antecipar a pena.

Palavras-chave: Eficácia processual. Tutela jurisdicional. Caráter excepcional. Consequências.

120 . E-mail: juarezjunior577@gmail.com.

121 Acadêmica do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. E-mail: larapirees@outlook.com.

122 Professor do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. E-mail: gustavomtradv@hotmail.com.

ABSTRACT: Precautionary prisons, in the Brazilian legal system, have the main scope of ensuring the effectiveness of the process, guaranteeing its instrumentality and judicial protection. However, nowadays, it is observed that this institute has lost its real function, because despite having an exceptional character, it has been applied with preventive and retributive purposes. In this bias, this article aims to analyze the reasons, as well as the consequences that affect the excessive use of precautionary prisons, observing the need for the correct use of this institute. Initially, it addresses how the Brazilian criminal procedure regulates precautionary arrests, in order to discuss its real applicability. Then, it is exposed on the principle of presumption of innocence, the official decree of preventive detention and the non-definition of the concept of public order. Finally, the consequences that occur as a result of the exacerbated use of precautionary prisons, such as the laceration of the rights and individual guarantees of prisoners. It is concluded, from the above, that the aforementioned institute should be used as a measure to guarantee the procedural purpose and not as an instrument to anticipate the penalty.

Keywords: Procedural effectiveness. Jurisdictional protection. Exceptional character. Consequences.

1. INTRODUÇÃO

A priori, destaca-se que a prisão cautelar é uma espécie de prisão deflagrada, antes que ocorra o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Urge mencionar que a mesma deve ser deflagrada em caráter excepcional quando forem cumpridos os requisitos para a sua propositura. Portanto, constata-se que esta não deverá ser aplicada como uma regra, mas sim utilizada de forma excepcional.

No Brasil é notória a intensa deturpação do uso e aplicação das prisões cautelares. Isso,

porque a sociedade compacta-se com um sentimento errôneo relacionado à justiça, na qual só é alcançada caso haja a decretação da prisão, ainda na fase de inquérito ou instrução processual de acusados. Logo, tem-se como consequência que ocorre de forma imediata, a sobrecarga do sistema prisional devido ao aumento da população carcerária.

Nessa perspectiva, a presente pesquisa visa o estudo da real finalidade das prisões processuais de natureza cautelar, as quais são configuradas como medidas impostas pelo juiz na fase de inquérito e instrução processual com o fulcro precípua de assegurar

a eficácia do processo e garantir a sua instrumentalidade, bem como, a tutela jurisdicional, conforme dispõe os arts. 282 ao 300 do Código de Processo Penal.

Dessa forma, tem-se por delimitação do tema as prisões cautelares como medida para garantir a finalidade processual em detrimento do seu uso exacerbado no processo penal brasileiro.

Assim, o problema de pesquisa fundamenta-se em: quais motivos e as consequências que incidem sob a decretação em excesso das prisões cautelares no processo penal brasileiro?

A justificativa da pesquisa encontra-se no fato de que a utilização das prisões cautelares, cada vez mais vem perdendo a sua real finalidade, haja vista que estas se tratam de medidas que são dotadas de excepcionalidade e provisoriedade e, que possuem suas próprias finalidades processuais. Todavia, verifica-se que, no atual contexto social do Brasil, essas têm perdido a sua real função ao serem utilizadas como forma de antecipação da pena.

Ademais, vivemos atualmente inseridos em uma sociedade bastante acelerada em termos de tecnologias e informações, que fazem com que notícias cheguem ao conhecimento de toda população de forma imediata. Logo, observa-se que devido a isso, existe um grande anseio pela velocidade da punição, ou seja, a visibilidade de uma punição imediata.

Nesse sentido, apesar de as prisões processuais de natureza cautelar possuírem como objetivo a garantia do resultado da tutela jurisdicional e, conseqüentemente, a efetividade do processo, torna-se notória a deturpação destas por serem confundidas como pena, atribuindo a essas um caráter preventivo e retributivo em decorrência dos anseios da sociedade. Assim, é explícito que não existe a observância de princípios fundamentais que são basilares aos indivíduos.

Desse modo, objetiva-se, com a elaboração do presente estudo, analisar os motivos, bem como as consequências que incidem sob o uso demasiado das prisões cautelares no sistema processual penal nacional. Nesse ínterim, busca-se demonstrar a utilização excessiva destas, sem intenção de esgotar o tema, que merece atenção crescente da academia.

Quanto à metodologia, trata-se de pesquisa bibliográfica do tipo narrativa, baseada na consulta a livros, artigos, legislações e julgados brasileiros pertinentes ao tema das prisões cautelares. O estudo tem como objetivo primordial apresentar a discussão acerca do uso das prisões cautelares em detrimento da sua utilização exacerbada e, concomitantemente, as consequências advindas desta prática.

Por todo o exposto, para se alcançar as considerações finais da presente pesquisa, busca-se em um primeiro momento, trabalhar a distinção entre prisão cautelar e prisão penal, bem como apontar a principiologia que deve ser observada na aplicação desse instituto, como também os pressupostos para o cabimento e às espécies de prisões cautelares e suas respectivas finalidades.

Em segundo plano, busca-se analisar a real prática de sua aplicação no processo penal brasileiro. Logo em seguida, a ilegalidade da prisão preventiva decretada de ofício pelo juiz e o fundamento da garantia da ordem pública face o Código de Processo Penal. E, por fim, discorrer-se-á sobre os impactos do uso demasiado das prisões cautelares e as consequências no sistema prisional brasileiro.

2 AS PRISÕES CAUTELARES DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Conforme Silva (2016), é permitido pela legislação portuguesa o sistema jurídico das prisões preventivas, que foi implementado no Brasil desde a época colonial. No entanto, para que os cidadãos sejam acusados de tais atos violentos, algumas questões devem ser atendidas, a saber, crimes flagrantes e a prática de crimes puníveis.

Guilherme Nucci (2016, p. 452) define a prisão da seguinte forma:

“É a privação de liberdade, a privação do direito de entrar e sair, através da memória das pessoas na prisão. Nesse conceito, não há diferença entre a prisão temporária enquanto espera o fim da ordem criminal e a prisão após o cumprimento de uma sentença. Assim, embora o Código Penal preveja pena de prisão por condenação, seu tipo, forma de cumprimento e sistema de acolhimento de infratores, a lei de processo penal é responsável pela prisão”.

Nucci ainda aponta brilhantemente que a detenção temporária só deve ter efeito quando necessário, confirmando a mensagem de que tais instituições que não devem ser a regra, mas a exceção. Nesse sentido, salienta-se que é disposto no código de processo penal, dois tipos de prisão cautelar, que são: prisão temporária e a prisão preventiva; e como prisão pré-cautelar: o flagrante, todas ocorrendo antes da condenação e da sentença.

Desse modo, as sentenças de prisão resultarão de decisões finais e irrecorríveis; e as prisões diversas de sentença penal condenatória servirão como medidas preventivas

para garantir que o processo seja efetivamente encerrado, manter a ordem pública e econômica e facilitar o processo penal.

Nos ensinamentos de Tourinho (2016) a prisão não tem função educativa, configurando-se como um castigo. Como já foi referido, é um absurdo e vitoriano esconder a sua verdadeira e interioridade com outros rótulos. É vista como um castigo porque ainda não há convicção. Portanto, a prisão provisória deve ser usada como uma exceção.

A ordem de prisão cautelar exige a presença de elementos que indiquem que a pessoa sob investigação ou o réu esteja envolvido na prática do crime, e essa medida é essencial para garantir a aplicação do direito penal (evitar fuga), atividades de prova (se por exemplo, o réu embaraça a testemunha) ou evita a repetição de crimes.

Corroborando com esse entendimento, ressalta-se ainda que a legislação elenca que as mulheres grávidas, mães de crianças menores de 12 anos, arguidos idosos ou doentes, ou a sua presença em situações indispensáveis ao cuidado de crianças ou pessoas com deficiência, sejam detidas em casa, conforme é disposto no artigo 318 do CPP.

2.1 Prisão cautelar e prisão-pena

Segundo Nucci (2016), a prisão é a privação da liberdade e do direito de entrar e sair, por meio da memória humana da prisão. No ordenamento jurídico brasileiro, as prisões são aplicadas de duas maneiras diferentes: encarceramento e reclusão sem penalidade. Assim, a pena de prisão será aquela aplicada quando houver decisão final e irrecurável; a prisão sem punição será tomada como medida preventiva para garantir o fim efetivo do processo, manter a ordem pública e econômica e facilitar o processo criminal.

Nesse meandro, Fidalgo (2016) ensina que a prisão é o resultado de uma sentença final e irrecurável. Desse modo, salienta-se que a prisão-pena está atrelada de forma direta ao indivíduo que é considerado culpado, através de sentença penal condenatória, de uma infração penal. Logo, o intuito do poder estatal baseia-se no cumprimento da pena com o fulcro de promover ao criminoso a punição devido os seus atos, a ressocialização, como também resguardar a sociedade deste.

Aliado a isso, em relação a prisão cautelar, constata-se que estas não possuem caráter punitivo e são destinadas aos indivíduos presumidamente inocentes e que, muitas vezes, não foram sequer julgados no momento de sua prisão. Assim, serão utilizadas como medidas preventivas para garantir que o processo seja efetivamente encerrado, manter controle social e facilitar o andamento da investigação e do processo

penal, bem como evita que o suspeito volte a cometer outra infração penal, caso esteja solto. Sendo assim, em relação a exemplos prisão sem pena, podem ser incluídas: a prisão civil, a detenção temporária em casos de expulsão e extradição, injunções constitucionais e injunções processuais sob lei marcial.

Consoante ao exposto, tem-se o art. 312 do Código de Processo Penal:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (BRASIL, 1940).

No que tange as prisões cautelares, é conhecido que dentre elas estão as prisões preventivas, conforme o artigo supramencionado. Nesse viés, ressalta-se que estas poderão ser decretadas antes do processo criminal começar, ou seja, na fase em que os fatos estão sendo investigados para posterior apuração. Diante disso, para a aplicação desse instituto, observa-se que não há mesmo o procedimento/processo que é feito na aplicação da prisão-pena.

Com isso, as medidas preventivas são para garantir o normal desenvolvimento do procedimento e constituem um instrumento de sua tutela. Portanto, estas obviamente não são para "fazer justiça", mas para garantir o funcionamento normal da justiça através do respectivo processo de conhecimento (criminal). Portanto, o referido instituto implica, de forma direta, na instrumentação de processos.

2.2 Principiologia das prisões cautelares

A priori, é importante salientar que o estudo e a análise da principiologia das prisões cautelares é de suma importância no âmbito deste instituto em comento. Isso, porque os princípios servirão de base para dirigir e guiar as formas como os juristas irão interpretar o caso concreto, bem como verificar a viabilidade tanto da aplicação quanto a legitimidade para a propositura das medidas cautelares.

Os princípios norteadores de todas as medidas cautelares são: jurisdição e motivação, contraditório, provisoriedade, proporcionalidade e excepcionalidade. O princípio da jurisdicionalidade e da motivação tem como base o artigo 5º, incisos LIV e LXI, e o artigo 93, inciso IX da Constituição da República, bem como o artigo 315 do Código de Processo Penal e revela que toda medida cautelar, em especial a prisão preventiva, deve ser decretada por juiz, de forma fundamentada (BARROS, 2018). Assim,

toda prisão de natureza cautelar deverá ser advinda de uma decisão de um magistrado e de forma fundamentada, não existindo, portanto, exceção a essa regra.

O princípio do contraditório estipulado no artigo 282 da Lei de Processo Penal e no artigo 5º, LV, da CRFB/88, determina que antes da promulgação de quaisquer medidas preventivas, cada réu será ouvido em um prazo razoável, que será executado pelo juiz competente ou tribunal.

Ademais, nas prisões provisórias, entende-se que a provisoriedade é um princípio básico, porque elas são antes de tudo situacionais, desde que protejam a situação real. Uma vez que o suporte fatural para legitimar a medida desapareça e se manifeste em atividade criminosa. O desaparecimento de qualquer tipo de “fumaça” requer a liberação imediata do réu, pois a manutenção da prisão requer que ambos (requisitos e motivos) existam ao mesmo tempo. Ou seja, pode-se inferir que a prisão provisória ou quaisquer medidas preventivas que substituam a prisão podem ser revogadas ou substituídas a qualquer momento durante ou não no processo, desde que não existam os motivos para sua determinação, tais como e novamente promulgados quando necessário.

De acordo com o princípio da provisoriedade, as prisões cautelares possuem um caráter provisório, ou seja, elas são consideradas temporárias. Isso, tendo em vista que estas serão utilizadas por um determinado período de tempo e não poderão adquirir *status* de pena. Somado a esse entendimento, tem-se implícito o princípio constitucional, previsto no art. 5º, LXXVII, da Constituição Federal, que é o da razoabilidade, no qual entende-se que o tempo da prisão cautelar deve respeitar o bom senso e a necessidade efetiva, devendo adequar a razoável duração do processo.

Conforme o princípio da proporcionalidade é possível se fazer um controle de constitucionalidade de leis e atos administrativos para determinar se alguma prisão cautelar é proporcional. Nesse sentido, far-se-á necessário a observância de dois pressupostos, o primeiro trata

da legalidade, o qual estabelece que no processo penal inexistem cautelares atípicas, ou seja, não existe o poder geral de cautela. Portanto, todas as cautelares devem ser expressamente previstas em lei, o segundo trata da justificação teleológica, por meio deste observa-se a finalidade da cautelar, ou seja, se esta resguarda a instrumentalidade do processo e/ou garante a prestação jurisdicional.

Ademais, deve-se observar alguns requisitos existentes neste princípio, como a judicialidade, que estabelece que uma prisão cautelar só pode ser determinada por uma autoridade judicial, portanto, existe reserva de jurisdição, bem como a motivação, esta diz que a cautelar deve ser fundamentado judicialmente com base em fatos jurídicos e em situações fáticas novas/contemporâneas, há ainda a adequação, por meio dela deve-se

evidenciar que determinada cautelar é o meio abio para se alcançar a finalidade que se pretende, observando a gravidade e condições pessoais do investigado e/ou réu, por fim tem-se a necessidade de evidenciar e demonstrar que determinada cautela é necessária, ou seja, que é a menos gravosa dentre aquelas possíveis.

Por fim, o princípio da exceção, também referido por alguns autores como “caráter subsidiário da prisão temporária”, estipula que o isolamento preventivo só deve ser utilizado em situações extremas. Isso porque, a prisão provisória é uma medida severa que trará terríveis consequências para os contribuintes e o setor social que dela sofre, devendo, portanto, contornar as regras e ser utilizada apenas em circunstâncias especiais.

2.3 Espécies das prisões cautelares

Em relação as espécies de prisões cautelares, tem-se: preventiva e a temporária; e como pré- cautelar: o flagrante. Mereles (2019) define a prisão preventiva, como instrumento do juiz em investigações policiais ou processos criminais, ou seja, esta é configurada como um meio processual. Esse tipo de prisão cautelar pode ser utilizado antes de o réu ser condenado ou durante o processo penal, como também ser ordenada por um juiz.

Todavia, ressalta-se que, a prisão deve cumprir os requisitos legais aplicáveis previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal. Para ser utilizado em investigações policiais, deve ser solicitado pelo Ministério Público ou por representantes da polícia. Além disso, quando o processo penal ocorre na esfera privada, como no caso de crimes de dano à honra (que afetam a integridade moral de uma pessoa), o autor também pode solicitar prisão preventiva - quem inicia o processo penal é “ofendido”.

O intuito da prisão preventiva é manter a ordem pública e econômica. Se for propícia à adequada investigação do processo penal, pode até mesmo garantir a aplicação de penalidades quando houver fortes indícios do autor, indícios criminais e dos perigos gerados ao Estado nos termos do artigo 312 da Lei de Processo Penal.

Recentemente, ocorreram algumas mudanças no ordenamento jurídico a respeito das prisões preventivas, uma dessas inovações ocorreu com a aprovação da Lei nº 13.964/2019, chamada de pacote anticrime. Para melhor compreender o conceito de prisão preventiva, o conceito Capez se popularizou (2018, p. 333): “Em qualquer fase do inquérito policial ou do processo penal, o juiz pode proceder à prisão preventiva processual antes do final da pena, desde que cumpridos os requisitos legais e apresentados os motivos da autorização.” Sendo assim, é necessário que haja a

observância de todos os requisitos legais para que a prisão preventiva seja declarada, as ausências desses requisitos geram a invalidade dessa prisão.

No que tange a prisão temporária, Fernando Capez (2018, p. 346) a descreve como “prisão cautelar de natureza processual destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial.” Nesse íterim, a prisão temporária é prevista pela Lei nº 7.960/89 e só será decretada pelo Poder Judiciário. Corroborando com o exposto, Capez (2018, p. 347) também explicou a prisão temporária: “A prisão temporária só pode ser decretada para crimes para os quais a detenção é permitida por lei.”

No entanto, permitir que uma pessoa seja presa temporariamente apenas sob suspeita de cometer um crime grave viola o princípio constitucional da inocência. Sem ambiguidade, a punição só deve ser executada. Portanto, é possível entender que para um mandado de prisão provisória, o agente deve ser designado como suspeito ou processado por um dos crimes listados na lei. Além disso, pelo menos um dos outros dois requisitos devem ser cumpridos para revelar os arredores de Mora. Logo, se um desses dois requisitos não existir ou estiver fora da lista exaustiva da lei, a prisão não será permitida.

O flagrante nada mais é do que, a visibilidade do delito, ou seja, é visualizar uma conduta criminosa. Desse modo, a existência do *fumus commissi delicti* é inequívoca, portanto, a existência da materialidade e da autoria são inquestionáveis. Tal medida tem amparo constitucional no art. 5º, LXI da CF/88.

Ademais, a prisão em flagrante é disciplinada nos artigos 301 a 310 do CPP. Nesse viés, é importante observar o disposto no art. 301 do CPP, *in verbis*:

Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito (BRASIL, 1941).

Nesse sentido, por tratar-se de um ato meramente administrativo, isto é, pode ser adotado por qualquer pessoa ou autoridade policial nota-se claramente a ausência da judicialidade, quando da decretação da prisão em flagrante, ou seja, ela não é realizada por autoridade judicial, portanto não obedece ao princípio da proporcionalidade.

Ressalta-se, por fim, conforme o art. 310, II do CPP, a saber:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a

presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: [...];

II - Converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (BRASIL, 1941).

[...].

Nessa senda, ao observar o artigo supracitado pode-se dizer, portanto, que a prisão em flagrante é uma medida que antecede uma verdadeira prisão cautelar. Entende-se isso, uma vez que essa prisão pode ser decretada por particulares ou por autoridade judicial, aliado ao fato de a mesma possuir a brevidade de 24 horas para a análise do magistrado, podendo ser convertida em prisão preventiva caso sejam obedecidos os requisitos para a sua propositura.

2.4 Pressupostos para o cabimento

A prisão preventiva, com base na experiência e lições de Lima (2020), é uma espécie de prisão proferida antes da sentença definitiva e irrecorrível da sentença penal para garantir que a investigação ou o próprio processo cumpram seu objetivo.

A lei estipula inclusive casos de privação de liberdade antes da condenação definitiva. Isso ocorre, pois procura-se evitar a frustração de investigações ou procedimentos. Desse modo, a prisão temporária é denominada como prisão instrumental. Portanto, conforme foi enfatizado por Lima, a prisão cautelar é sempre uma exceção e não pode ser usada para permitir que o réu ou a pessoa sob investigação cumpra uma pena antes da sentença final e irrecorrível da condenação.

Enfatiza-se ainda que a seção 2 do artigo 313 do CPP, especialmente no que diz respeito à prisão preventiva, o que é consistente com a hipótese do autor:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: [...] § 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de

investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia (BRASIL, 1941).

Nesse sentido, também, é necessário enfatizar as afirmações do referido autor ao considerar a determinação de uma espécie de prisão provisória, haja vista que o responsável pela ordem de detenção temporária deve analisar a periculosidade do sujeito, não seu crime.

Em relação aos pressupostos de admissibilidade, salienta-se que os da prisão preventiva se diferem da prisão temporária. Observa-se que em relação a preventiva, é exigida a presença de indícios de autoria e a certeza do crime com a presença dos indícios de materialidade, ou seja, o *fumus commissi delicti* que se refere a fumaça da prática de um delito.

Como bem descreve Souza Júnior (2016), o *periculum libertatis* configura-se como também é pressuposto da prisão preventiva, isso porque a existência de perigo causado pela liberdade do sujeito passivo da persecução penal. Portanto, em decorrência desse último pressuposto de admissibilidade, é disposto na legislação processual penal situações que permitem ser decretada a prisão preventiva como: a conveniência da instrução criminal, como garantia da ordem pública, da ordem econômica ou para assegurar a aplicação da lei penal.

A Lei nº 7960/89 não exige a certeza substantiva do crime, ou seja, a lei se limita ao disposto em seu artigo 1º, parágrafo 3º: Há razão legítima, com base em qualquer prova reconhecida pelo direito penal. Se o arguido for o autor ou tiver participado nos crimes a seguir indicados, aplica-se aos crimes enumerados a prisão provisória. Por outro lado, o artigo 312 da Lei de Processo Penal - que trata da prisão preventiva - exige *ipsis litteris* "a prova da existência de crime", ou seja, a importância da lei de prisão preventiva.

Nesse sentido, conforme Lopes Júnior a cultura policial que compreende as prisões policiais e até busca e apreensão, infelizmente, não possuíam a intervenção jurisdicional. Além disso, a investigação policial não era instaurada se o suspeito não de forma completa à disposição da polícia. Nesse contexto afirma-se que: "A pobreza dos meios de investigação (da época) fazia com que o suspeito fosse o principal "objeto de prova". Daí porque o que representava um grande avanço democrático foi interpretado pelos policiais como uma castração de suas funções." (LOPES JÚNIOR, p. 692, 2016).

Portanto, a prisão preventiva é evidenciada pela isenção do contribuinte de processo criminal, e o motivo da existência da prisão provisória é a necessidade de investigação. A lição que Lopes Júnior deixa é que a semana da liberdade acabou sendo torcida em uma prisão provisória para atender às necessidades de investigação, e em

seguida, é possível perceber que as pessoas querem proteger não é a liberdade do réu, mas a investigação exige prisão.

Nesse sentido, em nome da conveniência da orientação criminal, para permitir a participação do réu em determinados atos probatórios, a prisão é injustificada porque o réu não é o objeto do processo, mas sim o sujeito, em vez de ser obrigado a fazê-lo.

3.A MOTIVAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR E A SUA REALIDADE NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

Para Lopes Júnior (2019) a decretação da prisão deve pressupor um caminho motivacional democrático: a) A presunção de inocência é uma regra de tratamento, razão pela qual a liberdade é o ponto de partida do julgamento judicial; b) Analisar os requisitos da prisão preventiva - *fumus comissi delicti* - em comparação com o artigo 282 da Lei de Processo Penal - suficiência, necessidade e proporcionalidade - digna de seriedade concreta em vez de especulativa ou mesmo abstrata as perturbações sociais são vergonhosas, especialmente em crimes para os quais a condenação não leva à prisão.

Além disso, a gravidade do crime ou os antecedentes do réu por si só não são suficientes para manter ou ainda para declarar a detenção obrigatória. Concomitantemente, o ambiente social e de mídia promovem a construção (imaginária) de cenários de comportamento violento baseados em valores, o que cria pressão externa sobre os motivos (ocultos) do juiz.

Ademais, o mencionado doutrinador leciona que as regras processuais, não poderá suportar o efeito esperado de condenação, e regras de prova. Segundo esta regra, a inocência é pré-determinada, sendo o acusador obrigado a provar a condenação. Ademais, a presunção de inocência exige que o réu seja tratado de tal forma, independentemente da probabilidade de ser condenado. Logo, até que uma decisão final seja tomada, a prisão só pode ser imposta com base nos requisitos relacionados ao processo.

Na ausência de mediação nos processos penais, a ilusão de justiça direta leva a um encurtamento da relação entre os fatos e a prisão. Claro, isso não é sem riscos e custos enormes, o que intensifica o quadro de que a maior "dor" do processo penal seja precisamente esta: para saber se devemos punir alguém, já estamos punindo alguém processualmente. O problema é que, se descobirmos que a punição não é razoável, já punimos alguém de maneira injusta, errada e desproporcional.

3.1 Presunção de inocência x prisões cautelares

No Brasil, a presunção de inocência está legalmente prevista no art. 5º, LVII, da CF/88, sendo a mesma o princípio fundante do Processo Penal, vez que estabelece garantias essenciais ao imputado frente à atuação punitiva estatal. Nesse sentido, preceitua a Constituição, *in verbis*:

Art. 5º [...]:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (BRASIL, 1988).

Ao ser feita a análise do dispositivo supracitado, o qual consagra expressamente o princípio da presunção de inocência pode-se extrair que todos devem ser considerados como inocentes até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, portanto, o imputado deve ser tratado como tal. Dessa forma, o Estado deve intervir de forma mínima na liberdade do imputado tanto na fase processual quanto na fase pré-processual, para que o mesmo tenha resguardado seu direito de presunção de inocência, pois trata-se de um direito fundamental.

Ademais, se a culpabilidade do réu não ficar suficientemente provada por quem detem a carga da acusação, o mesmo deve ser absolvido. Uma vez, que ele é presumidamente inocente.

Paralelamente ao exposto, é possível que alguém seja preso antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, desde que, seja para garantir a instrução criminal e/ou para resguardar a prestação jurisdicional, visto que, a própria Constituição estabelece, a saber:

Art. 5º [...];

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, a presunção de inocência não é absoluta e pode ser relativizada pelo uso das prisões cautelares. Ademais, o que permite a coexistência da presunção de inocência e das prisões cautelares, além do requisito e fundamento cautelar, são os princípios que regem as medidas cautelares. Portanto, pode-se prender alguém antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, desde que preenchidos os requisitos e fundamentos do art. 312, do CPP (LOPES JÚNIOR, 2021).

Diante disso, embora a Constituição consagre o princípio da presunção de inocência, é possível prender o imputado antes que a sentença penal transite em julgado, até porque, a própria Constituição Federal autoriza tal feito. Assim, é perfeitamente possível a coexistência da presunção de inocência e do instituto das prisões cautelares no processo penal brasileiro.

3. 2 A ilegalidade da prisão preventiva decretada de ofício

É sabido que, a prisão preventiva é uma espécie de prisão cautelar que pode ser aplicada pelo juiz ou tribunal competente em qualquer fase do processo criminal, desde que antes de transitado em julgado a sentença e, até mesmo na fase pré-processual. No entanto, para que seja possível a sua incidência, é necessário o cumprimento dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, os quais já foram retratados no capítulo anterior.

Nessa perspectiva, salienta-se que houve uma importante inovação legislativa no CPP, introduzida pela Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019 (Pacote Anticrime). A referida lei trouxe a seguinte redação ao art. 311 do CPP, no qual dispõe que:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial (BRASIL, 1941).

Nesse viés, observa-se que a redação dada ao artigo supracitado tem a finalidade de proibir a possibilidade de ser decretada a prisão preventiva de ofício pelo juiz, ou seja, sem requerimento do Ministério Público, querelante ou assistente, e ainda sem representação da autoridade policial.

Corroborando com o aqui exposto, a nova redação dada ao art. 311 tem o claro objetivo de vedar a prisão preventiva decretada de ofício pelo juiz, além de estabelecer um rompimento cultural e abandono da mentalidade inquisitória, além de contribuir para a implementação do sistema acusatório. Diante disso, resta claro que o mencionado artigo cria as condições de possibilidade de se ter um juiz imparcial e o devido processo penal (LOPES JÚNIOR, 2021).

Logo, se a prisão preventiva for decretada de ofício pelo juiz será considerada ilegal, devendo, por essa razão, ser imediatamente relaxada.

3.3 Garantia da ordem pública como fundamento da prisão cautelar

A priori, é importante ressaltar que, a origem histórica da garantia da ordem pública como fundamento para a decretação da prisão cautelar teve seu início na Alemanha no ano de 1930, aproximadamente, época em que o país vivia um regime nazifascismo. Tal prisão, na época, tinha como objetivo a autorização geral e abstrata para se prender qualquer pessoa que fosse contra o regime estalado no país, portanto, não passava de fundamento para prisões arbitrárias.

Com efeito, no processo penal brasileiro o fundamento da ordem pública tem previsão legal no art. 312 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (BRASIL, 1941).

Vale ressaltar, que tal fundamento foi dado pela redação original do CPP de 1941, o qual foi elaborado sob forte influência do CPP fascista italiano. Ressalta-se ainda, que os fundamentos para a decretação da prisão preventiva são alternativos, ou seja, basta tão somente um deles para justificar-se a medida cautelar.

Nesse viés, a partir da leitura do dispositivo citado pode-se observar que, o fundamento em discussão tem o conceito geral e abstrato, ou seja, a legislação processual penal não estabeleceu que exatamente é a ordem pública. Portanto, em decorrência disso, ocorre a banalização das prisões cautelares no processo penal brasileiro. Ora, em se tratando de um fundamento abstrato, conseqüentemente é o meio ideal para o Estado realizar as prisões arbitrárias da maneira que lhe achar conveniente.

Mas, a final de contas, o que é a garantia da ordem pública? Em razão de sua vagueza e abertura ninguém sabe ao certo o que quer dizer, no entanto, é recorrente a definição de risco para ordem pública como sinônimo de "clamor público", que gere abalo social, comoção na comunidade e que seja capaz de perturbar sua "tranquilidade". Além do que, alguns ainda invocam a "gravidade" ou "brutalidade" do delito como fundamento da prisão preventiva (LOPES JÚNIOR, 2021).

Desse modo, entende-se que a garantia da ordem pública está ligada ao "clamor público", ou seja, à repercussão midiática que determinado crime provoque na sociedade, em razão da maneira que o mesmo foi praticado, isto é, pela violência, brutalidade ou gravidade do crime.

Desta feita, a prisão preventiva serviria como a forma de dá uma resposta imediata a sociedade, isto é, de fazer “justiça”, pois a mesma não consegue entender o tempo do processo e/ ou não quer esperar pelo mesmo. Logo, por meio desse fundamento, o judiciário encontra a solução de atender aos anseios dessa sociedade que vive em um mundo hiper acelerado que se difere do mundo vagaroso do processo penal brasileiro.

Diante do exposto, é importante ressaltar novamente, que o objetivo das prisões cautelares é garantir a instrumentalidade do processo, bem como a aplicação da lei penal ao final do processo. Logo, com base no referido estudo, fica evidente que o fundamento da garantia da ordem pública não é fundamento cautelar. Destarte, entende o professor Lopes Júnior (2021) que a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública não tem nada a ver com os fins que legitimam as medidas cautelares. Nesse diapasão, trata-se de uma grave degeneração transformar uma prisão processual em medida de segurança pública, uma vez que as prisões preventivas para garantia da ordem pública, são substancialmente inconstitucionais.

De modo reiterado, entende-se que o fundamento da ordem pública é o principal responsável pelo uso exacerbado das prisões cautelares no processo penal pátrio, haja vista não ter um parâmetro legal que justifique sua incidência em determinado delito e por ser o principal meio da sociedade obter “justiça” imediata. Ademais, não se trata de um fundamento a serviço da instrumentalização processual, mas, sim em prol da justiça, pois o mesmo busca prevenir que alguém que cometeu um crime volte a praticar novos crimes e/ou castigar alguém por ter cometido um delito, o que evidentemente é função de prisão-penal e não de prisão cautelar.

Corroborando com o exposto, têm-se os julgados abaixo:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DA ORDEM CONSTRITIVA À LUZ DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTATAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (Superior Tribunal de Justiça STJ - HABEAS CORPUS: HC 497006 MS 2019/0064210-2. Data de Publicação: 14/05/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA

DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO DELITIVA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. OUTRAS ANOTAÇÕES CRIMINAIS. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. IMPOSSIBILIDADE. GRUPO DE RISCO DA PANDEMIA DE COVID-19. NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (Superior Tribunal de Justiça STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS: AgRg no HC 658308 SP 2021/0103393-7. Data de Publicação: 18/06/2021)

O Superior Tribunal de Justiça, no Habeas Corpus 497.006, tem reafirmado o entendimento a respeito do fundamento da garantia da ordem pública, de forma que, a alusão genérica em relação a gravidade do crime cometido, bem como o clamor público, a comoção social e a credibilidade da justiça não constituem fundamentos que possam viabilizar a prisão preventiva.

Dessa forma, a incidência da prisão preventiva decretada com base no fundamento discutido, em cada caso específico, deve vir fundada em elementos concretos que demonstrem sua necessidade no contexto fático-probatório apreciado, sendo inadmissível motivá-la sem a existência de razão sólida e individualizada (BRASIL, 2019).

Ademais, a sexta turma do STJ em julgamento do Agravo Regimental no Habeas Corpus 658.308, de relatoria do Ministro Antônio Saldanha Palheiro, reafirmou o entendimento de que a preservação da ordem pública justifica a imposição da prisão preventiva quando o agente possui maus antecedentes, reincidência, atos infracionais pretéritos, inquérito ou ações penais em curso, visto que tais circunstâncias demonstram sua contumácia delitiva e, conseqüentemente, sua periculosidade (BRASIL, 2021).

Nesse diapasão, embora não exista na legislação processual penal uma definição legal do que seja a garantia da ordem pública, o STJ vem estabelecendo parâmetros para sua definição, qual sejam, elementos concretos que demonstre sua necessidade em cada caso específico, não podendo, portanto, o magistrado se ater apenas em elementos vagos, como por exemplo, a gravidade do delito em abstrato, o clamor público, a comoção social.

4.OS IMPACTOS DO EXCESSO DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E SUA MATERIALIZAÇÃO NO SISTEMA CARCERÁRIO

Conforme Cardoso (2020) a superlotação do sistema prisional brasileiro é resultado de um país cruel e arbitrário, que exige de seus cidadãos o cumprimento da lei, porém nem o próprio país à cumpre. Se a liberdade dos cidadãos se torna regra pelo poder da constituição, então é compreensível que o ramo mais radical do direito seja o penal, pelo fato de interferir na liberdade das pessoas, portanto, este deve ser utilizado de forma

mínima. Além do mais, é possível extrair o raciocínio do direito penal implícito, como princípio constitucional, é o que menos interfere.

Nesse sentido, o erro não é só do legislador, mas também de outros poderes. Isso ocorre, porque os departamentos administrativos não formulam políticas públicas para reduzir a desigualdade social, como, por exemplo, a distribuição de renda (por meio da geração de empregos e programas sociais), a educação, o investimento em saúde e direitos básicos mínimos. Portanto, nota-se que a consequência disso é retratada na maioria das pessoas da sociedade brasileira, uma vez que estas são marginalizadas e vivem na pobreza ou até mesmo na miséria.

Diante disso, é notório que o sistema prisional brasileiro está em colapso. Isso decorre da inflação punitiva observada no cenário político desde a redemocratização da década de 1980. Logo, os dados oficiais demonstram que as prisões estavam superlotadas, o que já era uma crise, e até levaram o Supremo Tribunal Federal (STF) a reconhecer os fatos como “inconstitucionais status” nas prisões brasileiras” (LIMA, 2019).

Em suma, as regras processuais não podem suportar o efeito esperado de condenação, e regras de prova. Segundo esta regra, a inocência é pré-determinada, sendo o acusador obrigado a provar a condenação. Ademais, a presunção de inocência exige que o réu seja tratado de tal forma, independentemente da probabilidade de ser condenado. Logo, até que uma decisão final seja tomada, a prisão só pode ser imposta com base nos requisitos relacionados ao processo (LOPES JÚNIOR, 2019).

Desse modo, o problema do excesso das prisões cautelares diz respeito, também, a ideia de que muitas pessoas não enfrentam as regras que são inerentes ao processo penal. Isso, porque quando se trata da liberdade, faz-se necessário aplicar as regras estipuladas pela lei expressa, incluindo as restrições à atividade judiciária, com o escopo de evitar injustiças no âmbito do processo como, por exemplo, a prisão antecipada indevidamente de alguém que seja inocente, devendo ser resguardada para esta a presunção de inocência.

4. 1 Violação do direito de liberdade

Está previsto no rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, dentre outros, o direito à liberdade. Essa prerrogativa está disposta no caput do art. 5º da carta magna e garante a inviolabilidade da liberdade. Portanto, a liberdade do indivíduo é a regra no ordenamento jurídico brasileiro. No mesmo sentido, o inciso LIV, art. 5º, da CF/88, estabelece que ninguém será privado da sua liberdade sem o devido processo legal, ou seja, sem que seja obedidas as regras processuais.

Diante do exposto, por ser liberdade a regra, a prisão de alguém só pode acontecer de forma excepcional, ou seja, quando a sua liberdade representar risco para a sociedade ou quando não for caso de prisão decorrente de sentença penal condenatória.

Embora a CF/88 estabeleça a liberdade como um direito fundamental, não significa que a mesma não possa ser suprida em determinadas situações, pois como se sabe não existe no ordenamento jurídico brasileiro direito que seja absoluto. Nesse viés, conforme art. 5º, LXI, da Constituição, ao ser admitida a prisão do indivíduo, a privação de sua liberdade só poderá acontecer se for caso de flagrante de delito ou houver ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária.

Todavia, em decorrência do elevado número de prisões de natureza cautelar que são decretadas no processo penal brasileiro, torna-se muito difícil a apreciação dessas prisões de forma correta pelo poder judiciário, isto é, respeitando o direito das pessoas que são processadas, haja vista, existe uma grande quantidade de processos tramitando na justiça criminal. Conforme informações colhidas no Conselho Nacional de Justiça – CNJ (2021), só no ano de 2020 engreçaram no poder judiciário 1,9 milhão de novos casos criminais, o que totaliza um total de 7,8 milhões de casos, sendo que todos esses precisam serem apreciados pelo poder judiciário.

Nesse sentido, não há que se falar em violação ao direito fundamental de liberdade se ela foi retirada em decorrência de um devido processo legal, ou seja, de uma prisão em flagrante que obedeça às formalidades exigidas pela lei, bem como de prisão fundamentada de autoridade judiciária competente. Contudo, se a prisão do acusado não obedecer ao que está disposto no art. 5º, LXI, CF/88, haverá uma grave violação do direito fundamental à liberdade.

4.2 Afetação das garantias processuais

Conforme Louback (2019), o Código de Processo Penal brasileiro adotou a “doutrina do não prazo”. Nesse sentido, mesmo que a legislação brasileira tenha optado por não estabelecer um prazo definido, com relação ao tempo de duração do processo e prisão preventiva, vigora no ordenamento jurídico brasileiro, desde a incorporação do Pacto de São José da Costa Rica ou Convenção Americana de Direitos Humanos em 25 de setembro de 1992, o direito de ser julgado dentro de um prazo razoável.

Ademais, com promulgação da emenda constitucional nº 45/2004, surgiu o então princípio da duração razoável do processo. Tal princípio tem previsão legal no art. 5º, LXXVII, da CF/88, possuindo *status* de direito fundamental ao estabelecer que todos no âmbito do poder judiciário têm o direito de ser julgado em um tempo razoável. Com isso, infere-se que não se pode ter um julgamento muito rápido, bem como muito demorado,

mas, sim, a apreciação dentro de um prazo razoável, como o próprio nome do princípio menciona.

Nesse sentido, conforme leciona Franco (2017), o processo penal deve ser regido pela celeridade processual, ou seja, de forma mais rápida possível, evitando-se dilações indevidas que acarrete na demora da prestação da tutela jurisdicional, pois isso pode ocasionar prejuízos que vulneram a efetividade do processo.

Corroborando com o exposto, Louback (2019), discorre que a duração razoável do processo penal busca fazer cessar o quanto antes a prisão cautelar, com a consequente restituição da liberdade do imputado, ou ainda a imposição de sua pena e início de cumprimento da mesma. Ademais, ainda de acordo com os ensinamentos da supracitada autora, quando o indivíduo está submetido a um processo judicial ou preso de forma cautelar, o Estado age de modo a limitar as suas liberdades públicas. Desse modo, pode-se afirmar que a razoável duração do processo é um direito de primeira geração.

Portanto, evidencia-se que o uso exacerbado de prisões cautelares decretadas no processo penal brasileiro afeta, de forma direta, o direito fundamental inerente à todos no âmbito do judicial que é o de ser julgado dentro de um prazo razoável, e não com demora exorbitante, como é o caso da justiça brasileira.

4.3 Superlotação do sistema prisional

Por tudo que já fora mencionado, não se pode deixar de mencionar as consequências do uso exacerbado das prisões cautelares que, cada vez mais, vem se materializando no sistema carcerário do país.

Desse modo, conforme levantamento feito pelo Departamento Penitenciário Nacional DEPEN, 2020), com base no Sistema de Informações Estatísticas do Sistema Penitenciário Brasileiro (INFOPEN, 2020), até o ano de 2019 o Brasil possuía uma população carcerária de 755.274 (setecentos e cinquenta e cinco mil e duzentos e setenta e quatro) presos, sendo que deste total de presos, 229.823 (duzentos e vinte e nove mil e oitocentos e vinte e três) eram provisórios, isto é, indivíduos que não estão cumprindo pena em decorrência de sentença penal condenatória transitada em julgado.

Nesse íterim, em conformidade com a tabela de população prisional por ano, bem como com a tabela de percentual de presos provisórios fornecida pelo próprio INFOPEN, no período de julho a dezembro de 2019, ressalta-se que o número, mencionado de forma anterior, corresponde a 30,43 % (trinta inteiro e quarenta e três centésimos) do

total da população carcerária existente no país, um número altíssimo para uma prisão dotada de excecionalidade e de provisoriedade.

Diante disso, de acordo com a tabela de taxa de aprisionamento e déficit de vagas por ano disponibilizada pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), no período de julho a dezembro do ano de 2019, o Brasil só possuía vagas no seu sistema carcerário para abrigar tão somente 442.349 (quatrocentos e quarenta e dois mil e trezentos e quarenta e nove) presos. Logo, evidencia-se, que o número de presos é bem maior que a quantidade de vagas oferecida pelo sistema prisional. Ademais, ainda com base no (INFOPEN, 2020), neste mesmo ano o sistema carcerário possuía um déficit equivalente a impressionantes 312. 925 (trezentos e doze mil novecentos e vinte e cinco) vagas.

Nesse sentido, constata-se, de forma clara, que o uso exacerbado das prisões cautelares decretadas no processo penal brasileiro influencia de forma forte e direta para a superlotação do sistema carcerário brasileiro, tendo em vista o exorbitante número de presos provisórios.

Tem-se também, em decorrência do elevado número de presos provisórios, um aumento considerável de gasto do erário público, haja vista a necessidade de manter estes presos custodiados, vez que é preciso oferecer-lhes alimentação, saúde e vestuário. Além do mais, há um custo muito grande com o setor de pessoal como, por exemplo, com a contratação de agentes penitenciários, médicos, enfermeiro, etc.

Concomitantemente, ao excessivo número de presos existentes no sistema carcerário, têm-se a possibilidade de ocorrência de rebeliões nos presídios, pois a superlotação gera uma enorme dificuldade para a administração pública controlar os detentos custodiados. Em decorrência disso, observa-se o aumento das facções criminosas dentro e fora dos presídios nacionais, com estas controlando o crime organizado, principalmente no que diz respeito ao tráfico de drogas.

Como exemplo do exposto, conforme Santos (2019), a maior facção criminosa do Brasil Primeiro Comando da Capital (PCC), que atualmente conta com mais de 35.00 (trinta e cinco mil) membros, espalhados por todo território nacional, "nasceu" em um presídio no ano de 1993, com o objetivo de combater a opressão dentro do sistema prisional paulista.

Dessa forma, evidencia-se que o número demasiado de prisões cautelares no Brasil, além de influenciar diretamente para a superlotação do sistema carcerário do país, e conseqüentemente para o déficit de vagas, também gera custos desnecessário para o erário público com a contratação de mais servidores, bem como contribui para a formação de facções criminosas e concomitantemente para o crime organizado.

5 CONCLUSÃO

Como evidenciado, as prisões cautelares se caracterizam por serem medidas diversas da pena de prisão e que possuem um caráter provisório, uma vez que são decretadas antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Salienta-se, ainda, que fora evidenciado de forma detalhada as espécies destas quais sejam: preventiva, temporária e o flagrante.

A priori, destaca-se que as prisões cautelares possuem o fulcro precípua de assegurar a instrumentalidade do processo e garantir a aplicação da lei penal. Com isso, faz-se necessário elencar que tal medida deverá ser deflagrada em caráter excepcional, na fase de inquérito e instrução processual, apenas quando cumpridos os requisitos e pressupostos para a sua propositura.

Nesse contexto, observou-se, no presente estudo, que a aplicação desse instituto vem sendo aplicado de forma errônea em decorrência do anseio da sociedade por justiça. Isso, porque esse ideal só existe quando o acusado é preso ainda em fase de inquérito ou instrução processual. Aliado a isso, o uso exacerbado das prisões cautelares, no processo penal brasileiro, decorre ainda da falta do rigor que limite a aplicação da garantia da ordem pública como fundamento que viabiliza a aplicação da prisão preventiva aos acusados.

Destarte, é notório que mesmo o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tenha definido um parâmetro para a aplicabilidade do mencionado instituto, isso não é observado pelos julgadores de instâncias inferiores, uma vez que a sociedade clama por uma justiça imediatista que é atrelada a uma antecipação da pena para os supostos criminosos. Logo, com isso, existe uma notória deturpação da função das prisões cautelares. Assim, deu-se enfoque na necessidade da observância e aplicabilidade do princípio da presunção de inocência, por se tratar de um direito fundamental.

Ademais, em decorrência do que fora mencionado, buscou-se exemplificar, através de dados estatísticos, que o número de acusados que são reclusos de forma preventiva é exacerbado, tendo em vista que essa medida deve ser decretada de forma excepcional, ou seja, existe uma real ideia de antecipação de pena a estes indivíduos.

Cumpra-se, ainda, que na situação de flagrância, o acusado ficará recluso pelo prazo de 24 (vinte e quatro) horas, tempo em que será realizada a audiência de custódia

do mesmo, todavia constata-se que na prática muitas vezes isso não ocorre, corroborando para o entendimento de que não há a incidência da provisoriedade nesse instituto, o que incide de forma direta para a defasagem do sistema penitenciário.

Chega-se, então a compreensão de que em decorrência do uso exacerbado das prisões cautelares existe a dilaceração dos direitos e das garantias individuais dos presos, como por exemplo o direito de liberdade e do julgamento razoável do processo, culminando de forma direta na superlotação do sistema prisional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 out. 2021.

_____. **Decreto-lei nº 678, de 6 de novembro de 1992**, promulga a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 26 fev. 2022.

_____. **Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**, institui o Código de Processo Penal. Brasília, DF, Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 11 out. 2021.

_____. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 01 maio. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 497.006/MS**. Habeas Corpus. Impetração originária. Substituição ao recurso originário cabível. Impossibilidade. Tráfico de drogas. Prisão em flagrante convertida em preventiva. Alegada ausência de fundamentação idônea da ordem constritiva à luz do art. 312 do Código de Processo Penal. Constatação. Coação ilegal demonstrada. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2019]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/708848854/habeas-corpus-hc-497006-ms-2019-0064210-2>. Acesso em: 20 maio. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 658.308/SP**. Agravo Regimental no habeas corpus. Processo penal. Tráfico de entorpecentes. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Reiteração delitiva. Reincidência específica. Outras anotações criminais. Medidas cautelares diversas. Impossibilidade. grupo de risco da pandemia de covid-19. Não demonstrado. Agravo regimental desprovido. Precedentes. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2021]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1238919804/agravo-regimental-no-habeas-corporus-agrg-no-hc-658308-sp-2021-0103393-7>. Acesso em: 20 maio. 2022.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **INFOPEN: Levantamento nacional de informações penitenciárias Atualização dezembro de 2019**. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen>. Acesso em: 13 maio 2022.

BARROS, Erika Santos. **A Aplicação Das Prisões Cautelares E Suas Consequências Negativas: Quando A Possível Solução Passa A Ser Uma Das Causas Do Problema**. Disponível em: <https://www.candidomendes.edu.br/wp-content/uploads/2019/05/Erika-Santos.pdf>. Acesso em: 19 out. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal/ Fernando Capez**. 25. ed. Saraiva Educação. São Paulo. 2018.

CARDOSO, Dioni Barbosa. **A banalização da prisão preventiva e seus reflexos na superlotação carcerária**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/79875/a-banalizacao-da-prisao-preventiva-e-seus-reflexos-na-superlotacao-carceraria>. Acesso em: 22 out. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 13 maio. 2022.

FIDALGO, Marcelo. **Prisão Cautelar e Prisão preventiva**. Disponível em: <https://marcelofidalgoneves.jusbrasil.com.br/artigos/348336409/prisao-cautelar-e-prisao-preventiva>. Acesso em: 13 fev. 2022.

FRANCO, Elizeu Petersen. O princípio da duração razoável do processo penal. **Jus.com**, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58632/o-principio-da-duracao-razoavel-do-processo-penal>. Acesso em: 26 fev. 2022.

LOUBACK, C. L dos S., **A razoável duração da prisão preventiva: uma análise uma análise dos critérios verificadores da dilação indevida.** São Paulo, 2019. 19-20 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Nove de Julho – UNINOVE, São Paulo, 2019. Disponível em: https://bibliotecatede.uninove.br/handle/tede/2036?locale=pt_BR. Acesso em: 10 maio. 2022.

LIMA, R. B. **Manual de processo penal.** v. único. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

_____. **Manual de Processo Penal: volume único.** 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Direito Processual Penal.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

_____. **Prisões Cautelares.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

_____. **Mais uma vez: não confunda a função da prisão cautelar** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-24/limite-penal-vez-nao-confunda-funcao-prisao-cautelar>. Acesso em: 18 fev. 2022.

MERELES, Carla. **Prisão preventiva.** Disponível em: <https://www.politize.com.br/prisao-preventiva-tudo-o-que-voce-precisa-saber/>. Acesso em: 15 out. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 13^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

SCHREIBER, Simone. **Prisões cautelares: o que há de novo?** Disponível em: <https://www.justificando.com/2020/05/15/priso-es-cautelares-o-que-ha-de-novo/>. Acesso em: 10 out. 2021.

SILVA, Marcelo Cardozo da. **Uma breve história da prisão preventiva no Brasil.** 2016. Net. Disponível em: <https://blogdomarcelocardozo.com/2016/06/18/uma-breve-historia-da-prisao-preventiva-no-brasil/>. Acesso em: 10 out. 2021.

SOUZA JÚNIOR, Ivo Andrade. ***Periculum libertatis e fumus commissi delicti* são pressupostos da Prisão Temporária?** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/53298/periculum-libertatis-e-fumus-commissi-delicti-sao-pressupostos-da-prisao-temporaria>. Acesso em: 22 fev. 2022.

SANTOS, I. B., **A banalização da prisão preventiva e seus reflexos na crise do sistema carcerário brasileiro.** Minas Gerais, Uberlândia, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/31131>. Acesso em: 15 maio. 2022.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal.** 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

AS CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS APÓS A REFORMA TRABALHISTA E O ABUSO DO DIREITO SINDICAL

SILVIA FIGUEIREDO ARAÚJO SCHNITZLEIN:

Mestranda em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada *

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar as atuais discussões sobre a cobrança de contribuições sindicais no cenário pós-Reforma Trabalhista sob o enfoque do instituto do abuso do direito sindical. Apesar do Supremo Tribunal Federal ter decidido a questão sobre a constitucionalidade da facultatividade das contribuições sindicais, sindicatos continuam a buscar alternativas para a cobrança de contribuições sindicais que evitem a autorização individualizada dos trabalhadores. A revisão de julgados atuais e de estudos da doutrina sobre o tema contribui para a conclusão do presente artigo sobre a configuração do abuso do direito sindical e sobre como evitá-lo neste contexto, priorizando o fomento da representatividade sindical.

Palavras-Chave: abuso do direito sindical, contribuições sindicais, representatividade, Reforma Trabalhista.

Abstract: This study addresses current controversies about union contributions charging in the post-Labor Reform scenario from the standpoint of abuse of union's rights. Despite the Federal Supreme Court has already decided about the constitutionality of facultative union contributions, unions continue seeking for alternatives to collect union contributions by avoiding workers' individual authorizations. Review of current case-law and scholar's opinion contributed to the conclusion about abuse of union's rights and about how to avoid it in this context, by prioritizing promotion of union representation.

Keywords: abuse of union's rights, union contributions, representation, Labor Reform.

Introdução

A facultatividade da contribuição sindical constitui uma das principais alterações trazidas pela Reforma Trabalhista. A contribuição equivalente a 1 dia de salário do trabalhador, antes descontada de forma automática, passou a ser condicionada à autorização prévia e expressa do trabalhador pela nova redação do artigo 579 da CLT.

Mestranda em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada. E-mail: silviaaraujo7@gmail.com.

Tal alteração, contudo, não foi acompanhada de outras mudanças na mesma direção no sistema sindical. Primeiro, a Reforma Trabalhista trouxe novo enfoque para as negociações coletivas. A prevalência do negociado sobre o legislado (artigo 611-A da CLT) aumentou o alcance das convenções e acordos coletivos de trabalho, permitindo que em alguns temas o ajuste entre as partes se sobreponha ao que prevê a lei. O papel dos sindicatos ganhou realce, ao mesmo tempo em que sua principal fonte de custeio foi mitigada. Além disso, continua vigente no Brasil o sistema da unicidade sindical, em contraposição à pluralidade sindical e à liberdade sindical plena prevista na Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho (artigo 2º, principalmente), ainda não ratificada pelo Brasil.

Neste contexto, os sindicatos buscam adequar sua fonte de custeio à nova lei, surgindo discussões sobre as formas legítimas de se obter autorização prévia e expressa para o desconto da contribuição sindical.

Apesar do Supremo Tribunal Federal já ter decidido a matéria, o tema segue em discussão no âmbito das negociações coletivas e nas decisões dos tribunais trabalhistas. Os sindicatos empenham-se em defender o desconto da contribuição sindical a despeito de autorização individual dos empregados, buscando formas alternativas, como a decisão em assembleia da categoria e/ou a previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho.

O presente artigo abordará tal controvérsia sob a ótica da teoria do abuso do direito sindical, propondo-se a responder se a cobrança de contribuição sindical baseada em decisão de assembleia e previsão em norma coletiva constitui, ou não, abuso do direito sindical.

Conceito de Abuso de Direito e Suas Características

Embora o abuso do direito sindical seja figura conhecida da doutrina trabalhista, ele não é previsto na legislação especializada, sendo fundamentado no artigo 187 do Código Civil: “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”.

A doutrina indica que o abuso de direito é também enquadrado como ato ilícito, nos termos do artigo 186 do Código Civil, mas, enquanto o ato ilícito trata de um *não-direito*, o abuso trata do excesso dos limites de um direito. E esses limites, segundo a doutrina, seriam os fins econômicos ou sociais, a boa fé e os bons costumes.

O fim econômico é entendido como o proveito material ou vantagem que o exercício do direito trará para o seu titular, ou a perda que suportará pelo seu não exercício.

O fim social é aquele que associa o direito à construção de uma sociedade justa, igualitária e solidária, que foi motivação essencial do atual Código Civil, tanto que a função social do direito é também prevista como cláusula geral de todos os contratos (artigo 421 do Código Civil) e como limite do exercício de todo e qualquer direito subjetivo.

A boa-fé é a objetiva, assim entendida como a conduta adequada, correta, leal e honesta que as pessoas devem empregar em todas as relações sociais. E, por fim, os bons costumes seriam os padrões éticos da sociedade; o conjunto de regras que, em certo momento e ambiente, as pessoas honestas e corretas adotam.

Sobre a terminologia, o entendimento doutrinário que prevalece é de que a expressão tecnicamente correta seria "abuso no exercício do direito", como explica Sérgio Cavalieri:

Na realidade, é contraditória a expressão *abuso de direito*, e disso resultou toda a controvérsia sobre o tema. *O direito é sempre lícito; há uma antítese entre o direito e o ilícito, um exclui o outro.* Onde há direito, não há ilicitude. O que pode ser ilícito é o exercício do direito – a forma de sua exigibilidade. Mais correta, portanto, é a expressão abuso no exercício do direito, ou exercício abusivo do direito¹²³.

Nestes termos, no caso do abuso de direito, ao contrário do ato ilícito em si há um direito do titular; porém, há um exercício irregular deste direito, de forma contrária à finalidade da norma, em dissonância com a boa-fé e os bons costumes. Neste sentido também Flavio Tartuce:

De todas as inúmeras teorias que se propõem a explicar o conceito de abuso do direito, a que, hoje, se reconhece como essencial à categoria, *é a contrariedade ao fundamento axiológico-normativo do direito exercido.* Assim, abusa do direito quem o exerce de forma aparentemente regular, mas em contradição com os valores que o ordenamento pretende por meio dele realizar. O abuso do direito ganha, sob essa concepção, a tarefa de conformar a autonomia

¹²³CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Grupo GEN, 2020, p. 216. 9788597025422. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025422/>>. Acesso em: 11 nov. 2021.

privada aos valores que o ordenamento jurídico pretende, por meio daquela situação subjetiva específica, tutelar¹²⁴.

Nota-se que a previsão do Código Civil de 2002 refere-se à cláusula aberta, que permite interpretações conforme à sua adequação ao momento e circunstâncias em que ocorre o abuso:

O abuso de direito não requer a adequação da conduta a um tipo prescrito em lei. Fundamental é que se constate a existência de um direito subjetivo e o seu exercício irregular. *Não há um critério objetivo de aferição da abusividade. Trata-se mesmo de uma cláusula aberta, sujeita à variação temporal, pois de diversos modos a ilicitude pode se caracterizar*, bastando dizer que a noção de bons costumes é variável no tempo e no espaço¹²⁵.

De maneira a resumir as características do ato praticado em abuso de direito, a doutrina indica seus contornos para melhor adequação aos casos concretos a partir do "exercício egoístico, anormal do direito, sem motivos legítimos, com *excessos intencionais ou involuntários*, dolosos ou culposos, nocivos a outrem, *contrários ao destino econômico e social do direito em geral, e, por isso, reprovado pela consciência pública*¹²⁶".

Portanto, o abuso deve ser identificado a partir da finalidade da norma que gera aquele direito. Se o direito for exercido de forma desassociada da finalidade da norma que garante tal direito, haverá abuso:

Para bem se compreender o abuso do direito, precisa-se partir de que *o direito tem sempre uma finalidade*, em razão da qual a norma jurídica a protege. Por que se protege o pátrio poder (hoje, poder familiar)? Para que o pai eduque o filho. Por que se protege a livre concorrência? Para que as empresas possam servir melhor ao público e obter lucros. Por que se dá ao patrão o direito de admitir e despedir empregados? Para que escolha melhores empregados e assim por diante. Todas as situações jurídicas, que se conceituam como direito

¹²⁴TARTUCE, Flavio *et al.* *Código Civil Comentado, Doutrina e Jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2021, p. 155.

¹²⁵NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. 6. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, v. 7, 2016, p. 141.

¹²⁶GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020, p. 82.

subjetivo, são reconhecidas e protegidas pela norma tendo em vista uma finalidade, que se poderá chamar de finalidade econômica e social do direito¹²⁷.

Ainda na tarefa de distinguir a prática do abuso de direito do ato ilícito, a doutrina explica que o abuso não requer dano nem culpa – ao contrário do ato ilícito. Então, mesmo que não haja imperícia, imprudência ou negligência no exercício do direito, pode haver abuso porque este se caracteriza pelo direito exercido fora dos seus fins e dos seus limites (Enunciado n. 37 da *I Jornada de Direito Civil*)¹²⁸.

Da mesma forma, haverá abuso de direito ainda que o ato cometido em não gere um dano direto ao ofendido. O que se pune no caso do abuso de direito é o excesso e a violação à finalidade do direito. Segundo a doutrina, isso é possível porque as sanções admitidas pelo ordenamento jurídico não se limitam à obrigação de indenizar, podendo corresponder à nulidade do ato, à perda de um direito processual ou material, dentre outras¹²⁹.

Com base em tais características do abuso de direito, analisaremos a cobrança de contribuições sindicais após a Reforma Trabalhista, considerando-se que o abuso de direito é aquele em que o agente é titular de um direito mas o exerce de maneira desassociada da finalidade da norma, da boa-fé, bons costumes e fins econômicos do direito.

A Contribuição Sindical no Mundo Pós-Reforma

Para analisar a cobrança da contribuição sindical no cenário pós-Reforma Trabalhista, sob a ótica do instituto do abuso do direito sindical, é preciso considerar a finalidade dos sindicatos. Conforme os fundamentos acima, o abuso de direito está diretamente relacionado ao exercício de um direito de forma que exceda ou se distancie de sua finalidade.

¹²⁷CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Grupo GEN, 2020, p. 217. 9788597025422. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025422/>>. Acesso em: 11 nov. 2021.

¹²⁸TARTUCE, Flavio *et al.* *Código Civil Comentado, Doutrina e Jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2021, p. 155.

¹²⁹CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Grupo GEN, 2020, p. 19. 9788597025422. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025422/>>. Acesso em: 11 nov. 2021.

A finalidade essencial do sindicato é aquela prevista no artigo 8º, III da Constituição Federal, qual seja, defender os direitos e interesses coletivos ou individuais dos trabalhadores que representa, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

As ferramentas para que o sindicato bem desempenhe sua finalidade essencial são indicadas pela doutrina como funções do sindicato, especialmente: função econômica, função política, função assistencial, função negocial e de representação. Nesse sentido:

Ao sindicato devem ser garantidos os meios para o desenvolvimento da sua ação destinada a atingir os fins para os quais foi constituído. De nada adiantaria a lei garantir a existência de sindicatos e negar os meios para que as suas funções pudessem ser cumpridas¹³⁰.

A função econômica, que interessa para fins deste estudo, consiste nos meios utilizados pelo sindicato para obter a receita necessária para o desenvolvimento das suas atividades. Logo, a contribuição sindical cumpre importante papel no sistema sindical, pois é ela que viabiliza o desempenho da função essencial do sindicato, qual seja, defender os direitos dos trabalhadores que representa.

Neste ponto, a nova redação do artigo 579 da CLT não exclui a função econômica do sindicato, mas impõe dinâmica diametralmente oposta àquela que vigorou até a Reforma Trabalhista. A coleta automática das contribuições anuais pelos sindicatos, independentemente de qualquer esforço associativo, é substituída pela contribuição condicionada à vontade expressa do trabalhador. Exige-se ato volitivo do empregado, o que naturalmente diminui a receita sindical até então.

Interpretação do Tema nos Tribunais

Para alguns sindicatos, o artigo 579 da CLT deve ser interpretado de forma que a decisão tomada em assembleia dos trabalhadores seja considerada como “autorização prévia e expressa”, dispensando a autorização individual. Nesta esteira, há diversas normas coletivas prevendo a obrigatoriedade do desconto da contribuição sindical com base em decisão assemblear. Apenas a título de exemplo, transcreve-se abaixo decisão recente em dissídio coletivo do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região que estabeleceu a seguinte cláusula:

¹³⁰NASCIMENTO, Amauri Mascaro (in memoriam); NASCIMENTO, Sonia Mascaro; NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 8. ed. São Paulo: LTR, 2015, p. 321.

CLÁUSULA 44ª - CONTRIBUIÇÃO SINDICAL NEGOCIAL

A Concessionária descontará de seus empregados beneficiados com o presente Acordo Coletivo, conforme aprovado em Assembleia, a Contribuição Sindical Negocial correspondente a 1(um) dia de trabalho referente ao salário do mês de março, que deverá ser recolhida pela Concessionária, através de guia apropriada enviada pelo Sindicato até o 5º (quinto) dia útil do mês posterior ao desconto¹³¹.

Sobre a mesma temática, ao decidir dissídio coletivo envolvendo os sindicatos das empresas de tecnologia de São Paulo, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região estabeleceu, em sentença normativa, cláusulas sobre contribuição sindical e assistencial da categoria.

Ao decidir sobre a contribuição assistencial (cláusula 75ª da sentença normativa), a cláusula homologada teve a seguinte redação:

As empresas descontarão do salário de todos os empregados que forem beneficiados pela presente CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO, sindicalizados ou não, 1% (um por cento) ao mês, limitado a R\$ 50,00 (cinquenta reais), a partir de janeiro de 2020, em favor do SINDPD, conforme Artigo 513, ALÍNEA "E" da CLT e do TCAC - Termo de compromisso de ajustamento de conduta nº 52/2000, firmado entre o SINDPD e o MPT - Ministério Público do Trabalho e nos termos da decisão tomada nas assembleias realizadas na forma do edital publicado no jornal Folha de São Paulo, edição de 18 de novembro de 2019. § 1º O recolhimento será feito através de guia emitida pelo SINDPD. Após o recolhimento, as empresas remeterão ao SINDPD cópia da guia quitada e a relação nominal dos empregados, especificando os respectivos cargos, salários e contribuições realizadas; § 2º Fica assegurado o prazo de 10 (dez) dias corridos, de 06 a 15 de janeiro de 2020, de segunda a sábado das 9h00 às 17h00, para os empregados NÃO SÓCIOS DO SINDPD oporem-se ao desconto e renunciarem aos benefícios desta CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO conquistada pela categoria e seu Sindicato, através de manifestação escrita e individualizada a ser

131BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – TRT2. *Dissídio Coletivo 1003728-55.2020.5.02.0000*. SDC TRT2. Sindicato dos Empregados nas Empresas Concessionárias do Ramo de Rodovias e Estadas em Geral do Estado de São Paulo e Companhia Operadora de Rodovias. Desembargador Relator: Thiago Melosi Soria. Data de Julgamento: 08 abr. 2021.

apresentada pessoalmente no Clube Juventus, nesta cidade e delegacias regionais, conforme endereços constantes na NOTIFICAÇÃO publicada no jornal Folha de São Paulo, edição de 16/12/2019, enviada a todas as empresas para afixação no Quadro de Avisos¹³².

Em ambos os casos acima houve dissídio coletivo para discutir sobre a validade de tais cláusulas, impondo o desconto da contribuição sindical com base em autorização assemblear.

Ambas as decisões do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região são posteriores a decisões do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a autorização de assembleia não substitui a autorização do empregado exigida pelo artigo 579 da CLT, sendo tal artigo constitucional e de acordo com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho (como ADI 5794 de 29/06/2018).

Ao decidir sobre as contribuições sindicais facultativas no cenário pós-Reforma Trabalhista, o STF decidiu, na ADI 5794, que:

A supressão do caráter compulsório das contribuições sindicais não vulnera o princípio constitucional da autonomia da organização sindical, previsto no art. 8º, I, da Carta Magna, nem configura retrocesso social e violação aos direitos básicos de proteção ao trabalhador insculpidos nos artigos 1º, III e IV, 5º, XXXV, LV e LXXIV, 6º e 7º da Constituição¹³³.

Ao julgar a Reclamação 47.102/SP contra a decisão no dissídio coletivo 1003728-55.2020.5.02.0000, o STF, na relatoria do Ministro Luiz Roberto Barroso, decidiu:

132BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – TRT2. *Dissídio Coletivo 1003464-38.2020.5.02.0000*. SDC TRT2, entre Sindicato das Empresas de Processamento de Dados e Serviços de Informática no Estado de São Paulo – SEPROSP e Sindicato dos Empregados em Empresas de Processamento de Dados, de Serviços de Computadores e de Tecnologia da Informação e dos Trabalhadores em Processamento de Dados, Serviços de Computação, Informática e Tecnologia da Informação do Estado de São Paulo - SINDPD/SP, 18/10/2021. Relatora Desembargadora: Ivani Contini Bramante.

133BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.794 Distrito Federal*. Plenário. Data: 29 jun. 2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749631162>>. Acesso em: 29 abr. 2022.

O órgão reclamado, por sua vez, afirmou que a aprovação da cobrança da contribuição em assembleia geral de entidade sindical supre a exigência de prévia e expressa autorização individual do empregado. Nesses termos, delegou à assembleia geral sindical o poder para decidir acerca da cobrança de todos os membros da categoria, presentes ou não na respectiva reunião – *é dizer, afirmou a validade de aprovação tácita da cobrança*. Tal interpretação, aparentemente, esvazia o conteúdo das alterações legais declaradas constitucionais pelo STF, no julgamento da ADI 5.794, Red. p/o acórdão o Min. Luiz Fux, o que implica afronta à autoridade desta Corte. Adotei tal entendimento no julgamento da Rcl 35.501-AgR, j. 16.06.2020, de minha relatoria, em caso idêntico. Ainda nesse sentido, confirmam-se: Rcl 34.889-MC, Rel^a. Min^a. Cármen Lúcia; Rcl 35.440- AgR, de minha relatoria¹³⁴.

Portanto, para o STF é constitucional a nova redação do artigo 579 da CLT ao prever que o pagamento das contribuições sindicais é facultativo aos empregados e, também, o atual entendimento do STF é de que a decisão de assembleia não substitui a autorização prévia e expressa prevista na lei, pois consistiria em autorização tácita e não expressa de cada empregado.

Para fins do presente artigo, não se analisará a eventual divergência de interpretações da lei entre tribunais regionais e STF. Todavia, as decisões acima e a controvérsia existente ilustram os principais aspectos que se pretende abordar. O que interessa para este artigo é analisar se, após a Reforma Trabalhista, a cobrança de contribuições com base em decisão de assembleia (como foi aceito pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região nos casos acima), ao invés de decisão expressa do empregado (como previsto pelo artigo 579 da CLT e interpretada pelo STF como decisão individual), constitui, ou não, abuso de direito sindical.

Contribuição Assistencial e Outras

Para fins deste artigo é também importante distinguir a análise da contribuição sindical historicamente chamada de imposto sindical e equivalente a 1 dia de salário (artigo 580 da CLT) das demais contribuições (por exemplo, nos casos acima, “contribuição negocial” ou “contribuição assistencial”).

No caso da contribuição sindical propriamente dita, se adotada a interpretação atual do STF exposta acima, a cobrança baseada em autorização assemblear é contrária à lei,

¹³⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Reclamação 47.102/SP*. Relator Ministro: Luiz Roberto Barroso. Data de Julgamento: 06 set. 2021.

qual seja, ao artigo 579 da CLT. Neste caso e sob esta interpretação, não cabe discutir abuso de direito sindical, que ocorre quando há conformidade aparente com a lei, embora o exercício do direito seja feito de forma irregular, mas não ocorre quando há violação de lei, como é o caso da cobrança da contribuição sindical de 1 dia de salário sem autorização expressa e individual dos empregados – se adotada a interpretação do STF.

De outro lado, deve-se analisar a cobrança das contribuições assistencial e inespecíficas (negocial, como em um dos casos acima), objetos de diversas normas coletivas após a Reforma Trabalhista e também das decisões do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região nos dois casos analisados acima.

Sobre os diferentes tipos de contribuição sindical, a análise da doutrina também não é uniforme:

Conforme comentado no art. 513, os sindicatos sustentam a existência de terceira fonte de renda, normalmente denominada contribuição assistencial ou taxa assistencial, que eles poderiam fixar livremente com apoio nesse dispositivo e que afetaria toda a categoria; embora a recepção constitucional do art. 513, e, seja controvertida, entende-se que, de toda sorte, o empregado afetado pode se recusar ao pagamento, mediante exercício do direito de oposição, o que em alguns casos esvazia bastante o instituto também¹³⁵.

Já para Martinez, as contribuições sindicais devem ser divididas da seguinte maneira:

Nesse sentido, a contribuição sindical seria algo assemelhado ao IPTU, pela força tributária e pela coercividade diante daqueles que facultativamente se dispuseram a pagá-la (lembre-se que a contribuição sindical passou a ser facultativa desde a vigência da Lei n. 13.467/2017); a contribuição confederativa seria algo assemelhado à taxa condominial, pela destinação ao custeio do conjunto, notadamente das despesas ordinárias da coletividade; a contribuição assistencial seria algo parecido com a taxa extra, por conta da assunção de despesas extraordinárias e da necessidade de recomposição do caixa, e, por fim, a contribuição associativa ou mensalidade sindical, que, por sua especificidade de destinação, seria

¹³⁵SILVA, Homero Batista da. *CLT Comentada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 426.

comparável às mensalidades de clube ou academia existentes dentro de um condomínio residencial¹³⁶.

Para ele, tanto a contribuição assistencial quanto a confederativa somente são exigíveis dos associados:

A contribuição assistencial é um suporte financeiro de caráter obrigacional, previsto em convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa, *exigível unicamente dos associados da categoria*. O art. 513, e, da CLT constitui sua fonte normativa. A contribuição assistencial se distingue da contribuição confederativa por conta da finalidade. Enquanto a confederativa visa ao custeio ordinário do sistema sindical, a assistencial objetiva o revigoramento da entidade sindical depois de uma dispendiosa campanha de melhorias das condições de trabalho ou de atividade de crescimento institucional¹³⁷.

Nesse sentido também é o entendimento de DELGADO (2017, página 242):

Já a contribuição assistencial negocial (também denominada de cota de solidariedade) ostenta importância econômico-financeira no mundo sindical maior do que a contribuição confederativa, pela circunstância de estar vinculada necessariamente à dinâmica da negociação coletiva trabalhista. É que ela se trata de um recolhimento fixado em ACTs e CCTs como reforço econômico-financeiro em benefício dos sindicatos, em vista das conquistas alcançadas na negociação coletiva trabalhista¹³⁸.

Nota-se, então, que, tradicionalmente, a contribuição assistencial foi interpretada como exigível somente dos empregados associados ao sindicato, vinculada à negociação sindical, muito embora não exista lei claramente neste sentido. Com a alteração da Reforma Trabalhista para prever a facultatividade da contribuição sindical de 1 dia de salário, reabre-se a discussão sobre os limites da contribuição assistencial, desta vez prevista em norma

136MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: Relações Individuais, Sindicais e Coletivas do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 1004-1005. 9786555594775. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555594775/>>. Acesso em: 08 nov. 2021.

137MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: Relações Individuais, Sindicais e Coletivas do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 1011. 9786555594775. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555594775/>>. Acesso em: 08 nov. 2021.

138 DELGADO, Mauricio Godinho e Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil*. LTr, 2017, p. 242.

coletiva e autorizada por decisão de assembleia. Neste ponto é que o assunto se encontra com a figura do abuso do direito sindical.

O Abuso de Direito na Cobrança de Contribuições Sindicais

Ao analisarmos as decisões do TRT 2 mencionadas acima, nota-se que o caminho que tem sido buscado por alguns sindicatos representantes de categoria profissional é de que, apesar da previsão do artigo 579 da CLT e da decisão do STF reconhecendo sua constitucionalidade, outras contribuições (ora denominadas assistencial, negocial, ou outras) não estariam acobertadas pela nova lei nem pela interpretação dada a ela pelo STF.

A se considerar as decisões acima, outras contribuições, que não aquelas referentes à contribuição sindical antes obrigatória de 1 dia de salário, poderiam ser interpretadas, segundo alguns entendimentos, como devidas por associados e não-associados, desde que autorizadas por meio de assembleia geral, sob o argumento de que seriam a contraprestação adequada à negociação coletiva realizada pelo sindicato.

O argumento da aprovação em assembleia geral é o que merece mais aprofundada análise, já que a mera inserção em norma coletiva, por si só, viola frontalmente o artigo 611-B, XXVI, da CLT, que propõe como objeto ilícito a supressão ou a redução do direito à “liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho”.

A análise que nos parece pertinente é: contribuições sindicais destinadas a servir de contraprestação aos esforços de negociação coletiva incorridos pelos sindicatos podem ser autorizadas por meio de decisão de assembleia ao invés de decisão individual do empregado? Sob a análise do abuso do direito sindical, estariam os sindicatos abusando dos direitos de organização sindical, de votações em assembleias e de cobrança de contribuições nos termos e limites em que estas são necessárias para cumprir a função econômica do sindicato?

Retomando o conceito de abuso de direito, destacado nos tópicos anteriores, é aquele exercido distanciando-se dos seus fundamentos axiológicos e da sua finalidade. É aquele exercido de forma a buscar outra finalidade que não aquela essencialmente estabelecida pelo direito.

A finalidade do sindicato é, fundamentalmente, defender os interesses da categoria e representar os trabalhadores. A função econômica é necessária para se atingir tal finalidade, a fim de custear as despesas do sindicato que permitam sua atuação. Não há,

portanto, uma finalidade ou função econômica que possa ser exercida pelo sindicato de forma autônoma e independente. A cobrança de contribuição sindical somente existe como mecanismo que viabilize o exercício da função primordial de defesa de interesses dos trabalhadores.

A Reforma Trabalhista não afastou a função econômica do sindicato, tampouco alterou a finalidade essencial do sindicato, preservada nos termos do artigo 8º, II da Constituição Federal. A cobrança de contribuição sindical continua sendo possível e legítima, *desde que observada a autorização de cada empregado*, no exercício do seu direito fundamental de associação. Logo, está reservada a função econômica do sindicato como ferramenta para viabilizar o desempenho de sua função essencial.

Ao buscar a cobrança de contribuições sindicais, de qualquer espécie, com base em autorização coletiva e não individual, o sindicato abusa do seu direito de cobrar contribuições e de se organizar, pois passa a ter o propósito de coletar contribuições *per se*, o que não se coaduna com sua finalidade essencial. Não há dúvidas de que a aprovação de cobrança de contribuição sindical, em assembleia, por maioria ou por qualquer outra forma prevista em cada estatuto, é caminho mais rápido e que maximiza a coleta da contribuição. Contudo, neste procedimento, não estaria o sindicato buscando a real representação dos trabalhadores. Ao contrário, o sindicato estaria priorizando o desempenho de função econômica independente, o que não está de acordo com os propósitos axiológicos da norma.

A necessidade de autorização individual do empregado impõe ao sindicato o aperfeiçoamento de sua natureza associativa, de forma livre e motivada, o que vai ao encontro da sua finalidade essencial de representar trabalhadores. É a formação da atuação em grupo, com interesses convergentes e identidade na forma de representação que deve ser o objetivo do sindicato. Isto se aperfeiçoa com o convencimento dos trabalhadores à associação a determinado sindicato. De outro lado, isso não se alcança com a mera coleta de contribuições com base em autorização concedida por outro que não aquele que efetivamente paga a contribuição.

Portanto, a exigência de autorização prévia e expressa de cada empregado, não substituível pela decisão em assembleia, não afasta a viabilidade do exercício da função econômica pelos sindicatos, assim interpretada como meio – e não um fim em si mesmo – para se alcançar a função essencial do sindicato de defender os interesses dos trabalhadores da categoria.

Também se observa que o abuso do direito sindical não se afasta pelo argumento de que os empregados que não autorizam o desconto da contribuição sindical seriam injustamente beneficiados gratuitamente pelas cláusulas de norma coletiva (chamados

"free riders"). Ao decidir a ADI 5794/DF, o Ministro Luiz Fux abordou a questão com base em decisão recente proferida pela Corte Americana, que, assim como o STF, afastou tal argumento por entender que ele não se comprova na prática, além de não se sobrepor a outras garantias individuais:

Em segundo lugar, quanto ao risco de "free-riders" se beneficiarem da atuação dos sindicatos sem contribuírem para a sua manutenção, a Corte concluiu que na verdade são os sindicatos que se beneficiam da prerrogativa de representarem trabalhadores não filiados, aumentando seu poder político e influência. Mais ainda, o risco de "free-riders" não justifica a violação a liberdades fundamentais. Do contrário, alegou a Corte, seria preciso concluir que, para financiar grupos de lobby em favor de idosos, por exemplo, o governo poderia obrigar todos os idosos a pagar-lhes uma contribuição. Consignou-se que a "Primeira Emenda não permite que o governo obrigue uma pessoa a financiar a atuação de outra só porque o governo pensa que o seu discurso promove os interesses da pessoa que não quer pagar" ("the First Amendment does not permit the government to compel a person to pay for another party's speech just because the government thinks that the speech furthers the interests of the person who does not want to pay")¹³⁹.

De fato, é preciso compatibilizar o pagamento da contribuição sindical com o princípio da liberdade sindical (artigo 8º, V da CF). O fato do empregado se beneficiar do resultado da norma coletiva não afasta nem mitiga a liberdade sindical. Isso é ainda mais relevante quando estamos no sistema de unicidade sindical, em que o trabalhador não pode escolher sua representatividade sindical – ao contrário, ela é determinada por fatores não controlados pelo trabalhador, quais sejam, a atividade da empresa em que trabalha e o seu local de atuação. Para tal compatibilização é preciso resguardar o direito de o empregado não desejar contribuir com determinado sindicato. Afinal, faz parte do direito à associação o direito de não se associar.

A discussão enfrenta um problema do sistema sindical há muito tempo discutido na doutrina: o da representatividade sindical. A representação sindical é, hoje, garantida aos sindicatos com base na localidade e atividade nos termos da Constituição Federal. A

139BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.794 Distrito Federal*. Voto do Ministro Luiz Fux. Plenário. Data: 29 jun. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339959032&ext=.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2022.

representatividade, porém, não é alcançada por todos os sindicatos e o embate sobre contribuição sindical pós-Reforma põe tal questão em evidência.

A doutrina diferencia os conceitos:

A doutrina sublinha a importância da diferença entre representação e representatividade. Aquela é uma questão de legalidade, esta um problema de legitimidade. Pode um sindicato ter a representação legal, mas não a real e efetiva. Nesse caso, é possível dizer que falta representatividade ao sindicato, embora portador dos poderes legais de atuar em nome dos representados. Esse problema é mais visível nos sistemas de unicidade sindical. Os sistemas de unidade espontânea ou de pluralidade oferecem maiores possibilidades de aproximação entre representação e representatividade¹⁴⁰.

A participação dos sindicatos em negociação coletiva é prerrogativa prevista constitucionalmente (artigo 8º, VI da Constituição Federal) e não é vinculada nem condicionada ao pagamento de contribuição sindical. Logo, representar os trabalhadores em negociações coletivas é direito dos sindicatos, mas exigir o pagamento de contribuição como condição para que haja benefício direto aos empregados é exercício anormal de tal direito, constituindo a figura do abuso de direito.

Conclusão

Não há como negar os impactos das alterações trazidas pela Reforma Trabalhista para o tema da contribuição sindical. A função econômica dos sindicatos foi profundamente modificada, impondo a sua revisão e o seu planejamento por parte das respectivas entidades.

Após mais de 4 anos de vigência da Reforma Trabalhista, parte dos sindicatos segue procurando, via ações judiciais ou negociações coletivas, caminhos que os reaproximem do extinto modelo de contribuições obrigatórias. Nova aparência às contribuições assistenciais, contribuições negociais ou de fortalecimento, além de autorização de desconto pelo caminho da assembleia sindical são alguns dos caminhos perseguidos que, em alguns casos, obtiveram chancela do Judiciário.

A priorização da coleta de contribuições sindicais, de forma dissociada da função essencial e primordial dos sindicatos de defesa dos interesses dos trabalhadores, caracteriza abuso sindical nos termos do Código Civil. Não é objetivo da lei garantir o

¹⁴⁰NASCIMENTO, Amauri Mascaro (in memoriam); NASCIMENTO, Sonia Mascaro; NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 8. ed. São Paulo: LTR, 2015, p. 213.

direito autônomo e independente dos sindicatos de receber contribuições sindicais. Essa função existe como forma de propiciar a defesa dos interesses dos trabalhadores e é preciso que os sindicatos a exerçam com boa-fé objetiva e orientados pelos fundamentos da norma.

O Brasil ainda não ratificou a Convenção 87 da OIT, que prevê a plena e ampla liberdade sindical e de associação, pois ainda adota o sistema de unicidade sindical. Todavia, talvez, a atual legislação sobre cobrança de contribuição sindical imponha aos sindicatos a tarefa de aperfeiçoar e fomentar a representatividade, que pode levar à liberdade plena de associação sindical independentemente de norma jurídica que a imponha especificamente.

Mas, não se dará nenhum passo em direção ao fomento da representatividade sindical por meio de atos de abuso do direito sindical que tenham como objetivo maior a coleta de contribuições sindicais a despeito da nova redação do artigo 579 da CLT. O objetivo dos sindicatos, tal e qual previsto no artigo 8º da Constituição Federal, deve ser o de efetivamente defender os interesses dos trabalhadores, de forma a incentivar a associação sindical de maneira volitiva com o conseqüentemente pagamento da contribuição sindical.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.794 Distrito Federal*. Voto do Ministro Luiz Fux. Plenário. Data: 29 jun. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339959032&ext=.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF. *Reclamação 47.102/SP*. Relator Ministro: Luiz Roberto Barroso. Data de Julgamento: 06 set. 2021.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – TRT2. *Dissídio Coletivo 1003464-38.2020.5.02.0000*. Desembargador Relator: Thiago Melosi Soria. Data de Julgamento: 08 abr. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Grupo GEN, 2020. 9788597025422. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025422/>>. Acesso em: 11 nov. 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho e Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil*. LTr, 2017, p. 242.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2020. 9788553618408. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553618408/>>. Acesso em: 08 nov. 2021.

_____. *Curso de Direito do Trabalho: Relações Individuais, Sindicais e Coletivas do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2021. 9786555594775. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555594775/>>. Acesso em: 08 nov. 2021.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. 6. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, v. 7, 2016.

COMENTÁRIOS SOBRE O ARTIGO 69-A DO ESTATUTO DOS MILITARES SOB A LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

LUCIANO LEITE PEREIRA: Agente de Polícia Legislativa – Câmara dos Deputados do Distrito Federal; Especialização em Direito Constitucional pela Faculdade de Tecnologia e Ciências do Alto Parnaíba – FATAP; Especialização em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá – UNESA;

“As pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença as inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade as descaracteriza”.
(Boaventura de Souza Santos)

Resumo: O artigo é fruto do curso de pós-graduação em direito militar no IBEDF que trouxe como possibilidade a relação entre a previsão do artigo 69-A do Estatuto dos Militares que trata da possibilidade de licença para acompanhamento de cônjuge e companheiro e sua leitura através de um viés constitucional que combine o espírito constitucional com as intenções do legislador castrense no caso. Como método será aplicada a revisão de literatura sobre o assunto culminando com as seguintes hipóteses: a necessidade de avaliação e conformidade constitucional da leitura do artigo 69-A do Estatuto e a aplicação extensiva do entendimento sobre a equiparação dos casamentos homoafetivos com o casamento civil ora tratado.

Palavras-Chave: Casamento. Licença. Estatuto dos Militares. Constituição Federal.

Abstract: The article is the result of a postgraduate course taken in IBEDF which brought as a possibility the relationship between the provision of article 69-A of the Statute of the Military, which deals with the possibility of leave to accompany a spouse and partner and its reading through a constitutional bias that combines the constitutional spirit with the intentions of the military legislator in the case. As a method, a literature review on the subject will be applied, culminating in the following hypotheses: the need for constitutional assessment and compliance with the reading of article 69-A of the Statute and the extensive application of the understanding on the equivalence of same-sex marriages with civil marriages treated.

Keywords: Wedding. License. Military Status. Federal Constitution.

INTRODUÇÃO

O artigo 69-A traz a seguinte previsão:

Art. 69-A. A licença para acompanhar cônjuge ou companheiro é a autorização para o afastamento total do serviço concedida a militar de carreira que a requeira para acompanhar cônjuge ou companheiro servidor público da União ou militar das Forças Armadas que for, de ofício, exercer atividade em órgão da administração pública federal situado em outro ponto do território nacional ou no exterior, diverso da localização da organização militar do requerente. (BRASIL, 2019).

[...]

§ 3º Para a concessão da licença para acompanhar companheiro(a), há necessidade de que seja reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, de acordo com a legislação específica. (BRASIL, 2007).

Trata de direito dos militares existentes em decorrência da própria previsão constitucional do artigo 142, onde prevê que os militares terão estatuto próprio com a previsão das condições de ingresso, permanência, direitos e deveres na carreira, considerando-se ainda a família como valor de igual magnitude prevista no artigo 226 da Constituição, não se poderia deixar de prever a possibilidade de licença para que o militar pudesse acompanhar a transferência de seu cônjuge ou companheiro.

Ainda no mesmo dispositivo vemos a preocupação, inserida em 2007, de definição em seu parágrafo terceiro das situações de união estável, equiparada com o casamento civil, especificando expressamente a relação entre homem e mulher. Os questionamentos que o presente ensaio pretende fazer são: qual a forma de leitura que deve ser feita sobre esse dispositivo em específico considerando o entendimento do Supremo Tribunal sobre o casamento gay e a necessidade de dispensa de tratamento igualitário e respeito no ambiente militar.

Inicialmente avaliaremos um pouco sobre o histórico do Estatuto dos Militares e a natureza da licença para acompanhamento de cônjuge. Em um segundo momento vamos relacionar as decisões do STF com o espírito de igualdade, respeito e dignidade com a população LGBT+ previstos constitucionalmente, concluindo pela necessária leitura principiológica que deve ser feita na aplicação e avaliação dos diplomas legislativos, em especial, o Estatuto.

1 ESTATUTO DOS MILITARES: HISTÓRICO E BALIZAS E A NATUREZA DO ARTIGO 69-A

A preocupação de uma legislação que cuidasse dos interesses dos servidores militares remonta à herança portuguesa que temos em nosso país, uma vez que Portugal era uma nação em armas, totalmente ligada à questão militar e defesa de seu território por terra e mar (ASSIS, 2020).

A estrutura administrativa era mantida através das previsões legais para o correto e regular funcionamento das atividades militares e, pelo menos desde 1508, havia uma preocupação em colocar no papel todas as normas relacionadas à atividade castrense, com garantias e direitos para além de obrigações e deveres para os militares.

Durante todo o período do Brasil colônia, acabava existindo, em razão da relação com a metrópole, a previsão de normas que cuidavam desse dia a dia militar. O regulamento de 1816 pode ser considerado o embrião do hoje, Estatuto dos Militares, e juntamente com a cultura jurídica portuguesa, em especial através da Universidade de Coimbra, lançam as bases do direito administrativo militar.

Ingressando no tema que envolve o presente ensaio, qual sejam, as licenças, ou seja os direitos e garantias dos servidores militares, cumpre destacar que no Brasil República essas benesses eram igualitárias tanto para civis quanto para militares e em diversos documentos esparsos existiam eventuais direitos espalhados para a classe militar.

Com a necessidade de unificar a legislação administrativa militar, edita-se o primeiro Estatuto unificado em 1941 (Decreto-Lei nº 3.084), alterado outra duas vezes, em 1969 e 1971, até que em 1980, entra em vigor o atual Estatuto dos Militares, através da Lei nº 6880.

Apesar do ano de sua vigência, chamo atenção para o ano da inclusão do artigo 69-A, ora avaliado, em 2019 e o ano da edição do seu polêmico parágrafo terceiro, em 2007. Ambos os dispositivos já foram pensados em um período em que já debatíamos o conceito amplo e plural de família, especialmente após decisões do Supremo Tribunal Federal em 2011 que serão avaliadas em momento posterior.

O dispositivo em comento trata da possibilidade de licença para que o militar possa acompanhar, em razão da união familiar, com transferência de unidade, seu cônjuge ou companheiro, servidor civil ou militar, transferido em razão do interesse público. Todavia, no parágrafo terceiro, para fins de união estável e deferimento dessa licença, exige que

haja comprovação da relação entre homem ou mulher, ou seja, excluindo de pronto relações homossexuais.

Acerca da natureza do ato administrativo que concede a licença por motivo de deslocamento do cônjuge ou companheiro, temos que alguns defendem a natureza discricionária do ato administrativo, outros, com razão, defendiam a natureza vinculada do ato administrativo, desde que preenchidos, obviamente, os requisitos legais, sendo essa a tese vencedora no Superior Tribunal de Justiça:

Nesse sentido, o princípio constitucional da proteção da unidade familiar requer o preenchimento dos pressupostos fáticos e jurídicos para sua realização normativa. No caso presente, quando a Lei permite que um cônjuge acompanhe o outro, por meio de licença e condiciona essa licença a realização de determinados pressupostos e são esses pressupostos realizados está o legislador concretizando o princípio constitucional da unidade familiar. Assim, não pode Administração Pública arbitrariamente, invocando uma suposta discricionariedade, inviabilizar a eficácia normativa desse mencionado princípio da unidade familiar. (MATOS Júnior, 2010).

É importante que essa análise seja feita, pois a lei acaba se tornando um obstáculo para gozo da igualdade entre os pares e igualdade entre as relações pautadas no espírito constitucional de não discriminação, especialmente em se tratando de uma licença com natureza vinculada, caso haja preenchimento dos requisitos (que devem ser orientados pela igualdade entre as pessoas), e pela importância da garantia da unidade de qualquer família, sem distinção pela Constituição Federal.

2 CASAMENTO HOMOSSEXUAL: UMA RELAÇÃO DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COM O ESPÍRITO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O conceito de família estabelecido constitucionalmente não comporta limitações ou qualquer tipo de restrição. Tanto por isso que, em 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal acolheu as ações ADI 4.277-DF e ADPF 132-RJ, por votação unânime, com eficácia contra todos e efeito vinculante, interpretando o artigo 1.723 do Código Civil, para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida essa como sinônimo perfeito de “família”.

Não haveria como fazer qualquer distinção entre os núcleos familiares, em qualquer campo, especialmente o ora avaliado, campo administrativo militar, especialmente quando as diferenças acabam trazendo consequências negativas no gozo desses direitos.

O Estado Democrático de Direito baseado em um novo constitucionalismo se pauta nos princípios do pluralismo, da liberdade, da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da não discriminação, especialmente considerando a proteção constitucional da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

A omissão do legislador ou, como no caso, a adoção de claro requisito excludente de famílias homossexuais, traz prejuízos e ignora a proibição de discriminação em decorrência da orientação sexual ou da identidade de gênero, bem como vai de encontro com as realidades objetivas e estatísticas sociais, econômicas e culturais, que demonstram a existência de agudo e condenável preconceito e práticas discriminatórias em nosso País em virtude da orientação sexual e da identidade de gênero.

A Constituição de 1988, ao tratar da categoria social, cultural, afetiva e jurídica da família, inclusive da família monoparental, do casamento e da união estável não exclui a união homoafetiva, que, de igual modo, deve ser considerada uma entidade familiar e merecer especial proteção do Estado, para fins e efeitos do disposto em sede do artigo 226, § 3º da Constituição Federal, não podendo existir qualquer tipo de discriminação nesse sentido:

A Constituição Federal é cuidadosa em vetar qualquer forma de discriminação, referência que se encontra inclusive no seu preâmbulo, ao garantir uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Ao identificar os objetivos fundamentais da República, a chamada Lei Maior assume o compromisso de promover o bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação. (DIAS, 2019).

Em face do efeito vinculante e eficácia *erga omnes* do julgado promovido pelo Supremo Tribunal Federal, inúmeros juízes e tribunais passaram a admitir a conversão das uniões homoafetivas em casamento, até que o Superior Tribunal de Justiça, em momento posterior, reafirmando a decisão da corte constitucional, garantiu acesso ao casamento, mediante habilitação direta perante o Registro Civil.

Inclusive, nesse aspecto cumpre destacar o projeto de código de diversidade sexual votado e promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil que trazia diversas propostas de alteração de dispositivos que ainda permaneciam criando embaraços para o reconhecimento da legalidade do casamento homossexual. Dentre os dispositivos citados,

propõe a alteração do §3º do artigo 69-A do Estatuto dos militares, retirando a necessidade de comprovação, para fins de união estável, da relação entre homem e mulher:

No seu primeiro dispositivo o Estatuto diz a que vem: promover a inclusão de todos, combater a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero e criminalizar a homofobia. Também identifica a quem visa proteger, para que lhes seja assegurado igual dignidade jurídica: heterossexuais, homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais. Como toda a legislação que se destina a tutelar segmento determinado, exposto a alguma espécie de vulnerabilidade, exclusão ou discriminação, indispensável a identificação dos princípios que a rege. Daí a consagração, como princípios fundamentais na interpretação e aplicação do Estatuto da Diversidade Sexual, a dignidade da pessoa humana, a igualdade e o respeito à diferença. Também são erigidos como princípios: a livre orientação sexual; o respeito à intimidade; a privacidade; a autodeterminação; e o reconhecimento da personalidade de acordo com a identidade de gênero. (DIAS, 2012).

Importante ainda ressaltar que o projeto coaduna com a valorização no âmbito das relações vivenciais do direito à convivência comunitária e familiar, à liberdade de constituição de família e de vínculos parentais. Mas talvez o mais significativo princípio seja o que diz com o direito fundamental à felicidade, que merece estar previsto na própria Constituição Federal, como princípio fundante do Estado, pois se trata de direito que deve ser garantido a todos os cidadãos:

O ambiente filosófico do direito constitucional contemporâneo é o do pós-positivismo, que se caracteriza pela reaproximação entre o Direito e a Ética. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se (i) a reentronização dos valores na interpretação jurídica, (ii) o reconhecimento de normatividade aos princípios e (iii) o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Os princípios são a expressão jurídica dos valores e dos fins de uma sociedade. Neles estão contidos os direitos fundamentais, não apenas como direitos subjetivos, mas, igualmente, como uma ordem objetiva de valores que deve inspirar a compreensão e a aplicação do Direito. (BARROSO, 2011).

Além das normas constitucionais consagradoras de princípios, garantias e direitos fundamentais, deve-se considerar ainda as normas constantes de tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil seja signatário, como por exemplo, os Princípios de Yogyakarta.

O princípio da igualdade compreende o direito à diferença e a proibição à discriminação. A exemplo temos condutas discriminatórias, tais como: proibir o ingresso ou a permanência em estabelecimento público ou estabelecimento privado aberto ao público; prestar atendimento seletivo ou diferenciado não previsto em lei; preterir, onerar ou impedir hospedagem em hotéis, motéis, pensões ou similares; dificultar ou impedir locação, compra, arrendamento ou empréstimo de bens móveis ou imóveis; proibir expressões de afetividade em locais públicos, sendo as mesmas manifestações permitidas aos demais cidadãos:

Ocorre, porém, que o não-reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo não promove nenhum bem jurídico que mereça proteção em um ambiente republicano. Ao contrário, atende apenas a uma determinada concepção moral, que pode até contar com muitos adeptos, mas que não se impõe como juridicamente vinculante em uma sociedade democrática e pluralista, regida por uma Constituição que condena toda e qualquer forma de preconceito. Esta seria uma forma de perfeccionismo ou autoritarismo moral, próprio dos regimes totalitários, que não se limitam a organizar e promover a convivência pacífica, tendo a pretensão de moldar indivíduos adequados. Em suma, o que se perde em liberdade não reverte em favor de qualquer outro princípio constitucionalmente protegido. (BARROSO, 2011).

Tais práticas, além de configurarem crime de homofobia, geram responsabilidade por danos materiais e morais e normas que caminhem por essa linha, tal como a previsão do §3º do artigo 69-A do Estatuto dos militares, devem ser revisitadas.

Não há assim, qualquer dúvida acerca da constitucionalidade das decisões adotadas pelo STF e posteriormente reforçadas e instrumentalizadas pelo STJ com relação ao casamento homossexual, devendo toda a legislação inferior se adequar à essa leitura principiológica e constitucional.

3 A NECESSÁRIA LEITURA DO ESTATUTO DOS MILITARES EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AS DECISÕES DO STF

Inicialmente, cumpre ressaltar o conceito de interpretação ora assumido, o de interpretação conforme:

A interpretação conforme a Constituição é uma das modernas formas de hermenêutica, que visa impedir a retirada precoce do ordenamento jurídico de normas infraconstitucionais que se revelam, num primeiro momento, incompatíveis com o Texto Maior. (DORNELES, 2006).

A interpretação conforme a Constituição é um método de salvamento da norma infraconstitucional, pela qual o intérprete alarga ou restringe o sentido dela, para colocá-la em consonância com a Constituição, evitando o descompasso com os preceitos da Carta Maior, que é o caso ora levantado no §3º do artigo 69-A do Estatuto dos Militares.

O Estatuto dos Militares é um dos principais diplomas para regulação da carreira militar, militares estes que devem seguir à risca todos os dispositivos ali consagrados, baseados na hierarquia e disciplina, a fim de cumprirem suas atribuições em total consonância ao princípio da legalidade.

Contudo, o diploma em debate foi editado antes da Constituição Federal. Assim, fica o questionamento sobre quais dispositivos contidos no Estatuto dos Militares não foram recepcionados pela Carta Magna, tornando-os, desta forma, automaticamente revogados. No presente caso, os artigos mencionados são dos anos de 2017 e 2019, não havendo qualquer discussão sobre sua recepção, mas sim sobre sua constitucionalidade e alcance.

Sabe-se que o princípio da Legalidade, um dos basilares da Administração Pública, juntamente com os princípios da Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, deve ser observado a todo momento pelo servidor público, seja ele da Administração Direta ou Indireta. Tal princípio não é respeitado pelo Estatuto dos Militares, ao trazer distinção acerca de quais relações são passíveis de defesa para gozo da licença de acompanhamento de cônjuge.

Para além da constituição, conforme demonstrado, existem decisões do Supremo Tribunal Federal no sentido de garantia e reconhecimento de todas as famílias, sem qualquer exceção, o que reforça que a legalidade estrita, valor da carreira militar, fica comprometida quando um dispositivo coloca de maneira expressa e contrariamente aos princípios da Constituição e das decisões do STF, os requisitos de uma família para fins de concessão de uma licença para acompanhamento de cônjuge.

A importância desse debate e dessa leitura constitucional repousa na necessidade de garantir igualdade, dignidade e respeito para diversos militares homossexuais que têm seus direitos excluídos unicamente pela sua orientação sexual, ferindo todas as garantias

que essas famílias merecem e atacando de maneira inafastável a regularidade da vida castrense. (PINHONI, 2012).

A leitura fria da norma, sem a necessária relação com os princípios e com os valores constitucionais de nosso ordenamento, não merece prosperar:

A interpretação constitucional, como a interpretação jurídica em geral, não é um exercício abstrato de busca de verdades universais e atemporais. Toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve as normas jurídicas pertinentes, os fatos a serem valorados, as circunstâncias do intérprete e o imaginário social. A identificação do cenário, dos atores, das forças materiais atuantes e da posição do sujeito da interpretação constitui o que a doutrina denomina de pré-compreensão¹¹. É hoje pacífico que o papel do intérprete não é – porque não pode ser – apenas o de descobrir e revelar a solução que estaria abstratamente contida na norma. Diversamente, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento, a ele caberá fazer, com frequência, valorações in concreto e escolhas fundamentadas. (BARROSO, 2011).

É em razão desses valores que deve o §3º do artigo 69-A do Estatuto dos Militares ser lido em consonância com os princípios, direitos e garantias constitucionais bem como seguindo a previsão apresentada pelo Supremo Tribunal Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estatuto dos militares é um documento infraconstitucional que surge para trazer segurança e previsibilidade para os militares que ingressarem nas forças armadas e vem garantir igualdade de tratamento, respeito e legalidade para aqueles que ingressam na vida castrense.

O fundamento constitucional de sua criação não pode ser colocado de lado no momento de interpretar e aplicar as previsões existentes em seu texto, como no presente caso, em razão da desigualdade promovida pela literal disposição do §3º do artigo 69-A que promove distinção de direitos para militares heterossexuais em detrimento dos homossexuais, sem qualquer justificativa legal:

Insista-se, para que não haja margem a dúvida: não tem pertinência a invocação do argumento de que o emprego da expressão “união estável entre o homem e a mulher” importa, a *contrario sensu*, em

proibição à extensão do mesmo regime a uma outra hipótese. Tal norma foi o ponto culminante de uma longa evolução que levou à equiparação entre companheira e esposa. Nela não se pode vislumbrar uma restrição – e uma restrição preconceituosa – de direito. Seria como condenar alguém com base na lei de anistia. O Código Civil, por sua vez, contém apenas uma norma de reprodução, na parte em que se refere a homem e mulher, e não uma norma de exclusão. Exclusão que, de resto, seria inconstitucional. (BARROSO, 2011).

A constituição é vértice de fundamentação, avaliação e estudo que deve nortear o trabalho do operador do direito e deve ser refletida na interpretação das normas como no presente caso debatido, devendo haver a leitura desse dispositivo em favor da garantia da possibilidade de licença para acompanhamento de cônjuge ou companheiro, independente da orientação sexual da relação envolvida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. de Roberto Raposo. 11. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ASSIS, Jorge César de. **Estatuto dos militares comentado**. Curitiba: Juruá, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais**: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. 2011. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/diferentes_mas_iguais_atualizacao_2011.pdf. Acesso em: 06 jul. 2021.

BORN, Rogério Carlos. Direito Eleitoral Militar. Jus Militar, 28 de outubro de 2006. Disponível em: www.jusmilitaris.com.br. Acesso em: 09 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 11.447, de 5 de janeiro de 2007**. Altera os arts. 67, 70, 82 e 137 e acrescenta o art. 69-A à Lei no 6.880, de 9 de dezembro de 1980 - Estatuto dos Militares, tratando sobre licença para acompanhar cônjuge ou companheiro(a). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11447.htm. Acesso em: 06 jul. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.954, de 16 de dezembro de 2019.** Altera a Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares), a Lei nº 3.765, de 4 de maio de 1960, a Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964 (Lei do Serviço Militar), a Lei nº 5.821, de 10 de novembro de 1972, a Lei nº 12.705, de 8 de agosto de 2012, e o Decreto-Lei nº 667, de 2 de julho de 1969, para reestruturar a carreira militar e dispor sobre o Sistema de Proteção Social dos Militares; revoga dispositivos e anexos da Medida Provisória nº 2.215-10, de 31 de agosto de 2001, e da Lei nº 11.784, de 22 de setembro de 2008; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13954.htm. Acesso em: 06 jul. 2021.

DIAS, Maria Berenice. Um estatuto para a diversidade sexual. **Instituto Brasileiro de Direito de Família.** 2012. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/276.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2021.

DORNELES, Tatiana Poltosi. O controle de constitucionalidade e a interpretação conforme a Constituição. **Âmbito Jurídico**, 2 dez. 2006. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-controle-de-constitucionalidade-e-a-interpretacao-conforme-a-constituicao/> Acesso em: 06 jul. 2021.

FERNANDES, Renato de Barros; SILVA, Maurício Cardoso. O artigo 47 da lei 6.880/80 (Estatuto dos Militares) e o dilema da sua não recepção pela Constituição Federal de 1988. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 22, n. 5205, 1 out. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60382/o-artigo-47-da-lei-6-880-80-estatuto-dos-militares-e-o-dilema-da-sua-nao-recepcao-pela-constituicao-federal-de-1988/2> Acesso em: 06 jul. 2021.

MATOS JÚNIOR, José Evaldo Bento. A concessão da licença para acompanhar o cônjuge a luz da Constituição Federal. **Âmbito Jurídico**, 1 set. 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/a-concessao-da-licenca-para-acompanhar-o-conjuge-a-luz-da-constituicao-federal/>. Acesso em: 06 jul. 2021.

OAB. Conselho Federal. Comissão da Diversidade Sexual e Gênero. **Anteprojeto Estatuto da diversidade sexual e de gênero.** 2012. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7302364&disposition=inline>. Acesso em: 06 jul. 2021.

PINHONI, Marina. Casamento ainda não garantiu a militar gay o reconhecimento do estado civil. **Veja Brasil**, 28 jun. 2012. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/casamento-ainda-nao-garantiu-a-militar-gay-o-reconhecimento-do-estado-civil/> Acesso em: 06 jul. 2021.

TIGUEIRO, Victor Guedes. Aspectos doutrinários e jurisprudenciais da licença para acompanhamento de cônjuge. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3134, 30 jan. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20976/aspectos-doutrinarios-e-jurisprudenciais-da-licenca-para-acompanhamento-de-conjuge>. Acesso em: 06 jul. 2021.

A GARANTIA DA INTIMIDADE E A PRESERVAÇÃO DOS DADOS PESSOAIS COM O ADVENTO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

CARLOS EDUARDO BARROS COSTA:
Acadêmico do Curso de Direito do Centro
Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

MARCUS VINÍCIUS DO NASCIMENTO LIMA¹⁴¹

(Orientador)

RESUMO: O presente artigo foi elaborado a partir da promulgação da lei geral de proteção de dados (Lei nº 13.709/2018) com a finalidade de garantir o direito à privacidade, intimidade e a proteção dados pessoais. Sendo assim, esse artigo tem como objetivo geral analisar como a referida lei contribui para garantir o direito à privacidade e intimidade inseridos na Constituição Federal de 1988, abordando os seus aspectos gerais, apontando-se seu âmbito de incidência, os direitos assegurados, os princípios aplicáveis e, ainda, os dados que se encontram inseridos na legislação em comento. Para isso, adotou-se como métodos de procedimentos metodológicos, no âmbito da pesquisa dedutiva de cunho bibliográfico, com o objetivo de analisar o que a Lei Geral de Proteção de dados traz em seu bojo para garantir a concretização da preservação dos direitos à privacidade e intimidade inseridos na Constituição Federal de 1988, por intermédio das pesquisas e análises doutrinárias, artigos científicos e leis vigentes.

Palavras-chave: Direito à Privacidade. Dados. Lei Geral de Proteção de Dados. Responsabilidade.

ABSTRACT: The article was prepared from the enactment of the general data protection law (Law nº 13.709/2018) with the purpose of guaranteeing the right to privacy, intimacy and data protection. Therefore, this article has the general objective of studying how privacy and privacy inserted to guarantee the right to privacy and privacy included in the Federal Constitution 198, addressing its general scope scope, the guaranteed rights, the general principles together and, still, the data found in the legislation under comment. For this, data research is meticulous as the methods of privacy procedures and study of the General Research Data Law to protect the preservation of your privacy rights Inserted in

141 Professor Mestre do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. *E mail:* marcus_n_lima@hotmail.com, telefone: (86) 99432-6067.

the Federal Constitution 198, through research and doctrinal investigations, scientific articles and current laws.

Keywords: Right to Privacy. Data. General Data Protection Act. Responsibility.

Sumário: 1. Introdução; 2. O Direito à Privacidade, Intimidade e Proteção de Dados na Constituição Federal; 2.1 Conceito de Direito Fundamental; 2.2 Geração dos Direitos Fundamentais; 3. Aspectos Gerais Sobre a Lei 13.709/2018; 4. A Responsabilidade Prevista na Lei 13.709/2018; 5. Considerações Finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

A vida do homem na contemporaneidade comporta novos meios de comunicação e interação, principalmente com as novas tecnologias e suas respectivas estruturas cibernéticas. Os novos meios tecnológicos permitem que as informações sejam propagadas de uma forma completamente diferente de tudo o que já existia antes do advento da internet, sendo compartilhado de modo global e quase que instantaneamente.

Como se sabe, a tecnologia trouxe uma infinidade de benefícios tanto para a vida das pessoas quanto para o desenvolvimento das empresas. Hoje, pessoas se comunicam de qualquer parte do mundo apenas com um aparelho celular conectado à internet, ou de outro modo, empresas passaram a ter mais produtividade, eficiência e lucratividade em suas organizações, o que foi uma verdadeira revolução no mundo do empreendedorismo.

No entanto, a nova era também trouxe inúmeros prejuízos e um deles é o vazamento de dados pessoais, o que acaba incidindo no âmbito do direito à privacidade e intimidade dos indivíduos. Em 2021, a empresa PSafe, uma startup brasileira que oferece soluções de segurança digital tanto para computadores quanto para smartphones, compilou dados sobre o número de credenciais vazadas entre os anos de 2019 e 2021, no qual apresenta um número alarmante ao afirmar que mais de 4.6 bilhões de credenciais foram vazadas somente nos seis primeiros meses de 2021, um aumento de 387% em relação a 2019, que registrou apenas 1.2 bilhões.

Nessa perspectiva, diante do enorme número de vazamentos de dados nos últimos anos, sente-se a necessidade de analisar de uma maneira mais detalhada a Lei Geral de Proteção de Dados, criada para garantir os direitos à privacidade e intimidade, direitos estes previstos na CF/88. Nesse sentido, pretende-se identificar o que ela traz em seu bojo para garantir a concretização da preservação dos direitos à privacidade e intimidade, bem como, quais são as responsabilidades daqueles que violam esses direitos e promovem a exposição de dados de terceiros. Nesse dispor, caminha-se para o seguinte questionamento: em que medida a Lei Geral de Proteção de Dados contribui para a garantia da intimidade e a preservação dos dados?

Nesse sentido, o objetivo geral da presente pesquisa é analisar como a Lei Geral de Proteção de Dados contribui para garantir o direito à privacidade e intimidade inserida no artigo 5.º, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Em seguida, dedica-se a abordar os aspectos gerais a respeito da Lei 13.709, de 2018, apontando-se o seu âmbito de incidência, os direitos assegurados, os princípios aplicáveis e, ainda, os dados que se encontram inseridos na legislação em comento.

Para tanto, foram delineados os seguintes objetivos específicos: revisar a legislação e as normas bibliográficas em Direito Constitucional sobre direito à privacidade e intimidade; analisar como a Lei Geral de Proteção de Dados contribui para garantir o Direito à privacidade e intimidade; revisar os tipos de dados que se encontram inseridos na Lei Geral de Proteção de Dados.

Parte-se da hipótese de que a Lei Geral de Proteção de Dados não vem sendo efetiva para a proteção de dados pessoais. Assim, para viabilizar o teste da hipótese, realiza-se uma pesquisa com a finalidade de apresentar novos resultados, mas sem conclusão, haja vista que a premissa desta pesquisa passou, anteriormente, por testes e análise. Sendo assim, a presente pesquisa tem uma abordagem dedutiva em busca de uma análise desenvolvida através de pesquisas bibliográficas, levantamentos de textos como livros, artigos científicos, leis, jurisprudências.

2.O DIREITO À PRIVACIDADE, INTIMIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O direito à privacidade e intimidade no Brasil são direitos fundamentais, assegurados pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso X. Segundo Mendes (2018), esses direitos possuem garantia de inviolabilidade e, portanto,

é possível extrair uma tutela ampla da personalidade e da vida privada do cidadão, nas mais diversas situações em que ele se encontra. Não faria sentido excluir exatamente as situações em que a sua vida privada está sujeita a uma maior violação, como é o caso do processamento de dados pessoais (MENDES, 2018, p. 201).

Conforme leciona Sarlet (2016), no que diz respeito ao direito à privacidade e intimidade,

não poderia deixar de ser convocado a lidar com o fenômeno, cuja dinamicidade e complexidade, contudo, colocam cada vez mais à prova a própria capacidade das ordens jurídicas convencionais (aqui

compreendidas em sentido amplo, internacional e nacional) de alcançar resultados satisfatórios, particularmente quando se trata de assegurar um mínimo de proteção efetiva aos direitos humanos e fundamentais afetados. (SARLET, 2020, p. 180)

Segundo o site do Governo do Brasil, a Convenção nº 108 do Conselho da Europa para a Proteção das Pessoas Singulares, de 28 de janeiro de 1981, no que diz respeito ao Tratamento Automatizado de Dados Pessoais, foi o primeiro instrumento internacional juridicamente vinculativo adotado no domínio da proteção de dados. A respeito da referida Convenção, Sarlet (2020, p. 183), aduz que:

foi somente na Convenção nº 108 para a Proteção de Indivíduos com Respeito ao Processamento Automatizado de Dados Pessoais (1981),¹⁰ comumente intitulada de Convenção de Estrasburgo, bem como, quase vinte anos mais tarde, no art. 8 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (doravante CDFUE), do ano 2000 – 11 que o direito à proteção de dados finalmente alçou à condição de direito fundamental de natureza autônoma, mas vinculando, como tal, apenas os estados integrantes da União Europeia, o que se deu apenas com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 2009 (SARLET, 2020, p. 183)

Depois de um longo processo histórico, a proteção de dados pessoais passou, finalmente, a fazer parte do rol de direitos e garantias fundamentais através da Emenda Constitucional nº 115/2022, promulgada no dia 10 do corrente ano, garantindo um status de garantia fundamental autônoma. Esta emenda foi originada pela PEC nº 17/2019, que já havia sido aprovada pelo Senado em outubro de 2021 e necessitava da promulgação para que seus termos finalmente passassem a constar de nossa Constituição Federal.

Constata-se que a proteção dos dados pessoais também tem garantia parcial e indireta por meio da previsão constitucional da ação de habeas data (art. 5º, LXXII, da CF), que significa um remédio constitucional para assegurar a garantia do direito à informação e à intimidade. Portanto, esta proteção tem status de direito-garantia fundamental autônomo, que precisamente busca assegurar ao cidadão, interessado juridicamente, a ter acesso às informações que constam nos bancos de dados de entidades governamentais em seu nome ou de caráter público, ou poderá exigir que tais informações sejam corrigidas e/ou retificadas.

2.1 Conceito de Direito fundamental

De acordo com o entendimento abarcado por Padilha (2018), “os direitos fundamentais são os direitos considerados indispensáveis à manutenção da dignidade da

pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual” (PADILHA, 2018, p. 364). Ademais, conclui-se, portanto, que os direitos fundamentais é uma limitação estabelecida pela soberania popular sobre o Poder Público, assegurando assim o direito dos cidadãos em um estado democrático.

Nesse sentido, Mitidiero (2021) leciona que:

a Constituição Federal foi a primeira a utilizar a expressão Direitos e Garantias Fundamentais como abrangendo as diversas espécies de direitos, que, de acordo com a terminologia e classificação consagrada no direito constitucional positivo brasileiro vigente, são os assim chamados direitos (e deveres) individuais e coletivos, os direitos sociais (incluindo os direitos dos trabalhadores), os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, os quais abarcam o estatuto constitucional dos partidos políticos e a liberdade de associação partidária. (MITIDIERO, 2021, p.720)

Considerando o entendimento implementado por Nathalia Masson (2016), sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, a função assumida pelos direitos fundamentais se integra como a função de direito dos cidadãos, pois além de obstar a ingerência estatal na esfera individual denominado jurídico-objetivo, atribui ao particular o exercício de determinados direitos na esfera jurídica-subjetiva garantindo ao cidadão direitos e exigências a certas omissões dos poderes públicos:

Em suma, os direitos fundamentais cumprem na nossa atual Constituição a função de direitos dos cidadãos, não só porque constituem – em um primeiro plano, denominado jurídico objetivo – normas de competência negativa para os poderes públicos, impedindo essencialmente as ingerências destes na esfera jurídico-individual, mas também porque - num segundo momento, em um plano jurídico subjetivo - implicam o poder de exercitar positivamente certos direitos (liberdade positiva) bem como o de exigir omissões dos poderes públicos, evitando lesões agressivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). (MASSON, 2016, p. 190)

Importante salientar que os direitos fundamentais servem não só como propostas e referências aos cidadãos, no aspecto positivo, exprimindo conquistas positivas e vantagens perceptíveis ou materializadas. Deve-se perceber também o viés defensivo obtido através de seus conteúdos. Servem como barreiras a impedir a invasão de terceiros ou mesmo do

próprio Estado da privacidade e intimidade da população em geral. Em consonância com esse entendimento, Mitidiero (2021) destaca que:

À vista do exposto, é possível acompanhar a lição de J. J. Canotilho e Vital Moreira, quando sustentam, em passagem aqui transcrita, que “o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar analisa-se principalmente em dois direitos menores: (a) o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e (b) o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem. (MITIDIERO, 2021, p. 1092)

Diante do exposto, sabe-se que os direitos fundamentais passaram a integrar a trajetória da evolução das constituições, a seguir passaremos a tecer algumas considerações sobre as principais características das gerações/dimensões desses direitos.

2.2 Geração dos direitos fundamentais

Segundo a doutrina, os direitos fundamentais deriva de um longo processo histórico de formação e desenvolvimento, emanado de um progresso histórico-social. Esse progresso foi construído por um longo período, em que a humanidade foi conquistando o seu desenvolvimento, motivo pelo qual se admite uma classificação por gerações ou, como prefere a doutrina mais atual, “dimensões”.

Diante disso, vale destacar algumas considerações breves a respeito da classificação dos direitos fundamentais em gerações, Martins (2022) leciona que:

Trata-se de uma classificação idealizada pelo jurista tcheco-francês Karel Vasak, a partir de uma conferência proferida em 1979 no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo. Karel Vasak, nascido em junho de 1929 na então Tchecoslováquia, mudou-se para a França para estudar Direito, adquiriu cidadania francesa e tornou-se, em 1969, secretário-geral do Instituto Internacional de Direitos Humanos em Estrasburgo, posição que manteve até 1980. Foi também autor da obra *The International Dimensions of Human Rights*. Segundo o autor, haveria três gerações de direitos fundamentais. Essa classificação recebe muitas críticas, a começar pela nomenclatura. Atualmente, prefere-se a expressão dimensões, em vez de gerações. Isso porque a expressão “geração” dá a ideia de substituição do velho pelo novo. (MARTINS, 2021, p. 1726).

O autor explica que essa identificação de três gerações foi difundida a partir da obra *A era dos direitos* de Norberto Bobbio, jurista e filósofo italiano que trouxe o entendimento

da quarta geração de direitos fundamentais. Com base nesta obra, Martins (2022) afirma que:

Segundo o mestre italiano, “do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual. (...) Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga. (...) O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído. Mas já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”. (MARTINS, 2022, p. 1726)

Partindo dessas afirmações, vale destacar os principais pontos desses direitos. Os direitos de primeira dimensão enfatizaram o princípio da liberdade, referem-se as liberdades negativas clássicas. Abrangem por exemplo o direito à vida, à liberdade, à locomoção, à propriedade, à liberdade de expressão, à liberdade de religião, à participação política. Surgiram nos finais do século XIII e corresponderam à fase inaugural do constitucionalismo no ocidente.

Em consonância com o entendimento acima Lenza (2022), leciona que:

Os direitos humanos da 1.^a dimensão marcam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito e, nesse contexto, o respeito às liberdades individuais, em uma verdadeira perspectiva de absentismo estatal. Seu reconhecimento surge com maior evidência nas primeiras Constituições escritas, e podem ser caracterizados como frutos do pensamento liberal-burguês do século XVIII. Tais direitos dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzir o valor liberdade (LENZA, 2022, p. 1923).

Já os direitos de segunda dimensão relacionam-se com as liberdades positivas. Eles foram impulsionados pela Revolução Industrial Europeia, a partir do século XIX. Evidenciaram, por exemplo, os direitos sociais, culturais e econômicos, com também os direitos coletivos, ou de coletividade, correspondendo aos direitos de igualdade (substancial, real e material), e não meramente formal.

Segundo Lenza (2022),

mostra-se marcante em alguns documentos, destacando-se: Constituição do México, de 1917; Constituição de Weimar, de 1919, na Alemanha, conhecida como a Constituição da primeira república alemã; Tratado de Versalhes, 1919 (OIT); no Brasil, a Constituição de 1934 (lembrando que nos textos anteriores também havia alguma previsão). (LENZA, 2022, p. 1925)

Os direitos de terceira geração consagram o princípio da solidariedade ou fraternidade, englobando os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, à comunicação. Vale destacar as palavras de Lenza (2022):

Novos problemas e preocupações mundiais surgem, tais como a necessária noção de preservacionismo ambiental e as dificuldades para proteção dos consumidores, só para lembrar aqui dois candentes temas. O ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade ou fraternidade (LENZA, 2022, p. 1926).

Na atualidade existem doutrinadores que defendem a quarta e quinta dimensão, porém não há um consenso doutrinário sobre qual o conteúdo dessa espécie de direito. O direito de quarta dimensão ainda é discutido por vários autores.

Neste mesmo sentido, para o constitucionalista Ingo Sarlet (2016),

a controvérsia que se estabelece em torno do reconhecimento de “novas” dimensões de direitos humanos e fundamentais, para além das três dimensões já tematizadas, merece um enfrentamento particularizado, considerando especialmente as perplexidades e dúvidas que suscita. Sem que se vá, ainda, avaliar de modo crítico-reflexivo tal fenômeno, é de se referir a existência – limitando-nos aqui a contribuições de autores brasileiros – de teorizações que sugerem a existência não só de uma quarta, mas também de uma

quinta⁸⁶⁹ e até mesmo de uma sexta dimensão em matéria de direitos fundamentais. (SARLET, 2016, p. 334).

Paulo Bonavides (2011, p. 571), sustenta que com a queda do neoliberalismo os direitos fundamentais passaram a ser globalizados politicamente na esfera da normatividade jurídica a partir de então houve o reconhecimento de uma quarta dimensão. Segundo ele, os direitos de quarta geração são formados pelos direitos à democracia, à informação, ao pluralismo.

Por fim, os direitos de quinta geração defendido por Bonavides (2011, p. 593), que classifica o direito à paz como a quinta dimensão, pois segundo ele a paz é uma nova figura introduzida no rol dos direitos humanos que deve ser tratado em dimensão autônoma e afirma que a paz é axioma da democracia participativa, ou, ainda, supremo direito da humanidade.

Notadamente essa relação, apesar de expor uma relação de interesses supostamente estanques, não os tornam exclusivos. Na realidade, todos os direitos se entrelaçam e tem por finalidade a preservação da condição do indivíduo em sociedade. Para alguns autores, a nomenclatura mais apropriada deveria ser a "dimensão" e não a "geração" de direitos fundamentais, pois indicaria uma superposição de direitos e não uma sobreposição ensejando o entendimento que todos existem de forma concomitante sem se excluir.

3. ASPECTOS GERAIS SOBRE A LEI 13.709/2018

Primeiramente, vale esclarecer que a Lei nº. 13.709/18 foi criada para colocar um coerção na forma com que os dados e as informações são tratados, dando aos seus titulares a ciência de quais dados estão sendo utilizados, porque, para que e até quando serão utilizados.

Nesse sentido, Pinheiro (2018) ensina que a Lei Geral de Proteção de Dados foi promulgada com a finalidade de atribuir proteção aos direitos fundamentais do indivíduo, tais como a intimidade e a privacidade. Diante disso, Pinheiro (2018) agrega de maneira clara que:

o motivo que inspirou o surgimento de regulamentações de proteção de dados pessoais de forma mais consistente e consolidada a partir dos anos 1990 está diretamente relacionado ao próprio desenvolvimento do modelo de negócios da economia digital, que passou a ter uma dependência muito maior dos fluxos internacionais

de bases de dados, especialmente os relacionados às pessoas, viabilizados pelos avanços tecnológicos e pela globalização. Desse modo, houve a necessidade de resgatar e repactuar o compromisso das instituições com os indivíduos, cidadãos desta atual sociedade digital, no tocante à proteção e à garantia dos direitos humanos fundamentais, como o da privacidade, já celebrados desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 (PINHEIRO, 2018, p. 12).

E continua nessa argumentação afirmando que:

o espírito da lei foi proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, trazendo a premissa da boa-fé para todo o tipo de tratamento de dados pessoais, que passa a ter que cumprir uma série de princípios, de um lado, e de itens de controles técnicos para governança da segurança das informações, de outro lado, dentro do ciclo de vida do uso da informação que identifique ou possa identificar uma pessoa e esteja relacionada a ela, incluindo a categoria de dados sensíveis (PINHEIRO, 2018, p. 12).

Segundo Teixeira e Armelin (2019), o direito a proteção de dados se mostrou necessária na sociedade contemporânea pois o indivíduo necessita de uma maior proteção, principalmente pelos riscos que podem ser desencadeados em prejuízo à personalidade da pessoa. Sendo assim, a finalidade de proteção da norma incide sobre o titular dos dados e não propriamente sobre os dados.

Para Mèlo (2019), a partir dos novos adventos tecnológicos, “foram desenvolvidas novas relações entre os usuários e os próprios meios ou seus representantes. Os modelos sociais passaram por grandes transformações e alguns valores em voga foram substituídos por outros” (MÈLO, 2019, p. 26).

De acordo com Meyer (2018), vale ressaltar que a Lei nº 13.709 de 2018, traz um regramento rigoroso em seu bojo no sentido de estabelecer a efetiva tutela dos dados pessoais e, em razão disso, o referido autor conclue, “[...] a lei terá um impacto na sociedade como poucas antes tiveram, criando um regramento para o uso de dados pessoais no Brasil, tanto on- line, quanto off-line, nos setores privado e público” (MEYER, 2018, p. 3).

Como demonstrado no decorrer desta pesquisa, o direito a proteção de dados pessoais é um direito fundamental. Portanto, a Lei 13.709, de 2018, dentre outros direitos assegurados, deu ênfase ao direito a privacidade e intimidade. Nos moldes delimitados por Pinheiro (2018),

A proteção aos direitos fundamentais é bastante evidente no art. 2º da LGPD, que pode ser relacionado ao texto constitucional brasileiro no que concerne ao conteúdo, haja vista que a Constituição Federal Brasileira é pautada na proteção aos direitos fundamentais. Entre os artigos constitucionais destacáveis, pode-se citar: art. 3º, I e II; art. 4º, II; art. 5º, X e XII; art. 7º, XXVII; e art. 219 (PINHEIRO, 2018, p. 40).

E continua,

Da mesma maneira, o GDPR aponta que o seu documento é pautado nos direitos fundamentais e visa proteger e garantir a privacidade, liberdade, segurança, justiça das pessoas, assim como promover o progresso econômico e social, além de garantir a segurança jurídica dos países: preâmbulo (1), (2), (13); art. 1º (2).

O artigo 6.º da Lei 13.709 de 2018 contempla em seu bojo os princípios previstos na referida Lei, tais como o princípio da boa fé, da finalidade, do livre acesso, da segurança, da prevenção, da transparência, assim como o da não discriminação e a responsabilização.

Como assinala Soler (2021), os princípios da LGPD são um “voto de confiança” do legislador sobre a possibilidade dos tratamentos dos dados pessoais. A autora contextualiza os princípios por meio de questionamentos e assevera que:

como Bruno Bioni, na figura de um dos representantes do Data Privacy, explicam a relevância e o destaque atribuído ao princípio da responsabilização e prestação de contas, também conhecido como “accountability”, em referência à GDPR, vez que esse consegue consolidar e garantir o pleno cumprimento dos demais. (SOLER, 2021, p. 52)

Neste mesmo sentido, Soler (2021) sugere uma rota na qual a análise dos dados pessoais deve passar para apurar o real cumprimento da LGPD e, portanto, de seus princípios. Inicialmente passaria pela a apuração de quais são os dados coletados. Em seguida os dados devem ser apurados para saber se, de fato, são necessários. O próximo passo seria verificarmos se há qualidade nesses dados, ou seja, averiguando-se se eles são exatos, atualizados etc. Por fim a autora faz uma observação sobre o princípio da não discriminação, pois segundo ela *“somente depois de todos esses passos seria possível ao agente de tratamento efetivamente “ver” o dado e apurar se há ou não a discriminação”*. Sobre esse raciocínio a autora conclui:

para a efetiva criação dos patamares pretendidos de proteção de dados, é necessário realizar uma ação conjunta, envolvendo direitos e obrigações devidamente positivados, complementados pelas práticas e pelos documentos que regem tais relações, além de prever possibilidade de execução daqueles que desrespeitarem a sua redação. (SOLER, 2021, p. 55)

Com relação aos tipos de dados abrangidos, segundo Martis et al (2022), há uma ausência de definição específica na LGPD. Nesse mesmo sentido, continua:

Ainda resta controverso se tal ausência pode ser considerada como um silêncio eloquente do legislador, a fim de abarcar todos os “dados tratados” (isto é, fornecidos, observados e inferidos), ou se tal definição foi reservada à regulamentação. (MARTIS et al, 2022, p. 420)

Os artigos 7.º e 11.º da Lei 13.709 de 2018, falam em quais hipóteses os dados pessoais e dados pessoais sensíveis podem ser tratados, abarcando, portanto, algumas possibilidades a respeito de sua realização, tais como: o cumprimento de obrigação legal, a promoção do regular exercício de direitos no âmbito do processo judicial, além da proteção de crédito. A respeito dos dados pessoais sensíveis o artigo 11º da referida Lei, dispõe a respeito de sua ocorrência, quando, por exemplo, houver consentimento por parte do titular e, inexistindo consentimento, mostra-se imprescindível para a promoção de estudos por órgãos de pesquisa.

De acordo com Serpro (2018), em consonância com o entendimento acima, expõe que:

todo dado pessoal só pode ser tratado se seguir um ou mais critérios definidos pela LGPD, mas, dentro do conjunto de dados pessoais, há ainda aqueles que exigem um pouco mais de atenção: são os sobre crianças e adolescentes; e os “sensíveis”, que são os que revelam origem racial ou étnica, convicções religiosas ou filosóficas, opiniões políticas, filiação sindical, questões genéticas, biométricas e sobre a saúde ou a vida sexual de uma pessoa (SERPRO, 2018, p. única).

Por essa razão, como os dados pessoais de crianças e adolescentes são sensíveis, a propagação requer a autorização de seus responsáveis, sendo que o conteúdo deverá manter estrita correlação apenas com o que se mostrar imprescindível para o desenvolvimento da atividade governamental, ou ainda, econômica, não podendo ser objeto de divulgação para outras pessoas.

4.A RESPONSABILIDADE PREVISTA NA LEI 13.709/2018

O primeiro artigo da Lei nº 13.709/2018, esclarece que o objetivo da norma é o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais. Em relação aos sujeitos, Martis et al (2022) destaca que a responsabilidade por danos decorrentes das operações de tratamento de dados pessoais, pode incidir tanto para a pessoa natural como também para a pessoa jurídica, seja ela de direito público ou privado. (MARTIS et al, 2022, p. 668)

Inicialmente vale ressaltar, que conforme dispõe Leme (2019), a Lei Geral de Proteção de Dados, por sua vez, foi inspirada em legislação europeia, através do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR) e possui alcance mais amplo, incidindo em empresas públicas e privadas, no ambiente físico ou virtual. (LEME, 2019, p. 195)

Em relação as empresas públicas, a Lei nº 13.709/2018, por sua vez, dispõe em seu artigo 31 que “quando houver infração a esta Lei em decorrência do tratamento de dados pessoais por órgãos públicos, a autoridade nacional poderá enviar informe com medidas cabíveis para fazer cessar a violação”; e no artigo 32 que “a autoridade nacional poderá solicitar a agentes do Poder Público a publicação de relatórios de impacto à proteção de dados pessoais e sugerir a adoção de padrões e de boas práticas para os tratamentos de dados pessoais pelo Poder Público”. Por esses dispositivos conclui-se, evidentemente, que se a infração à Lei nº 13.709/2018, em decorrência do tratamento de dados pessoais derivar de órgão públicos, a autoridade nacional deve agir estabelecendo medidas cabíveis com a finalidade de dar coerção a essa aos agentes que comentem a infração.

Tratando da responsabilidade e o ressarcimento de danos (patrimonial, moral, individual ou coletivo) por parte do operador e controlador dos dados pessoais, o artigo 42 da Lei 13.709/2018 traz em seu bojo, o caráter solidário da responsabilização por ambos. Por meio desse artigo a vítima não tem necessidade de demonstrar a ocorrência de conduta, seja ela ação ou omissão, voluntária por dolo ou culpa do ofensor que gerar um ato ilícito, basta ela demonstrar, segundo o § 1º do art. 42, qualquer dano injustamente causado, e, portanto, poderá invocar a função reparatória da responsabilidade civil, que consagra a obrigação de indenizar qualquer dano injustamente causado.

Em consonância com o entendimento acima Martis et al (2022), afirma que:

A partir da dicção dos incisos V e X do art. 5º da CF/88, busca-se preencher de significado o princípio da reparação integral em sede de direito de danos, que deve ser conjugado a partir da perspectiva de múltiplas funções para a responsabilidade civil contemporânea, combinando dimensões repressivas (compensatória e/ou punitiva) e proativas (preventiva) para o enfrentamento da crescente

complexidade dos casos concretos, em especial daqueles que envolvem o emprego de novas tecnologias. (MARTIS et al, 2022, p. 668)

Além disso, a LGP, segundo Martis et al (2022), “não parece limitar, sob nenhum aspecto, os danos indenizáveis, garantindo a ampla reparação da vítima, independentemente do dano que vier a sofrer por tratamento irregular de seus dados”. Portanto, quando se trata de dano moral coletivo, o tratamento da responsabilidade civil vai além dos interesses individuais possibilitando a reparação por danos coletivos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando se iniciou este trabalho de pesquisa constatou-se que o vazamento de dados pessoais viola o direito à privacidade dos indivíduos, e como atualmente, com a evolução e virtualização dos meios de comunicação houve um avanço muito grande na exposição da intimidade dos indivíduos, ocasionou uma série de problemas em relação à dificuldade de controle por parte do ordenamento jurídico e, por isso, tem-se a importância de pesquisar sobre a garantia da intimidade e a preservação dos dados pessoais com o advento da lei geral de proteção de dados.

Diante disso a pesquisa teve com objetivo geral identificar como Lei Geral de Proteção de Dados contribui para garantir o direito à privacidade e intimidade inserida no artigo 5.º, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, abordando seus aspectos gerais, apontando-se o seu âmbito de incidência, os direitos assegurados e os princípios aplicáveis e, por último, os dados que se encontram inseridos na legislação em comento.

Constata-se que o objetivo geral foi atendido, pois efetivamente a pesquisa conseguiu demonstrar, primeiro que a proteção de dados tem previsão constitucional e, portanto é um direito constitucional autônomo, segundo que a Lei 13.709/2018 traz em seu bojo a responsabilidade na forma com que os dados e as informações devem ser tratados, dando aos seus titulares a ciência de quais dados estão sendo utilizados, porque, para que e até quando serão utilizados, assegurando, portanto, ao indivíduo, interessado juridicamente, proteção aos seus direitos fundamentais, tais como a intimidade e a privacidade.

O objetivo específico inicial era revisar a legislação e as bibliografias em Direito Constitucional sobre direito à privacidade e intimidade e proteção de dados e foi atendido e constatado que esses direitos se entrelaçam entre si, destacando-se que a proteção de dados pessoais, finalmente, passou a fazer parte do rol de direitos e garantias fundamentais, com a finalidade de garantir um mínimo de proteção efetiva aos direitos humanos, para uma existência digna, livre e igual.

O segundo objetivo específico era analisar como a Lei Geral de Proteção de Dados contribui para garantir o Direito à privacidade e intimidade. Foi demonstrado que a responsabilidade do tratamento de dados pessoais pode ser em qualquer meio, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica, caso derive de órgão públicos, a autoridade nacional deve agir estabelecendo medidas cabíveis com a finalidade de cessar a infração.

Já o terceiro objetivo era revisar os tipos de dados que se encontram inseridos na Lei Geral de Proteção de Dados, e isso foi atingido por constatar, segundo a doutrina, que há uma ausência de definição específica sobre os tipos de dados abrangidos pela LGPD.

A hipótese de que a Lei Geral de Proteção de Dados não vem sendo efetiva para a proteção de dados pessoais em parte foi confirmada, como no caso de os tipos de dados não estar claro. De outro modo parte da hipótese foi refutada, pois a LGPD trouxe em seu bojo a responsabilidade e o ressarcimento de danos (patrimonial, moral, individual ou coletivo) por parte do operador e controlador dos dados pessoais, bastando que a vítima demonstre qualquer dano injustamente causado.

A Lei 13.709/2018, apesar de inovadora e embrionária nos seus efeitos muito se discute sobre os seus reais efeitos e sua consequente responsabilização. O seu fim já se conhece, a sua pretensão enquanto norma de caráter genérico e abstrato, vem devidamente rotulado no seu prólogo e nas suas intenções. Resta saber se vai encontrar na sociedade atual substrato para se desenvolver.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*, 2018, p. 79-80.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. In: *Direitos Fundamentais & Justiça*, Ano 2 – n. 3, abr./jun. 2008, p. 82.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

Direitos Sociais em tempos de Crise Econômica. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

FIESP. *Lei Geral de Proteção de Dados*. São Paulo: FIESP, 2018.

LEME, Carolina da Silva. *Proteção e Tratamento de Dados sob o Prisma da Legislação Vigente*. Fronteiras Interdisciplinares do Direito. 2019.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 26ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MACHADO, Meyer. *Lei 13.709/2018*. Lei de Proteção de Dados Pessoais. 2018.

MARTINS, Eliseu *et al.* Comentários à lei geral de proteção de dados pessoais: lei 13.709/2018. 1ª ed. São Paulo: Foco, 2022.

MARTINS, F. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 4ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MÈLO, Augusto. *Proteção de Dados Pessoais na Era da Informação*. Curitiba: Juruá, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Laura Schertel. Habeas Data e autodeterminação informativa: dois lados da mesma moeda. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 12, n. 39, p. 185-216, jul./dez. 2018.

MITIDIERO, D.; SARLET, I. W.; MARINONI, L. G. Curso de direito constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Método, 2018.

PINHEIRO, Patricia Peck. *Proteção de Dados Pessoais*: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 55.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 179-218, jan./jun. 2020

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SOLER, F. G. Proteção de Dados: reflexões práticas e rápidas sobre a LGPD. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

TEIXEIRA, Tarcisio; ARMELIN, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. Salvador: JusPODIVM, 2019.

SITES CONSULTADOS:

“ANPD participa da 41ª Reunião Plenária da Convenção 108”. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-participa-da-41a-reuniao-plenaria-da-convencao-108>. Acesso em: 23 abr. de 2022.

“Emenda constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm. Acesso em: 23 abr. 2022.

“Levantamento mostra que número de vazamentos de dados em 2021 deve superar 2020, aponta PSafe”. 2021. Disponível em: <https://www.psafe.com/blog/levantamento-mostra-que-numero-de-vazamentos-de-dados-em-2021-deve-superar-2020-aponta-psafe/>. Acesso em: 24 de maio. 2022.

“Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 30 de abril. 2022.

“Lei Geral de Proteção de Dados: Parte II – Os Princípios e os requisitos para a realização do tratamento de dados”, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68846/lei-geral-de-protecao-de-dados-parte-ii-os-principios-e-os-requisitos-para-a-realizacao-do-tratamento-de-dados>. 2018. Acesso em: 30 de abril. 2022.

“O que são dados sensíveis, de acordo com a LGPD”. 2018. Disponível em: <https://www.serpro.gov.br/lgpd/menu/protecao-de-dados/dados-sensiveis-lgpd>. Acesso em: 30 de abril. 2022.